

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA

MARCUS RÔMULO MAIA DE MELLO

COTAS SOCIORRACIAIS EM UNIVERSIDADES

Maceió
2013

MARCUS RÔMULO MAIA DE MELLO

COTAS SOCIORRACIAIS EM UNIVERSIDADES

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: os direitos fundamentais e sua aplicação na modernidade.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior.

MACEIÓ
2013

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

M527c Mello, Marcus Rômulo Maia de.

Cotas sociorraciais em universidades / Marcus Rômulo Maia de Mello, 2013.
224 f.

Orientador: George Sarmiento Lins Júnior.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió,
2013.

Bibliografia: f. 209-224.

1. Cotas universitárias. 2. Universidades – Programa de ação afirmativa.
3. Universidades – Sistemas de cotas. 4. Relações raciais. 5. Serviço público –
Cargos e funções. 6. Empregos. 7. Eficácia. 8. Efetividade. 9. Igualdade.
10. Brasil – Constituição. I. Título.

CDU: 342:316:378-058



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

MARCUS RÔMULO MAIA DE MELLO

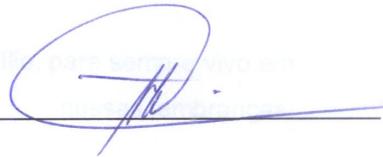
“COTAS SÓCIO-RACIAIS EM UNIVERSIDADES”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

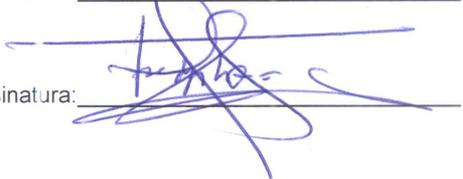
Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Profª. Drª. Alessandra Marchioni (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: Alessandra Marchioni

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto (UFPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Maceió, 10 de junho de 2013.


Sara Regina A. França
Secretária de Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1940798

A Luis Abílio, para sempre vivo em
nossas lembranças.

AGRADECIMENTOS

Aos meus filhos Matheus e Arthur e à Ana Luisa, minha esposa, pela dignidade com que suportaram minhas ausências e impaciências. Ao Prof. Dr. George Sarmiento, meu orientador, por compreender minhas limitações. Aos meus colegas de profissão, Fernanda Moreira e Marcos Mero, cuja solidariedade me permitiu terminar este trabalho.

Para todo problema complexo
existe uma resposta clara,
simples e errada.

H. L. Mencken.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a eficácia do sistema de cotas sociorraciais nas universidades. Não se trata de estudar a eficácia legal, jurídica ou social das suas normas, que vem a ser, respectivamente, a aptidão para produzir efeitos jurídicos, os efeitos jurídicos propriamente ditos e o cumprimento dos seus preceitos pela sociedade. Cuida-se de estudar a efetividade do sistema de cotas a partir das metas que ele intenta alcançar. Quer-se compreender se o modelo adotado é apto a atingir sua finalidade social. Os programas de ação afirmativa são políticas públicas voltadas ao combate à discriminação, à diminuição da desigualdade e à inclusão social de minorias. As cotas sociorraciais serão eficazes se alfim tiverem transformando em realidade aquilo que almejam. Os beneficiários dessas cotas são as pessoas de baixa renda, especialmente os estudantes negros. Sua finalidade imediata é o acesso dessas pessoas a serviços e oportunidades dos quais elas foram historicamente excluídas. A finalidade mediata é conferir às minorias raciais ascensão econômica e social, integrando-as ao estado de bem-estar e permitindo que seus representantes ocupem posições sociais as quais sempre estiveram subordinados antes. Se atingir essas finalidades primaciais, poder-se-á dizer que a política de ação afirmativa foi eficaz. Ainda é cedo para tal afirmação, mas é possível avaliar sua idoneidade pelo método hipotético-dedutivo, aferindo se a fórmula adotada permite que ela seja eficaz no futuro ou se está destinada ao malogro. Para tanto, após uma exposição da origem e evolução das ações afirmativas, das suas minorias, das teorias políticas normativas que lhe dão suporte e da concepção que inspirou o modelo brasileiro, procedeu-se ao estudo da legislação pertinente, das normas jurídicas que formataram o programa, bem como ao levantamento de informações contidas em copiosa doutrina sobre o tema, em estatísticas publicadas e em iterativas jurisprudências dos tribunais sobre a matéria, inclusive da decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou o sistema de cotas constitucional. Ao final, foram constatados equívocos preocupantes, tais como percentuais de cotas estabelecidos em padrões excessivamente altos; adoção de modelo que mantém as pessoas separadas por categorias raciais; eleição do método controverso da heterodeclaração, em que o indivíduo é confrontado por um comitê encarregado de confirmar o seu padrão racial; metodologia que prestigia os alunos egressos do ensino público e tem prejudicado estudantes bolsistas e alunos de escolas privadas de baixo desempenho. As cotas sociorraciais nas universidades são um sistema excludente, que desprestigia a população de baixa renda que não estudou o ensino médio em escola pública. As políticas de ação afirmativa praticadas nas universidades não são aptas a alcançar as finalidades nobres que a enformam, na medida em que os espaços mais cobiçados continuarão a ser inalcançáveis para a grande maioria de sua clientela e serão ocupados por um pequeno segmento de elite do ensino público que não é necessariamente o destinatário do programa.

PALAVRAS-CHAVE: Cotas. Sociorraciais. Raça. Baixa-renda. Efetividade. Eficácia. Igualdade. Constituição. Universidade. Cargo. Emprego. Público.

SUMMARY

The objective of this study is to analyze the effectiveness of the socio-racial quota system in universities. This is not to study the legal, social or legal effectiveness of its rules, which comes to be, respectively, the ability to produce legal effects, the actual legal effects themselves and the fulfillment of its precepts by society. It aims to study the effectiveness of the quota system from the goals it intends to achieve. We want to understand if the model adopted is able to achieve its social purpose. The affirmative action programs are policies to combat discrimination, the reduction of inequality and social inclusion of minorities. The socio-racial quotas are effective if at the end they are able to turn into reality what they envision. The beneficiaries of these quotas are low-income people, especially black students. Its immediate purpose is their access to services and opportunities of which they have been historically excluded. The mediate purpose is to give economic and social ascension to racial minorities, integrating them to the state of well-being and allowing its representatives to occupy social positions to which they had always been subordinate before. If this system achieves these primary purposes, it will be possible to say that affirmative action policy was effective. It's still early for this assertion, but it is possible to evaluate their suitability through the hypothetical-deductive method, checking if the formula adopted allows it to be effective in the future or if it is destined to failure. For that, after exposing the origin and evolution of the affirmative actions, their minorities, the normative political theories that support them and the design that inspired the Brazilian model, we proceeded to study the relevant law, the legal rules that formed the program as well as the collection of information contained in the copious literature on the subject, published in statistics and iterative court decisions on the matter, including the decision of the Supreme Court that held the quota system as constitutional. At the end, worrying misconceptions, such as percentage of quotas established in excessively high standards were observed; also adoption of model that keeps people separated by race categories; election of the controversial method of straight statement where the individual is confronted by a committee to confirm their breed standard; a methodology that honors the graduating students of public education and has harmed scholarship students and underperforming students from private schools. The socio-racial quotas in universities are an exclusionary system, which discredits the low-income population who did not study high school in public schools. The affirmative action policies practiced in universities are not able to achieve the noble goals that shape it, in that the most coveted spaces will remain unattainable for the vast majority of their clientele and will be occupied by a small elite segment of education audience that is not necessarily the recipient of the program.

KEY-WORDS: Quotas. Socio-racial. Race. Low income. Effectiveness. Efficiency. Equality. Constitution. University. Function. Employment. Public.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 AÇÕES AFIRMATIVAS	14
1.1 Conceituando as ações afirmativas.....	14
1.2 A etiologia das ações afirmativas.....	18
1.2.1 A origem da denominação “ação afirmativa”	18
1.2.2 As causas históricas dos programas de ação afirmativa	22
1.2.3 A evolução das ações afirmativas nos Estados Unidos.....	32
1.3 Espécies de ações afirmativas	35
1.4 As categorias beneficiárias das ações afirmativas	36
1.5 Objetivos das ações afirmativas.....	39
2 UMA TEORIA DE JUSTIÇA PARA AS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	41
2.1 As modernas teorias políticas normativas.....	42
2.2 O liberalismo-igualitário e as ações afirmativas.....	48
2.3 O comunitarismo, o multiculturalismo e as ações afirmativas.....	53
2.4 As idiosincrasias das teorias de justiça nas ações afirmativas	55
2.4.1 A temporariedade	55
2.4.2 A identificação racial segundo o preconceito de origem e de marca.....	56
2.4.3 A redistribuição econômica e o reconhecimento de identidades	59
2.4.4 A distopia do igualitarismo, do comunitarismo e do multiculturalismo.....	62
2.5 Ações afirmativas, cidadania e democracia.....	64
3 A QUESTÃO RACIAL NO BRASIL.....	69
3.1 Supremacia branca, determinismo racial e a ideologia do branqueamento.....	69
3.2 Identidade nacional, democracia racial e a ascensão do mestiço	77
3.3 Preconceito de marca: reconhecendo tabus, desconstruindo mitos.....	82
3.4 O triunfo das ações afirmativas	91
4. AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL	104
4.1 A Introdução do programa de ações afirmativas no Brasil	104

4.2 O sistema brasileiro de cotas	108
4.3 Cotas sociorraciais: a pobreza como critério de representação de minorias	113
4.4 O conteúdo jurídico das ações afirmativas.....	124
4.4.1 As normas jurídicas sobre cotas	125
4.4.1 A criação de cotas de benefícios com propósitos igualitários	128
4.4.3 Os benefícios pretendidos com o sistema de cotas	134
4.4.4 A escolha dos beneficiários	136
5. ASPECTOS CONTROVERSOS DO PROGRAMA DE COTAS SOCIORRACIAIS	140
5.1 O percentual de vagas destinado às cotas	141
5.1.1 O patamar excessivo das cotas universitárias.....	142
5.1.2 A ofensa à Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	148
5.1.3 A ofensa à igualdade e à meritocracia na fixação do percentual das cotas	151
5.1.4 O padrão excessivo das cotas e a ameaça à qualidade da vida acadêmica.....	156
5.2 A identificação da raça	160
5.2.1 O dilema da heteroidentificação.....	164
5.2.2 Os comitês de identificação racial e a ofensa ao devido processo legal e à dignidade humana	167
5.2.3 A inconsistência dos parâmetros aceitos pelo STF para identificação racial	172
5.2.4 O fenótipo como elemento de identificação racial e o preconceito de marca	175
5.2.5 A autoidentificação	179
5.3 Cotas sociais e seus requisitos	182
5.3.1 Estudante de escola pública: o falso recorte social.....	184
5.3.2 A transfiguração das cotas sociorraciais em cotas para o ensino público	187
5.3.3 Escolas públicas de alto rendimento: fonte de iniquidade nas ações afirmativas	190
5.3.4 As cotas para escolas públicas como fator de exclusão da clientela das ações afirmativas.....	194
CONSIDERAÇÕES FINAIS	199
REFERÊNCIAS.....	209

INTRODUÇÃO

O sistema de cotas consiste na reserva de um determinado número de vagas para admissão a um serviço ou cargo público escassos, destinadas a minorias a quem tradicionalmente o acesso a essas oportunidades foi negado. Trata-se, o sistema de cotas, de uma espécie cujo gênero se costuma chamar de ação afirmativa. As ações afirmativas são políticas públicas voltadas ao combate à discriminação de minorias e à promoção de sua inclusão econômica e social, reduzindo as desigualdades sociais.

Políticas públicas expressam um valor, caro aos que a conceberam. Mas entre o valor que elas consagram e a sua realização há uma distância que pode ser medida pela qualidade do programa encarregado de executá-las. No íterim que medeia a concepção e a realização, poderosos grupos de interesse atuam em benefício próprio. Assim, uma política pública será eficiente na medida em que o programa encarregado de pô-la em prática lograr manter-se fiel aos seus ideais. Amiúde, porém, acontece de um programa criado para executar uma política pública vir a deturpá-la, o que pode ocorrer em razão da forma como ele foi concebido ou da maneira como foi executado.

O programa nacional de ação afirmativa através do sistema de cotas sociorraciais foi implantado com o propósito de combater a discriminação e reduzir a desigualdade entre ricos e pobres e negros e brancos no acesso às universidades públicas, promovendo a inclusão econômica e social dessas duas categorias por meio da obtenção de um diploma de nível superior. Evidentemente que um programa desses estava destinado a gerar debates acerbos. Primeiro, porque modificou regras vigentes há eras, baseadas em um amplo consenso social, que é o acesso às universidades pelo critério meritocrático. Segundo, porque promoveu a redistribuição de um bem escasso e os beneficiários dessa mudança foram grupos com voz menos audível no debate político.

Todavia, após o Supremo Tribunal Federal julgar constitucional o sistema de cotas sociorraciais nas universidades públicas (ADPF 186 e RE 597285), houve uma

consolidação dessa modalidade de política pública, materializada na Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, conhecida como “lei de cotas”, responsável pela sua formatação e unificação. A lei em questão foi regulamentada em nível federal pelo Decreto nº 7.824/2012. Posteriormente, o sistema de cotas foi ampliado pela Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014, alcançando também os cargos e empregos públicos do Poder Executivo da União, providos através de concurso.

Vencida a etapa de sedimentação da ideia de um sistema de cotas sociorraciais – superação dos obstáculos legais, porque no plano social ela ainda está longe da aceitação geral – o passo seguinte é verificar como esse programa se adaptou à realidade brasileira, ou seja, como a ideia original foi vertida para o plano prático. A pergunta que se antolha é sobre a eficácia desse sistema de cotas sociorraciais, ou seja, se ele é realmente idôneo para atingir a finalidade pública a que se destina. Não se trata de avaliar a eficácia legal das suas normas jurídicas, pois não há interesse em investigar a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos. Tampouco aqui se cuida de eficácia jurídica ou social, pois este estudo não se presta a esmiuçar nem os efeitos jurídicos produzidos, nem o grau de compreensão, aceitação e cumprimento espontâneo de suas normas por parte da sociedade. Impende analisar se o programa brasileiro de ação afirmativa, consistente no sistema de cotas sociorraciais, é apto a atingir sua finalidade.

Costuma-se frequentemente alegar que é cedo para afirmar se as cotas sociorraciais funcionarão; que é preciso de tempo para medir e comparar os dados e que, por isso, o programa é provisório, devendo ser revisado periodicamente, testando-se sua efetividade. Todavia, mesmo sem a lanterna de popa da distância no tempo é perfeitamente possível aferir hipoteticamente se a fórmula adotada é apta a atingir o resultado pretendido ou se, pelo contrário, está destinada ao fracasso. O tempo é imprescindível para outra etapa, que é a de verificar a idoneidade na execução do programa, mas a sua concepção já permite, de plano, inferir se ele é apto ou não para atingir os fins aos quais se destina.

Evidentemente, o sucesso na execução do programa dependerá da qualidade de sua execução. Não há garantias de que um programa bem concebido não venha a ser desvirtuado durante a execução, mas é inequívoco que sua execução jamais

será eficaz se houver erros em pontos cruciais na formulação. Por isso, a concepção pode e deve ser testada antes e durante a execução. As próprias normas que compõem o programa fornecem elementos suficientes para tanto. É cediço, por exemplo, que os beneficiários do sistema de cotas sociorraciais são as pessoas de baixa renda em geral e a população negra de baixa renda em particular. O critério de admissão do programa também é conhecido: é preciso ter estudado todo o ensino médio em uma escola da rede pública. Os requisitos aceitáveis para a identificação racial do candidato foram estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal: admite-se a autodeclaração, a entrevista, a declaração formal de cor e a heterodeclaração, que é a confirmação da raça do candidato por uma banca independente.

Os elementos fornecidos acima compõem um quadro que permite formular a hipótese de que a má concepção do sistema de cotas sociorraciais fez dele um mecanismo de exclusão de uma parcela significativa de minoria negra de baixa renda que não estudou em escola pública, ao passo que os estudantes das escolas públicas de elite – escolas técnicas, escolas militares e colégios de aplicação – tornar-se-ão a clientela habitual da quase totalidade das vagas destinadas às cotas nos cursos considerados de alto prestígio social, como medicina, direito, engenharia, dentre outros. Para investigar essa hipótese, proceder-se-á ao estudo da legislação pertinente, das normas jurídicas que formataram o programa, bem como ao levantamento de informações contidas em copiosa doutrina sobre o tema, em estatísticas publicadas e em iterativas jurisprudências dos tribunais sobre a matéria.

A dissertação está dividida em cinco capítulos. O primeiro destina-se ao exame das políticas de ação afirmativa: conceito, objetivos, elementos, surgimento, espécies, natureza jurídica, sujeitos. O segundo capítulo analisa as ações afirmativas cotejando-as com os elementos centrais das modernas teorias políticas normativas, especialmente com o modelo liberal-igualitário e o multiculturalismo, com os quais possui alguma afinidade. Observar-se-á como as ações afirmativas se adaptam a essas divergentes teorias políticas, os rumos diferentes que os programas podem tomar de acordo com o nível de influência de cada uma delas, bem como o risco de que a introdução das ações afirmativas no Brasil traga em seu bojo os embates acadêmicos travados nas universidades norte-americanas entre os

adeptos dessas diversas teorias políticas, muitas das quais sem nenhuma correspondência com a realidade brasileira.

O terceiro capítulo destina-se a explicar a evolução da questão racial no Brasil, começando com o ideal de branqueamento da nação, tomado a partir da importação do racismo científico e suas teorias de supremacia branca e determinismo racial. Em seguida, descreve-se como a busca de uma identidade nacional resultou na ascensão do mestiço e na afirmação da democracia racial como modelo de superioridade moral da nação, em contraposição ao segregacionismo praticado na América do Norte contra negros e na Alemanha contra judeus, ciganos e outras minorias. A débâcle das leis segregacionistas norte-americanas deu início à terceira fase da questão racial brasileira, com a desconstrução do mito da democracia racial, da escravidão benigna e do bom senhor e o reconhecimento da existência de um preconceito de marca no Brasil, baseado em caracteres físicos e sociais. A última etapa estudada é a luta pelo reconhecimento oficial e social do racismo no Brasil.

No quarto capítulo são analisadas as ações afirmativas brasileiras, a introdução dessa política no país e o porquê da opção nacional pelo sistema de cotas. É feita uma crítica à transição que houve de um modelo de cotas raciais para outro de cotas sociorraciais e a tentativa equivocada de empregar a pobreza como critério de representação de minorias. Também será objeto de exame o conteúdo jurídico do sistema de cotas sociorraciais, ou seja, a forma como esse modelo se expressa juridicamente. Revelar-se-á a existência de duas normas: a que cria a cota e a que define os requisitos para se ter acesso a ela. Trata-se de uma característica típica de cotas cuja definição dos beneficiários não é autoexplicável, como sucede com a raça. Nesse ponto, demonstrar-se-á que muitas das controvérsias jurídicas suscitadas pelas cotas sociorraciais não integram a norma jurídica que cria as cotas, mas a que define os requisitos para se ter acesso a elas.

O quinto capítulo examina a efetividade da política nacional de ação afirmativa, através do sistema de cotas sociorraciais em universidades. São abordadas questões relacionadas ao percentual de vagas destinadas às cotas, que vem crescendo vertiginosamente, chegando hoje à metade daquelas disponíveis,

em franca violação à proporcionalidade e aos objetivos almejados pelas ações afirmativas. Outra questão importante abordada neste capítulo é o critério da heterodeclaração ou identificação racial por terceiros, aceito pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional, mas que continua sendo questionado judicialmente. O judiciário tem anulado as decisões desses comitês de ratificação da raça por falta do contraditório e de ampla defesa, sem atentar para o fato de que a absoluta subjetividade de tais decisões impede que essas garantias processuais sejam materialmente adimplidas. Também é examinada neste capítulo a questão da eleição do estudante de escola pública como destinatário exclusivo das cotas sociorraciais. Esse critério tem sido palco de iniquidades ao excluir um enorme contingente de estudantes bolsistas e alunos de escolas filantrópicas, uma clientela típica desse programa, ao tempo em que inclui muitos estudantes de classe média oriundos das escolas de ensino médio federal, como as escolas técnicas e militares, tradicionais centros de referência de bom aprendizado.

As cotas sociorraciais foram criadas como um mecanismo de inclusão social de minorias, mas essa política pública está sendo mal compreendida, acarretando a má formulação do programa nacional de ação afirmativa, o qual necessita de reforma legislativa urgente, pois tem recusado acesso a quem, de fato, dele necessita, tornando-se mais um mecanismo de exclusão social. Em qualquer caso, é necessário que o judiciário reveja seus precedentes de modo a incluir toda uma clientela que hoje está alijada do programa de cotas, por equívoco ou por capricho dos seus idealizadores.

1 AÇÕES AFIRMATIVAS

O sistema de cotas pertence ao gênero das ações afirmativas, programas de governo voltados ao combate à discriminação, à inclusão social de minorias e à redução da desigualdade material. Portanto, para entender o sistema de cotas é preciso, antes, compreender o amplo leque que compõem as denominadas ações afirmativas, analisando minudentemente seu conceito, suas características, os sujeitos, objetivos, fundamentos e sua origem.

1.1 Conceituando as ações afirmativas.

As ações afirmativas nasceram concomitantemente às mudanças por que passou o princípio da igualdade ao longo do século passado, transformando-se de um modelo estático e negativo para um dinâmico e positivo. A transição do modelo de igualdade formal para o de igualdade substancial justificou uma série de experimentos visando a diminuir o peso das desigualdades econômicas e sociais, verdadeiras tentativas de concretização da igualdade material ou substancial. As ações afirmativas seriam, assim, voltadas à concretização da igualdade material, procurando neutralizar os efeitos deletérios da discriminação racial, étnica, de gênero, idade, origem ou compleição física¹.

Joaquim Barbosa define assim as ações afirmativas:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes de discriminação praticada no passado².

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 3. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf>>. Acesso em 08.02.2013.

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. 2002. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em 09.02.2013.

Para Flávia Piovesan, ações afirmativas são:

[...] medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos³.

Piovesan aponta como objetivos das ações afirmativas a igualdade material de grupos vulneráveis e a reparação de um passado de discriminação contra esses grupos. A recorrência à ideia de reparação é um esforço para demonstrar que os benefícios conferidos às classes vulneráveis não são meras indulgências, mas uma forma de remediar uma situação na qual essas classes provavelmente não estariam se não fossem historicamente discriminadas.

O risco do recurso à reparação é converter as ações afirmativas em uma discussão sobre dano, dolo, culpa e nexos causal, elementos que não pertencem a ela, mas que são imanentes à noção de reparação. Isso decididamente pode favorecer posições reacionárias. Nos Estados Unidos, por exemplo, Charles Fried, Procurador-Geral na era Reagan, em seu livro de memórias *Order and Law: Arguing the Reagan Revolution*, admitiu ser favorável às ações afirmativas desde que fosse possível provar a existência de discriminação racial no passado, contra um grupo específico⁴.

A Suprema Corte norte-americana de há muito vinha aplicando o Princípio Griggs nas ações afirmativas, segundo o qual na desigualdade racial para acesso ao emprego, bastava ao autor provar a materialidade do fato, ou seja, a desproporção na contratação de pessoas de cor em comparação com a população em geral⁵. Contudo, numa guinada ao reacionarismo, em *Cove Packing Co vs. Alioto* (1989) no qual se questionava discriminação em uma fábrica de enlatados no Alasca, onde os melhores cargos, alojamentos e refeições eram reservados aos brancos, aquela Corte ordenou ao autor que provasse o nexos causal, ou seja, que a diferença de

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 198.

⁴ *Ibid.*, p. 255.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 249.

tratamento resultava de uma orientação discriminatória, como se fosse possível ao trabalhador provar como são tomadas as decisões no *staff* da empresa⁶.

Na mesma toada, em *City of Richmond vs. Croson* (1989), em que um empreiteiro branco objurgou uma lei de Richmond que criou cotas contratuais, reservando uma percentagem dos contratos administrativos para serem celebrados com empresas de propriedade de “não brancos”, a Suprema Corte decidiu a favor do empreiteiro ao argumento de que o município não provou que o fato de ter assinado poucos contratos com empresários negros no passado fora motivado por discriminação racial da prefeitura⁷.

Aliás, foi justamente essa ideia de ação afirmativa como reparação por danos causados no passado que fez com que as cotas raciais no Brasil tergiversassem para cotas sociorraciais. Simplesmente não se conseguia compreender pudessem essas cotas beneficiar negros ou pardos de famílias ricas ou remediadas. Afinal, onde estaria a ideia de reparação para quem não necessita dela?

Que a ação afirmativa se converta nalgum mecanismo de ressarcimento por danos causados no passado é algo que merece censura porque a reparação introduz elementos inconciliáveis com esse programa. A vítima da discriminação ocorrida em um passado remoto não é o beneficiado de agora e ainda que ele seja uma vítima indireta, não é possível afirmar que quem vai sofrer o ônus das medidas de agora tenha alguma relação com o que ocorreu há priscas eras. Simplesmente não há dolo, nem culpa e tampouco nexos causal.

Nozick, em seu clássico *Anarquia, Estado e Utopia*, já havia ventilado essas questões: qual a obrigação daqueles que não estão diretamente envolvidos nos atos de injustiça como, por exemplo, os descendentes remotos? E se essas injustiças foram perpetradas, à época, pelos governos? Até onde é possível recuar para corrigir injustiças⁸? É o que se pode chamar de jogo perigoso de responsabilização *ad infinitum*, condenando brancos pela prática de atos dos quais discordam ou

⁶ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 250, 251.

⁷ *Ibid.*, p. 252, 253.

⁸ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 194-195.

porque tiveram ascendentes distantes que talvez possuísem escravos, tudo isso para favorecer negros que sequer foram vítimas diretas escravidão⁹.

Imbuído do propósito de resolver esse imbróglio, Nozick concebeu o *princípio da retificação*, destinado a promover o resgate de uma dívida histórica de injustiças na aquisição e transferência de bens e haveres. Propôs a utilização de informações sobre injustiças históricas e suas consequências para investigar se houve injustiça na aquisição e transferência de bens e calcular probabilidade do que teria ocorrido se a injustiça não tivesse sido praticada¹⁰.

A proposta de Nozick, porém, põe em movimento um processo retificador monstruoso que coloca em risco toda a doutrina sobre o direito de propriedade e é capaz de resultar na completa revisão da organização social – o oposto do que prega sua doutrina liberal – bastando, para isso, imaginar as violentas apropriações que habitualmente serviram de esteio a todo regime capitalista desde antes mesmo da aniquilação dos aborígenes¹¹.

O problema do apelo à reparação de discriminações passadas é que ele está mais ligado à ideia de minorias que a de ação afirmativa, propriamente. A igualdade, nas ações afirmativas, deve ter uma feição moderna, que não se atenha à questão das discriminações passadas, mas que se converta em um instrumento de realização da cidadania e da democracia. Esse modelo calha à perfeição no conceito de ação afirmativa de Carmen Lúcia: “expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido¹²”.

⁹ KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222-223.

¹⁰ NOZICK, ROBERT. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 195.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 60-61.

¹² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 98.

1.2 A etiologia das ações afirmativas

Etiologia é o estudo sobre a origem das coisas. A seguir, será examinada a origem da expressão “ação afirmativa” e a origem das políticas de ação afirmativa, bem como sua evolução nos Estados Unidos, berço desses programas.

1.2.1 A origem da denominação “ação afirmativa”

A ação afirmativa recebeu esse nome por representar a mudança do ideal de uma igualdade estática, meramente formal, para uma igualdade dinâmica, material. Não que antes a nação devesse quedar-se inerte diante de desigualdades, pois, se assim fosse, o termo “ação afirmativa” seria redundante. Antes, porém, a ideia prevalecente era a de que somente se deveria agir para garantir a igualdade de tratamento entre as partes, não permitindo quaisquer tipos de discriminações. As ações afirmativas marcam uma mudança de atitude, em que a sociedade passa a exigir o Estado uma atuação positiva, no sentido de corrigir as desigualdades preexistentes. Daí a nomenclatura “ação afirmativa”, pois se trata de uma ação estatal que não se limita a coibir tratamentos desiguais, mas confere tratamento formalmente desigual em favor de minorias, justamente com vistas a promover a igualdade material.

A primeira ação afirmativa de que se tem notícia ocorreu na Índia, com o *Government of India Act*, de 1935, que buscava reverter a discriminação étnico-racial da política de castas, notabilizada pela existência dos *Párias* ou intocáveis¹³. Mas a expressão “ação afirmativa” surgiu originalmente nos Estados Unidos com o nome de *affirmative action*. Na Europa essa política ficou conhecida como

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

“*discrimination positive*” (discriminação positiva) e “*action positive*” (ação positiva)¹⁴. Além da Índia, Estados Unidos e diversos países europeus, importantes políticas de ação afirmativa foram implantadas em países como a África do Sul *pós-apartheid* e Malásia¹⁵.

Nos Estados Unidos, esse tipo de programa de governo proativo se desenvolveu a partir de 1933, para atender à política do *New Deal*, de Franklin D. Roosevelt, ciclo que se encerrou na década de 60, quando o nível de atuação propositiva do governo norte-americano foi superado pelos Estados europeus¹⁶. Foi justamente quando as políticas públicas regrediam nos Estados Unidos que as políticas de ações afirmativas surgiram.

Carmen Lúcia atribui ao presidente americano Lyndon B. Johnson o papel de grande fomentador das ações afirmativas e aduz que a expressão foi originalmente cunhada numa ordem executiva federal estadunidense de 1965¹⁷. Na verdade, a expressão “ação afirmativa” foi utilizada legalmente pela primeira vez em 1961, por John F. Kennedy, na Ordem Executiva n. 10.925, que criou o Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego¹⁸. Todavia, embora os governos dos democratas John Kennedy e Lyndon Johnson tenham sido os pioneiros no uso do vocábulo “ação afirmativa”, foi somente no governo do republicano Richard Nixon que a ação afirmativa ganhou sua conotação propositiva atual, com procedimentos orientados à produção de resultados. Antes disso, tanto a ordem executiva assinada por Kennedy em 1961, criando o Comitê de Oportunidades Iguais de Empregos, quanto a Lei dos

¹⁴GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 130. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em 08.02.2013.

¹⁵MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue**: História do Pensamento Racial. São Paulo: Contexto, 2009, *passim*.

¹⁶LASCOURMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Tradução: George Sarmiento. Maceió: edUFAL, 2012, p. 55.

¹⁷ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 87.

¹⁸U.S. Executive Order n. 10.925, March 6, 1961. Establishing The President'S Committee On Equal Employment Opportunity. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em 10.02.2013. Bellintani afirma que a expressão já havia sido utilizada antes, em 1935, no Ato Internacional das Relações de Trabalho [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.44]. No entanto, a expressão foi utilizada naquela ocasião com um sentido diferente do que se lhe atribui no contexto das discriminações positivas em favor das minorias, pois a expressão ali tinha um cunho eminentemente de proteção sindical.

Direitos Civis, promulgada por Lyndon Johnson, em 1964, limitavam-se a combater a discriminação de minorias e recomendar que as empresas não levassem em conta a raça, o credo, a origem e a cor por ocasião das contratações¹⁹.

Kennedy introduziu a expressão “ação afirmativa” através do decreto executivo que criou o Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego, mas seu decreto continha apenas normas proibitivas, cuja pretensão era evitar a contratação de empregados por critérios raciais nos negócios financiados por verbas federais. A Lei dos Direitos Civis²⁰, promulgada por Lyndon Johnson em 1964, coibiu qualquer forma de discriminação racial nas contratações feitas pela iniciativa privada, um grande avanço, mas foi igualmente uma norma de cunho proibitivo. A Ordem Executiva n. 11.246²¹, editada por Lyndon Johnson em 1965, que se propunha a oferecer oportunidades iguais de emprego, também era uma norma de cunho eminentemente proibitivo.

Se até então as ações afirmativas consistiam em ações de cunho proibitivo e de fomento, coibindo a discriminação e incentivando a igualdade de oportunidades no acesso ao emprego, foi somente com o Plano Filadélfia, instituído por Nixon, que o Estado deu um passo seguro para uma igualdade de resultados²². O Plano Filadélfia foi concebido como uma reação política à violência racial que assolava a sociedade americana e ameaçava dividir o país. Em 1972, Nixon promulgou a Lei de

¹⁹Cf. KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169; MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: História do Pensamento Racial.** São Paulo: Contexto, 2009, p. 85; BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Brasileira: Será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005 (Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, 92), p. 5-7.

²⁰U.S. Civil Rights Act, July 2, 1964. To enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html>. Acesso em 10.02.2013.

²¹U.S. Executive Order n. 11.246, September 28, 1965. It is the policy of the Government of the United States to provide equal opportunity in Federal employment for all qualified persons, to prohibit discrimination in employment because of race, creed, color, or national origin, and to promote the full realization of equal employment opportunity through a positive, continuing program in each executive department and agency. The policy of equal opportunity applies to every aspect of Federal employment policy and practice. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em 09.02.2013

²²BELLINTANI, 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. 28.

Oportunidade Igual no Emprego, sancionada como emenda à Seção 701 da Lei dos Direitos Civis de 1964, citada acima. Esta lei determinou que todos os órgãos públicos federais, todas as empresas que prestassem serviços ao governo federal e todas as entidades que recebessem qualquer tipo de subvenção dos órgãos federais, doravante estabelecessem metas e prazos para admitir mulheres e integrantes de minorias raciais²³. Trata-se da primeira iniciativa oficial do governo americano a impor objetivos e cronogramas específicos para a discriminação reversa.

É provável que a divergência sobre o início das políticas de ação afirmativa se deva à concepção de ação afirmativa como uma medida que não necessita ser necessariamente impositiva para existir. Esse programa teria sido inicialmente concebido como um mero encorajamento do Estado, a que pessoas com poder político e econômico levassem em conta nas suas decisões sobre temas sensíveis, como oportunidade de emprego e de estudo, a necessidade de minimizar o dilema americano da marginalização social dos negros, mulheres e outras minorias étnicas e nacionais. Posteriormente, constatada a insuficiência dessas medidas de encorajamento foi que o poder público evoluiu para realizar a igualdade de oportunidades, exigindo metas e cronogramas para a implantação dessas ações²⁴.

A considerar-se, como admite Barbosa, que ações afirmativas não são apenas aquelas medidas impostas, mas também as sugeridas²⁵, então, de fato, as ações afirmativas antecedem o governo Nixon, pelo menos como medida de encorajamento, porque como norma impositiva seu início se deu com a Lei de Oportunidade Igual no Emprego, de 1972. Sem embargo, é inegável a importância das políticas de ação afirmativa desenvolvidas por Kennedy e Johnson, por chamar a atenção do público para o dilema americano da marginalização das minorias. Nesse caso, porém, os louros também devem ser compartilhados com Franklin D. Roosevelt que, ainda nos idos de 1941, decretou a abolição da discriminação racial

²³BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Brasileira: Será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005 (Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, 92), p. 6.

²⁴GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 134. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em 08.02.2013.

²⁵GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 3. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf>>. Acesso em 08.02.2013.

contra negros nos processos de seleção e recrutamento de pessoal para trabalhar no serviço público federal americano²⁶.

1.2.2 As causas históricas dos programas de ação afirmativa

Ações afirmativas trabalham em favor das minorias. Elas são a clientela, os beneficiários natos dessas ações. Sobre elas, os programas de ação afirmativa exercem uma discriminação reversa. A discriminação reversa é, por assim dizer, o núcleo essencial das ações afirmativas; sua forma básica de atuação. Consiste em pegar uma minoria, vítima histórica de discriminação, e oferecer-lhe uma vantagem onde antes havia um obstáculo; pratica-se uma inversão no intuito de favorecê-la.

Para entender melhor esse propósito, é preciso analisar a forma como foram gestadas as ações afirmativas nos Estados Unidos da América. Primeiro, pela importância indizível que elas adquiriram naquele país; segundo, porque a sua introdução no Brasil sofreu nítida influência e inspiração do modelo norte-americano.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos não fez nenhuma referência direta à abolição, embora a própria revolução americana fosse calcada no ideal de liberdade, princípio subversivo a qualquer idéia de escravidão. O item referente à proibição à entrada de escravos britânicos foi retirado do texto por consenso²⁷. A Constituição dos Estados Unidos, de 1787, por sua vez, atribuiu à jurisdição dos Estados mais poderes domésticos que ao governo federal, deixando de abordar temas relevantes como o direito ao voto, a liberdade religiosa e a escravidão. Assim, as leis relativas ao trabalho escravo se tornaram matéria do domínio exclusivo de cada Estado federado.

A omissão a qualquer referência à escravidão na Constituição norte-americana é uma decorrência direta da questão das *supra-autoridades*. Raros são

²⁶BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Brasileira**: Será esse o caminho? Campinas: Autores Associados, 2005 (Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, 92), p. 5.

²⁷DRESCHER, Seymour. **Escravidão** – Uma história da escravidão e do antiescravismo. Tradução: Antônio Penhalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011, p. 175.

os exemplos de autoconvocação de uma assembleia constituinte, como ocorreu no Parlamento de Frankfurt, em 1848. Na maioria dos casos, elas são convocadas por uma autoridade externa, com poderes para restringir o poder constituinte, ou seja, a princípio, as Assembleias Constituintes também estão – elas mesmas – sujeitas a restrições²⁸. Na França, por exemplo, estiveram sujeitas ao rei (1789) e ao governo provisório (1848 e 1946); no Japão e na Alemanha Ocidental, após a II Grande Guerra, às forças de ocupação; na Polônia, Bulgária e Hungria, após a dissolução da União Soviética, em 1989, às mesas redondas com membros do velho regime e da oposição; a Assembleia Constituinte brasileira de 1823, ao poder do Imperador D. Pedro I, que, sem chegar a um entendimento com ela, mandou que o 3º Regimento de Infantaria e Cavalaria a dissolvesse, prendendo alguns deputados e exilando outros; caso dos irmãos Andrada, que foram deportados para a França, no episódio que ficou conhecido como *noite da agonia*²⁹.

As Assembleias Constituintes possuem duas supra-autoridades: a que a convoca e a que seleciona seus membros. A *democracia dualista* separa a atividade política constitucional, reservada para momentos políticos específicos e de grande comoção popular, da política ordinária, a cargo da classe política e do poder constituído, cujas decisões estão subordinadas àquelas tomadas nos momentos de mobilização popular. Assim, a legitimidade democrática da Constituição está na

²⁸ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 139-140. É interessante anotar, no entanto, as colocações de Elster de que, uma vez instaladas, as assembléias constituintes detêm o que os alemães chamam de *Kompetenz-Kopetenz*, que é o direito de definir os seus poderes, daí porque não é raro que elas confirmem suas credenciais, estabeleçam suas próprias regras e ignorem as diretrizes da supra-autoridade que as convocou. A tensão entre criatura e criador está no cerne do processo de convocação e instalação de uma assembleia constituinte, porque a assembleia não admite ser restringida em seus poderes. Os constituintes se julgam superiores aos regimes corruptos e ineficientes que estão substituindo e aos regimes movidos pelo interesse e pela paixão que os seguirão. Daí quererem se libertar das amarras das supra-autoridades e, ao mesmo tempo, restringir as gerações futuras: querem ser livres e restringir seus sucessores, eis o paradoxo [ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 141, 151].

²⁹WALSH, Robert. **Notícias do Brasil** (1828-1829). Vol. I. Tradução: Regina Régis Junqueira. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1985. 2v. (Coleção Reconquista do Brasil; nova sér., 74), p. 108-112.

especial vontade cívica manifestada nesses momentos de grande mobilização popular³⁰.

Não deixa de ser contraditório que decisões tomadas no calor da hora, quando a tecitura social está em crise, venham se tornar o paradigma para a serenidade das gerações futuras, mesmo porque os que elegem os representantes do poder constituinte originário também são supra-autoridades. Na Libéria, por exemplo, país tornado independente em 1847, a seção 13, art. 5º, de sua Constituição dispunha que apenas pessoas de cor poderiam ser admitidas como cidadãos da república. Na história do Haiti, ficou conhecida a Constituição Louverture, assim batizada em homenagem a François-Dominique Toussaint Louverture, ex-escravo da Colônia de San Domingos, que conduziu aquela ilha à independência. Louverture abominava o vodu e a Constituição declarou o catolicismo como religião oficial e única a ser professada no Estado³¹.

Outro exemplo é o da Constituição búlgara. Seria desejável que aquele país tivesse disposições constitucionais de sólida proteção às minorias étnicas, devido ao forte preconceito contra os imigrantes turcos. No entanto, a Assembleia Constituinte foi eleita por pessoas que abrigavam o mesmo preconceito contra aquelas etnias, de sorte que a Constituição da Bulgária, de 1991, é a mais fraca da Europa Oriental em termos de proteção das minorias étnicas: banuiu partidos políticos de base étnica e proibiu que as escolas desses grupos minoritários lecionassem em seu próprio idioma³².

³⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120-121.

³¹MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue**: História do Pensamento Racial. São Paulo: Contexto, 2009, p. 203, 210.

³²ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 201. Jon Elster se tornou um dos mais renomados especialistas em estudo de pré-compromissos e restrições. Sobre o tema, lançou o livro *Ulisses e as Sereias* [ELSTER, Jon. **Ulisses y las Sirenas**: estudios sobre racionalidad e irracionalidad. Tradução: Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1989], cujo título é uma referência à *Odisséia* de Homero, em que Ulisses, ansioso por ouvir o canto das sereias, mas cômico do perigo, manda que seus marujos o amarrem ao mastro e coloquem cera nos seus ouvidos. Ao ouvir as sereias cantarem, Ulisses por tudo tenta se livrar do laço e ordena aos berros que sua tripulação o solte, mas eles não podem ouvi-lo. É o primeiro caso na literatura do benefício da autorrestrição. Anos depois, Elster ouviu uma frase de Jens Arup Seip, que dizia: *no mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros*. A partir dessa frase, Elster refez alguns pontos de sua teoria, no livro *Ulisses Liberto*.

Não se pode, portanto, desconsiderar que as Constituições representam imposições dos interesses da maioria da geração fundadora às minorias e às gerações futuras³³.

No caso da Constituição norte-americana, a supra-autoridade era o Congresso Continental. Assim, os escravos e as mulheres não foram incluídos na Convenção Constitucional, nem como membros, nem como votantes³⁴. Os escravos entrariam na Convenção Constitucional como representação. Depois da Declaração da Independência, a escravidão tornou-se uma questão de finanças públicas, relacionada à divisão de recursos que cada Estado deveria dispor para financiar o governo nacional. Nesse cálculo, o número de trabalhadores era tomado como indicador de riqueza. Os Estados sulistas, com grande população escrava, reclamaram que um trabalhador escravo não deveria equivaler a um trabalhador livre, pois a produtividade deste equivalia ao dobro da daquele. Chegou-se, finalmente, ao *acordo dos três quintos*, segundo o qual o trabalhador escravo representaria três quintos da força de trabalho de um homem livre. No entanto, quando a Convenção Constitucional de 1787 deslocou a questão da área de finanças públicas para a da representação que cada Estado teria na assembleia constituinte, os interesses de ambos os lados se inverteram e os Estados sulistas passaram a concordar com a estimativa original que propunha a equivalência entre o trabalhador escravo e o livre; do contrário, sofreriam uma grande diminuição no número de representantes naquela assembleia nacional encarregada de elaborar a Constituição³⁵.

O resultado foi que a Assembleia Constituinte evitou tratar do tema escravidão e a questão foi deixada à porfia de cada Estado confederado. Por volta de 1824 o país estava dividido em duas zonas separadas pelo rio Ohio: a zona escravista ao Sul e a zona livre ao Norte do rio. Essa linha divisória traçada pelo rio Ohio ficou conhecida como *Linha Mason-Dixon*. Quando o território do Missouri

³³ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 214.

³⁴SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 5ª Ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 180.

³⁵DRESCHER, Seymour. **Escravidão** – Uma história da escravidão e do antiescravismo. Tradução: Antônio Penalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011, p. 182-184.

solicitou seu ingresso na União como Estado escravista, houve protestos porque sua localização violava essa divisão latitudinal tácita que separava a região escravagista da área livre. Era o segundo Estado a violar a linha Mason-Dixon. Pouco antes, parte do extenso território ao longo do Mississipi, adquirido pelo governo federal, tornara-se o Estado da Louisiana, ingressando na União como zona escravista também. Um terceiro Estado estava em vias de ser criado, naquela região e como zona escravista: o Arkansas³⁶. Em 1836, o Estado do Texas se declarou independente do México e solicitou sua integração à federação americana. A enorme extensão de terra tomada do México tornou visível o problema sobre qual seria a posição dos novos territórios em relação à escravidão, pois eles punham em risco a demarcação das zonas livres e escravistas, separadas pela Linha Mason-Dixon, já que as novas terras se localizavam principalmente ao norte e extremo oeste.

Essa linha divisória era fonte de inúmeros problemas, mormente em relação ao *status* do escravo do sul que a atravessava. A Lei do Escravo Fugitivo propunha garantir que os escravos sulistas teriam o *status* de propriedade dentro das áreas livres³⁷. A Suprema Corte havia decidido a favor dos Estados escravistas no caso *Dread Scott v. Stanford* (1857), argumentando que a Constituição protegia implicitamente a escravidão e impedia que o Congresso interferisse nos direitos sulistas de propriedade; também afirmou que os negros não eram cidadãos na acepção comum do termo³⁸.

Em 1860 o Partido Republicano concorreu às eleições presidenciais com a promessa de pôr fim à escravidão. Ganhou, elegendo Abraham Lincoln. Antes de Lincoln assumir, 11 Estados escravistas formaram a Confederação e decretaram a secessão. A determinação de Lincoln de salvar a União pela força militar fez com que mais quatro Estados escravagistas aderissem à Confederação dos Estados do Sul. Mas o norte contou com um contingente de 200 mil afro-americanos nas fileiras

³⁶DRESCHER, Seymour. **Escravidão – Uma história da escravidão e do antiescravismo**. Tradução: Antônio Penalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011, p. 195-198.

³⁷Ibid., p. 451-462.

³⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

do exército da União, um reforço que permitiu a vitória numa guerra civil que custou a vida de 600 mil soldados³⁹.

Vencida a guerra pela União, foi promulgada a 13ª Emenda, que aboliu a escravidão em território americano. Em reação, as legislaturas dos Estados do Sul, compostas por ex-rebeldes, promulgaram vários códigos negros, que criavam restrições raciais à posse de armas, ao uso de bebidas alcoólicas, à vagabundagem e ao matrimônio interracial. Criaram, também, uma ordem processual própria para cidadãos negros, delitos próprios e penas criminais acentuadas. O modelo adotado foi de privação racial. Uma proposta de reforma agrária feita pelo *Freedmen's Bureau*, uma espécie de agência dos libertos, nunca se materializou. A liberdade legal veio com uma combinação de pobreza e privação dos direitos civis⁴⁰.

O Estados Unidos se tornou uma nação pródiga em leis raciais. Elas ficaram conhecidas como leis *Jim Crow*, expressão usada para se referir pejorativamente aos negros, inspirada numa música do *Virginia Minstrels*, grupo artístico que se apresentava pintado de preto, cantando com sotaque sulista e dançando ao modo dos negros, os quais eram retratados de forma caricatural e depreciativa⁴¹. As leis *Jim Crow* constituíam um manancial de regras segregacionistas, restringindo o espaço público para os negros americanos, confinando-os em áreas próprias no transporte público, teatros, cinemas, escolas, bibliotecas e até nas cadeias.

Por conseguinte, muitos mestiços, especialmente aqueles sem traço distintivo de cor, ocultavam sua origem racial. Eram os *racial passers*⁴². Homer Plessy, cidadão de New Orleans, pele clara, não era considerado branco pelas leis do Estado de Louisiana porque possuía 1/8 de ancestralidade negra. Acreditando que seus 7/8 de sangue caucasiano fariam dele um homem branco e por não ser a mistura de raça perceptível nele, Plessy embarcou num vagão de 1ª classe da East Louisiana Railway, destinado exclusivamente a passageiros brancos, de onde foi

³⁹DRESCHER, Seymour. **Escravidão – Uma história da escravidão e do antiescravismo**. Tradução: Antônio Penalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011, p. 468-469.

⁴⁰Ibid., p. 470-473.

⁴¹KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **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, 2007, p. 137.

⁴²MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: História do Pensamento Racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 153-155.

retirado à força e processado criminalmente por violar a 1ª Seção do Estatuto Geral do Estado da Louisiana, que proclamava que toda companhia ferroviária que transportasse passageiros em seus vagões, deveria providenciar acomodações iguais, mas separadas, para a raça branca e a de cor⁴³.

Condenado, Plessy recorreu à Suprema Corte contra a decisão de John H. Ferguson, juiz criminal do Distrito de Orleans, alegando que o Estatuto da Louisiana violava o princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda à Constituição. No julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson*, em 1896, a Suprema Corte decidiu que uma lei que implicasse em distinção legal entre negros e brancos – uma distinção que deveria existir, enquanto homens se distinguissem uns dos outros pela cor – não violava a igualdade jurídica entre as duas raças, nem implicava em servidão de uma delas, tampouco traduziam a inferioridade de raças. Tratar-se-ia de mera competência legislativa do Estado, dentro do seu exercício de poder de polícia⁴⁴.

Com essa decisão, a Suprema Corte deu às leis segregacionistas o contorno jurídico e a legitimidade de que elas necessitavam: a doutrina do “*equal, but separate*” (iguais, mas separados). A teoria justificava que a separação em si não contrariava a igualdade entre negros e brancos, desde que os lugares separados fossem iguais em qualidade e comodidade. Dali por diante, tais leis floresceram no seio da sociedade americana, com segregações cada vez maiores e mais esdrúxulas. Na Carolina do Norte, até mesmo os livros nas escolas e bibliotecas eram separados – depois de utilizados por membros de uma raça, tornavam-se exclusivos dela e não podiam ser intercambiados⁴⁵.

As leis *Jim Crow* variavam conforme o Estado que as adotava. Seu critério era a ancestralidade. Geralmente, eram utilizadas frações distintas de consanguinidade para distinguir negros e brancos. O grande salto para a unificação das inúmeras leis segregacionistas foi dado por Madison Grant, um bem relacionado

⁴³SEPARATE BUT EQUAL: THE PLESSY V. FERGUSON CASE. **History Matters**: The U.S. Survey Course on the Web. Disponível em: <<http://historymatters.gmu.edu/d/5485/>>. Acesso em 26.08.2012.

⁴⁴US. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, decided May 18, 1896, 163 U.S. 537-564 (1896). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/163/537/case.html>>. Acesso em 26.09.2010.

⁴⁵Três Séculos de trevas. **Revista VEJA**. São Paulo, Edição extra: A história. Abril de 1968. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/historia/morte-martin-luther-king/historia-negros-escravidao-segregacao-igualdade.shtml>>, acesso em 18.10.2010.

advogado nova-iorquino. Pioneiro no direito ambiental, criador de vários parques nacionais americanos, de leis contra a caça predatória e um dos fundadores do zoológico do Bronx, Grant, também foi um proeminente “eugenista” – pseudociência muito em voga, na época, dedicada ao melhoramento genético da espécie humana. Ele escreveu *The Passing of the Great Race*, um tratado sobre genética rracica que vendeu milhões de exemplares e foi considerado por Hitler como “sua bíblia”⁴⁶. Sobre Grant e sua obra Bonavides afirmou:

E Grant, que é do mal contra o bem, da opressão contra a liberdade, continuará sua vil, desprezível e venenosa trajetória de verme do espírito, inimigo do povo, da civilização, das suas conquistas primárias e sagradas. Nasceu literariamente morto. Sua obra como aberração é já um atestado de óbito. Foi nas letras um feto. Derrotaram-no em Stalingrado e em El-Alamein, nas batalhas da liberdade⁴⁷.

Em uma de suas viagens à África, Grant imaginou ter encontrado o “elo perdido” entre os homens e os símios, ao se deparar com Ota Benga, um pigmeu do Congo-Belga. Ota Benga foi levado aos Estados Unidos e em 08 de setembro de 1906, foi exibido no zoológico do Bronx, na jaula ao lado dos orangotangos, onde atraiu uma multidão de curiosos⁴⁸. Também partiu de Grant a ideia de criação de uma república negra na região do baixo Mississipi, nas fronteiras do Texas e da Louisiana ou nas costas do Golfo Pérsico⁴⁹.

Foi Madison Grant quem concebeu a Lei de Integridade Racial do Estado da Virgínia, de 1924. O diferencial dessa lei em relação às outras estava na simplificação do critério para diferenciar negros e brancos, traçado no seu artigo 5º, que proibia o casamento de pessoa branca com negra e, para tanto, considerava branca a pessoa que não tivesse nenhum traço de qualquer outro sangue que não fosse o caucasiano⁵⁰. A nota diferencial da Lei de Integridade Racial do Estado da Virgínia foi remover as ambiguidades e simplificar a diferenciação. Seu paradigma

⁴⁶MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 119.

⁴⁷BONAVIDES, Paulo. **O Tempo e os Homens**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 29.

⁴⁸MAGNOLI, Demétrio. *loc. cit.*

⁴⁹BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 28.

⁵⁰U.S. Racial Integrity Act, 1924. An Act to Preserve Racial Integrity. Disponível em <http://www2.vcdh.virginia.edu/encounter/projects/monacans/Contemporary_Monacans/racial.html>. Acesso em 04.10.2010.

logo se espalhou para os demais Estados americanos. Fora criada a regra da gota de sangue única (*the one drop rule*).

A regra da gota de sangue única foi festejada pelos segregacionistas porque facilitava a classificação racial. Mas o dilema de como enquadrar os mestiços, chamados de *colored* ou *half-blood*, antecede a ela. A sociedade americana sempre classificou as pessoas em brancas e não-brancas. A ascendência negra em qualquer grau, revelada por qualquer traço característico, independente da cor da pele, era suficiente para que alguém fosse classificado como negro. O homem-médio norte-americano sempre temeu a figura do *racial passer* – pessoas com ancestralidade negra, mas sem nenhum traço distintivo de cor, que ocultavam sua origem⁵¹ -, por isso o rígido controle sobre a questão da ancestralidade.

Na década de 1940, já estava suficientemente clara a falácia da doutrina “*equal, but separate*”, segundo a qual a segregação racial não violava a *equal protection clause* (cláusula de igual proteção) da 14ª Emenda se os ambientes separados oferecessem a mesma qualidade, comodidade e conforto. Era evidente que as coisas não funcionavam assim. No transporte público, os assentos do fundo eram reservados aos negros, aos quais também se reservavam as piores cadeiras nos teatros e salas de exibição. O desempenho escolar dos negros também era inferior ao dos brancos, em razão da baixa expectativa de ascensão social, de um sentimento de inferioridade, estimulado pela segregação, mas, também, porque as escolas dos negros eram inferiores. Hospitais financiados com verbas federais negavam tratamento adequado aos negros⁵².

Assim, em 1954, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que não havia mais ambiente para a segregação na educação pública, conferindo nova interpretação à *cláusula de igual proteção*⁵³. O fim definitivo das leis segregacionistas viria no julgamento do caso

⁵¹MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 153-155.

⁵²BELLITANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 200.

⁵³KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **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, 2007, p. 160 ss.

Loving v. Virginia. Richard Loving e Mildred Jeter – ele, branco; ela, negra – decidiram casar e foram sentenciados a cumprir um ano de cadeia porque o Estado da Virginia proibia os casamentos interracialis. O caso chegou à Suprema Corte e ela derrubou as restrições a uniões entre pessoas de diferentes raças. O julgamento foi proferido em 12 de junho de 1967, data que passou a ser celebrada nos Estados Unidos com o sugestivo nome de Loving Day⁵⁴.

Na seara legislativa, Franklin D. Roosevelt baixou um decreto, em 1941, proibindo a discriminação racial contra negros na seleção e recrutamento de pessoal para trabalhar para o governo. O termo *ação afirmativa* foi utilizado pela primeira vez por John F. Kennedy, quando criou o Comitê para Oportunidades Iguais de Emprego. Em 1964, Lyndon Johnson, sucessor de Kennedy, promulgou a Lei dos Direitos Civis, proibindo a discriminação na iniciativa privada. Em um discurso proferido na Howard University, em junho de 1965, Johnson usou a metáfora de que não seria possível colocar duas pessoas numa corrida de velocidade, competindo em condições de igualdade, se uma delas tivesse ficado acorrentada durante anos⁵⁵.

No entanto, foi sob o governo republicano de Richard Nixon que a política de ação afirmativa ganhou sua configuração impositiva atual, com a edição da Lei da Oportunidade Igual no Emprego, que foi sancionada sob a forma de emenda à Lei dos Direitos Civis, e que determinou a todos os órgãos públicos federais, empresas que prestassem serviços ao governo federal e entidades que recebessem subvenção federal, que estabelecessem meta e prazo específico para admitir mulheres e integrantes de minorias raciais⁵⁶.

As ações afirmativas em favor dos negros foram criadas sobre os escombros ideológicos das leis *Jim Crow*. A ruína das leis segregacionistas serviu de alicerce para as políticas de ação afirmativa. A regra da gota de sangue única, na qual se embeberceram as leis segregacionistas, viria a ser a viga mestra das ações afirmativas. Sequer houve discussão sobre quem era negro. Bastou inverter o polo

⁵⁴MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p.115-116.

⁵⁵ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 87.

⁵⁶BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** Campinhas: Autores Associados, 2005, p 5-6.

das políticas raciais para se prestigiar os negros, daí o nome de discriminação reversa.

1.2.3 A evolução das ações afirmativas nos Estados Unidos

Com a Lei da Oportunidade Igual no Emprego, sancionada por Richard Nixon em 1972, sob a forma de emenda à Lei dos Direitos Civis, a política de ação afirmativa adotou uma atitude proativa, estabelecendo metas e prazos para que órgãos públicos federais, prestadoras de serviços ao governo federal e entidades privadas subvencionadas com recursos federais admitissem mulheres e negros em seus quadros. Um ano antes, porém, em 06 de julho de 1971, a Suprema Corte havia enfrentado o tema no julgamento do caso *Griggs v. Duke Power Company*, em que Willie Griggs processou seus empregadores alegando que a exigência de diploma de ensino médio e de notas mínimas em testes de aptidão para promoção era um subterfúgio da empresa para negar aos negros o acesso aos melhores postos de trabalho. Estava em discussão, portanto, as chances maiores que pessoas brancas tinham para arrumar emprego e melhores colocações no trabalho, em oposição aos negros. No julgamento, aquele sodalício afirmou que a Lei dos Direitos Civis consagrava a igualdade material e que os testes aplicados pela empresa, na prática, impediam que um número significativo de pessoas negras tivesse acesso aos cargos mais elevados na empresa⁵⁷.

Estava consagrado o Princípio Griggs, que nortearia os julgamentos daquela Corte por toda a década de 70. O princípio reconhecia a discriminação estrutural racial nas oportunidades de emprego, onde práticas de contratação aparentemente neutras congelavam (*freezing*) o *stato quo* de práticas raciais do passado. Com o princípio Griggs, caberia ao autor da ação apenas provar a materialidade do fato, ou seja, a desproporção na contratação de pessoas de cor em comparação com a população em geral. O réu só se eximia se provasse que a desproporcionalidade na contratação de brancos era indispensável à prática do comércio.

⁵⁷ Disponível em <http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1970/1970_124>. Acesso em: 25.06.2014.

Desde então, a Suprema Corte tem realizado exames freqüentes de constitucionalidade de normas de programas de ação afirmativa, especialmente em relação ao princípio da igualdade, em razão da discriminação reversa e do tratamento favorável que ela propicia a uma categoria. Os testes de constitucionalidade têm sido feitos apelando-se para a técnica da ponderação, com a utilização do princípio da razoabilidade como metanorma. Eles são três: o teste de aferição severa, o de nível intermediário e o de mera racionalidade. O *teste de mera racionalidade* é o ordinário. Serve para o controle de constitucionalidade de normas que estabeleçam distinções entre pessoas, procurando verificar se a norma que cria o tratamento diferenciado é racional ou simplesmente arbitrária. O *middle-level review* é o teste intermediário. Procura verificar se o fim invocado é importante e se o meio escolhido tem uma relação substancial com o fim. O *strict scrutiny*, ou teste de aferição severa, é aplicado nos casos de diferenciações “suspeitas”, baseadas na raça, sexo e outras categorias de igual gênero. Nele, há presunção de inconstitucionalidade da norma. O ônus de provar a sua validade cabe ao Poder Público que a editou, demonstrando que o objetivo é convincente (compelling objective) e que não há alternativa menos restritiva (no less restrictive alternatives)⁵⁸.

Em 1978 a Suprema Corte dos Estados Unidos aboliu as cotas no julgamento do caso *Regents of the University of California vs. Bakke*, ao decidiu que a cláusula de igual proteção, prevista na 14^a Emenda, proibia o uso de “cotas explícitas”, a menos que lograsse demonstrar um interesse governamental de extrema relevância, o que não ocorrera naquele caso. Esse dado não deixa de ser curioso, considerando-se que o programa brasileiro, francamente inspirado no norte-americano, adota uma estratégia que por lá é considerada inconstitucional desde os estertores da década de 1970. No caso, o programa de ação afirmativa da universidade – “*university's affirmative action program*” – reservara dezesseis vagas em cada cem para as minorias. Quatro juízes entenderam que qualquer sistema de cotas era inconstitucional; outros quatro entenderam que o uso da raça como critério de admissão no ensino superior era perfeitamente constitucional. Coube a Lewis F. Powell desempatar. Ele concordou que o uso da raça era constitucionalmente

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260-261.

permitido, preservando, assim, as políticas de ação afirmativa. Todavia, considerou que o uso da raça deve ser apenas “um” dos critérios de admissão e que a utilização de cotas raciais rígidas violava a Décima Quarta Emenda, portanto o princípio da igualdade, sendo inconstitucional⁵⁹.

Os anos 80 foram um ponto de inflexão nos programas de ação afirmativa, fruto de uma década de governo republicano, com a nomeação de juízes liberais para a Suprema Corte⁶⁰. Em 1989, no julgamento do caso *Cove Packing Co vs. Alioto*, no qual foram questionados os critérios de contratação em uma fábrica de enlatados no Alasca, cujos melhores cargos, alojamentos e refeições eram reservados aos brancos, a Suprema Corte subverteu o Princípio Griggs e ordenou que o autor provasse que a discrepância de que se queixava resultava, realmente, de uma prática de contratação discriminatória, ignorando que é bastante difícil para um trabalhador conseguir provar como são tomadas as decisões de contratação numa empresa⁶¹.

Noutro caso, *City of Richmond vs. Croson*, também de 1989, em que um construtor branco questionava uma lei da cidade de Richmond que reservava uma percentagem de seus contratos para serem celebrados com empresas de propriedade de “não brancos” (half blood) – uma medida que visa a fomentar o surgimento de uma classe empresarial negra (black capitalism) – a Suprema Corte deu razão ao autor porque a cidade de Richmond não logrou provar que o fato de a cidade ter assinado poucos contratos com empresários negros no passado foi motivado por discriminação racial da prefeitura, à época⁶².

Em junho de 1995 a Suprema Corte restringiu os programas de ação afirmativa nos EUA. Na ocasião, o único negro da Corte, o Juiz Clarence Thomas, nomeado por George Bush em 1991, declarou que a ação afirmativa era uma exceção paternalista à cláusula de igual proteção. Finalmente, em junho de 2003 a Suprema Corte norte-americana julgou os casos *Grutter vs. Bolinger et al* e *Gratz et*

⁵⁹ Disponível em < http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1977/1977_76_811/>. Acesso em: 25.06.2014.

⁶⁰ DWORCKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 249.

⁶¹ *Ibid.*, p. 250, 251.

⁶² *Ibid.*, p. 252, 253.

al vs. Bolinger et al, ambos da Universidade de Michigan. No primeiro, ficou assentado que é constitucional a adoção da raça para ingresso na universidade, desde que seja apenas “um” dos critérios a serem considerados, dentre vários outros. Nesse sentido, cotas não seriam toleradas. No segundo julgamento, o tribunal admitiu o uso da raça como critério de admissão, mas decidiu que conceder pontos extras a candidatos procedentes de minorias raciais violava a cláusula de igual proteção⁶³.

O viés conservador adotado pela Suprema Corte, todavia, não impediu que a constitucionalidade das ações afirmativas fosse reforçada nos dois julgamentos em que foi testada na última década. O que parece ter havido é uma mudança judicial na percepção das ações afirmativas, resultando numa aproximação das ações afirmativas com o multiculturalismo e sua proposta de uma sociedade plural, onde as habilidades florescem e são mais bem desenvolvidas devido à exposição a outras culturas e formas de pensamento. Uma coisa restou clara: a rejeição a qualquer ação afirmativa que implique em critérios rígidos⁶⁴, como no caso das cotas e do bônus de pontuação, justamente os dois critérios que são a base dessas ações no Brasil.

1.3 Espécies de ações afirmativas

Há várias modalidades de ação afirmativa. Para quem entende que elas também compreendem as medidas de encorajamento, ou seja, aquelas medidas que não são impostas, mas apenas sugeridas, o trabalho de conscientização social, através da educação e da publicidade oficial, pode ser considerado como uma espécie de ação afirmativa. Também se inclui nesse rol a atividade de fomento, através de subsídios financeiros ou incentivos fiscais para quem aderir a programas

⁶³Cf. KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 201-206; BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005, p. 10-15.

⁶⁴RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação** – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 187.

de inclusão social ou pelo favorecimento direto a grupos minoritários, através de financiamento subsidiado, visando ao incremento de uma classe média composta por membros dessas minorias⁶⁵.

Outra modalidade assaz praticada é o direito de preferência em contratos com o governo, em caso de empate em licitações públicas. Há, também, outra espécie de ação afirmativa consistente no estabelecimento de bônus em concursos públicos, licitações, vestibulares, em que o candidato beneficiado pelo programa recebe pontos extras, principiando o certame com essa vantagem adicional.

O Estado, no exercício do poder fiscal, também pode estipular uma tributação especial em favor das minorias⁶⁶. Outras espécies de ação afirmativa citadas pela doutrina consistem no afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais e a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento de minorias⁶⁷. Finalmente, há o sistema de cotas, que consiste na reserva de um percentual de vagas para integrantes de minorias para aproveitamento e acesso a oportunidades de educação e trabalho.

1.4 As categorias beneficiárias das ações afirmativas

Os *sujeitos* das ações afirmativas são aqueles pertencentes às chamadas *minorias*. A expressão *minorias* não deve ser tomada necessária e obrigatoriamente no seu sentido literal, de cunho quantitativo. Como afirmou Carmen Lúcia, não se deve tomar a expressão *minorias* no sentido quantitativo, mas “[...] no de qualificação

⁶⁵SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Luam, 1994, p. 188.

⁶⁶GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 17-18. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf>>. Acesso em 08.02.2013.

⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

jurídica dos grupos contemplados com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder⁶⁸”.

Em uma democracia a minoria deveria logicamente representar uma categoria com um número menor de pessoas que as que não a integram. Não obstante, por influência dos que detêm o poder político, econômico e social, na prática dos direitos, a minoria termina formando um contingente que supera em número o que é tido por “maioria”, como nos casos dos negros e das mulheres no Brasil, maiores em número, mas minorias na prática, no respeito etc⁶⁹.

Percebe-se, assim, que as ações afirmativas estão intimamente ligadas à questão da discriminação. Discriminação e preconceito são temas correlatos, mas que designam fenômenos diversos. O preconceito caracteriza-se por ser uma concepção mental – nesse caso, negativa – em face de indivíduos ou grupos socialmente inferiorizados; as representações sociais dessas concepções também são preconceito. Discriminação é a materialização do preconceito nas relações sociais, resultando em atitudes arbitrárias que violam os direitos dessas pessoas⁷⁰.

Vê-se, pois, que os negros são apenas uma parcela desse grande contingente de discriminados, que envolve mulheres, índios, deficientes físicos, homossexuais e outras categorias; a raça é tão somente um componente de um quadro maior que comporta o sexo, a orientação sexual, a etnia, a religião, a nacionalidade etc.

Autores de nomeada defendem que também as pessoas jurídicas podem ser sujeitos das ações afirmativas, citando, como exemplo, o tratamento privilegiado dispensado pela Constituição às empresas de pequeno porte⁷¹. No entanto, embora

⁶⁸ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 87.

⁶⁹Ibid., p. 87.

⁷⁰RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação** – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15.

⁷¹Cf. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Rio de Janeiro, Ano I, n. 1, abr. 2006, p. 89; GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em 09.02.2013; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 88, 96.

o regime especial ofertado às empresas nacionais de pequeno porte esteja revestido de toda a roupagem característica das ações afirmativas, falta às pessoas jurídicas o elemento anímico representado pelo sentimento de superação, de elevação da autoestima, de inclusão, de pertença à sociedade, que é a nota típica dos sujeitos das políticas de ação afirmativa⁷².

A questão perpassa pelo que Flávia Piovesan chamou de *caráter bidimensional da justiça*, que distingue distribuição e reconhecimento: a primeira, uma medida de enfrentamento da desigualdade econômica; a segunda, o enfrentamento da injustiça cultural, resultante dos preconceitos e padrões discriminatórios⁷³. É o que Daniela Ikawa chamou de *redistribuição econômica*, que busca a redução da desigualdade e o afastamento da pobreza, e *redistribuição de reconhecimento*, que visa à diminuição da desigualdade de reconhecimento e o afastamento da ausência de reconhecimento⁷⁴. As medidas em favor das empresas de pequeno porte combatem a desigualdade na distribuição, mas não visam o reconhecimento, até porque não podem, já que esse sentimento é um elemento próprio da alma, algo que as pessoas jurídicas estão longe de ter, mesmo as pequenas.

Assim, o que é apontado como exemplo de ação afirmativa na Constituição, não passa de uma política de cunho eminentemente econômico, de fomento às micro e pequenas empresas. Não há sentido em colocá-las lado a lado, no mesmo patamar da reserva de vagas para deficientes físicos, por exemplo. A inclusão de empresas como clientela das ações afirmativas só tem cabimento se for para favorecer àquelas cujos sócios integrem grupos minoritários, e só por causa disso, como acontece nos Estados Unidos, onde leis beneficiam, nas licitações públicas,

⁷²A própria Carmen Lúcia anota que as ações afirmativas são uma modelo de superação do estado de isolamento e diminuição a que se acham sujeitas as minorias, sentimento anímico inacessível às pessoas fictas. Joaquim Barbosa aduz que as ações afirmativas visam a corrigir efeitos presentes de discriminações históricas e concretizar a igualdade de acesso aos bens fundamentais, como a educação e emprego [Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 88; GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em 09.02.2013].

⁷³PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

⁷⁴IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78-79.

empresas privadas pertencentes às minorias negras, visando a fomentar o surgimento de uma classe empresarial; o chamado *black capitalism*.

Portanto, ações afirmativas não são políticas voltadas para pessoas jurídicas, mas para pessoas humanas. Seus beneficiários são minorias em situação de desvantagem econômica e de reconhecimento. Seu sujeito de direito pressupõe um ser humano, dotado de dignidade⁷⁵. É possível incluir nesse grupo os negros, mulheres, homossexuais, nordestinos e tantos outros que, mantendo-se unidos pelo sentimento de pertença e pela necessidade de superação de discriminação, se encontrem com déficit econômico ou de reconhecimento social.

1.5 Objetivos das ações afirmativas

As ações afirmativas procuram combater a *discriminação estrutural*, um tipo de discriminação altamente entranhada nas camadas sociais e que se instala paulatinamente em razão de práticas antiquíssimas de dominação e marginalização das minorias. Trata-se do que Dworkin chamou de padrões sócio-econômicos enrijecidos, forjados em injustiças seculares, e um preconceito tácito e instintivo que afeta as perspectivas de vida dessas minorias, resultando em baixa auto-estima e modéstia de expectativas⁷⁶.

Dessa forma, ao combater a discriminação estrutural, as ações afirmativas propõem-se a ser um veículo indutor de uma mudança cultural em relação ao tratamento dispensado às minorias. Primeiro, através do reconhecimento oficial das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação; segundo, pelo aumento da representatividade dos grupos minoritários em áreas onde eles tradicionalmente são sub-representados. As mulheres, por exemplo, são sub-representadas no parlamento. Os negros são sub-representados nas universidades públicas, onde se procura implantar uma maior diversidade, aumentando o

⁷⁵IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 83.

⁷⁶DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 248.

segmento de alunos negros, praticamente ausente em sala de aula. Esse aumento na diversidade costuma gerar benefícios decorrentes da pluralidade de visões e opiniões. Além disso, combate efetivamente a discriminação estrutural quando fomenta o surgimento das chamadas *personalidades emblemáticas*, que são exemplos vivos de mobilidade social, a servir de inspiração e espelho às novas gerações⁷⁷.

As ações afirmativas também visam a inclusão sócio-econômica. Elas são um veículo eficiente de ascensão social das minorias. Embora nem todos os sujeitos pertencentes às minorias careçam necessariamente de ascensão social, é inegável que a discriminação estrutural de que são vítimas muitas vezes resulta em vê-se aquela minoria relegada aos marnéis e às posições sociais mais baixas, da qual não conseguem sair em virtude da baixa auto-estima e da adoção de expectativas de vida modestas. Através do sistema de cotas nas universidades, nos concursos públicos, nas licitações e contratos da Administração Pública e de várias outras medidas, as ações afirmativas logram criar canais diretos de ascensão social.

As ações afirmativas pretendem assegurar a igualdade material, a diversidade e a pluralidade social⁷⁸. Pode-se divisar nelas o que Piovesan chama de caráter bidimensional da justiça⁷⁹: a justiça se realiza não só através da igualdade material, social e distributiva, orientada pelo critério socioeconômico, mas igualmente através da igualdade material orientada pelo critério do reconhecimento de identidades. As ações afirmativas objetivam, portanto, *redistribuição* e *reconhecimento*, interagindo mutuamente numa relação dinâmica e dialética.

⁷⁷GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 134-137. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em 08.02.2013.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 198.

⁷⁹Ibid., p. 193.

2 UMA TEORIA DE JUSTIÇA PARA AS AÇÕES AFIRMATIVAS

A demanda por uma teoria de justiça, de acordo com Amartya Sen, está ligada ao tipo de criatura que o homem é, pois a natureza humana não consegue evitar a eterna busca de justiça na sociedade, mesmo percorrendo caminhos diferentes. Para se chegar à solução ideal para uma sociedade perfeitamente justa, porém, é preciso enfrentar o dilema desconcertante da existência de noções de justiça plurais e muitas vezes rivais umas das outras⁸⁰.

Há décadas a filosofia política vem dominando o debate acadêmico norte-americano, com destaque para o embate entre as teorias políticas normativas: o liberalismo, o igualitarismo e o comunitarismo. Estas três teorias de justiça consagram, respectivamente, as três virtudes celebradas pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Representam, portanto, três gerações de direitos humanos: a primeira se inicia com o catálogo das prerrogativas individuais consagrado nas Constituições a partir do ideal de liberdade, a primeira das virtudes revolucionárias; em seguida, vem a busca da igualdade material, com a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais, a partir do fim da Primeira Guerra Mundial; finalmente, a nova geração de direitos humanos representa a solidariedade, o terceiro elemento da brigada revolucionária, que surge com o reconhecimento de interesses específicos de movimentos sociais e minoritários, movimento que se inicia na década de 1960, mas que foi encorpado a partir da década de 1980⁸¹.

A seguir, mesmo correndo-se o risco de pecar pela concisão, há uma breve preleção sobre os elementos centrais das três principais teorias políticas normativas em voga. Em seguida, há uma exposição das influências do liberalismo-igualitário e do multiculturalismo sobre as políticas de ação afirmativa, com ênfase na feição que as ações afirmativas assumem conforme a ascendência de cada uma dessas

⁸⁰SEN, Amartya. **A Idéia de Justiça**. Tradução: Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009, p. 43, 541.

⁸¹SARMENTO, George. **As gerações dos Direitos Humanos e os Desafios da Efetividade**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em 02.02.2013.

teorias. Finalmente, analisa-se a conveniência, para a nação brasileira, da importação acrítica de um debate acadêmico que apenas reflete problemas inerentes a sociedade estadunidense.

2.1 As modernas teorias políticas normativas

O liberalismo é um movimento nascido no constitucionalismo, com vistas a impor limites e controle à atuação abusiva do Estado. Ao Estado cabe garantir aos cidadãos a liberdade, segurança e propriedade. O Estado não tem a obrigação de fornecer nada aos indivíduos, a não ser garantir-lhes que ninguém interfira nos seus direitos básicos. Falar em igualdade, no liberalismo, significa dispensar o mesmo tratamento a todos, sem privilégios de qualquer natureza, nem considerações de ordem econômica, social ou cultural⁸². Como disse Paulo Bonavides, na doutrina liberal, o Estado sempre foi o fantasma a atemorizar o indivíduo; no início da moderna teoria constitucional, o poder estatal já surgiu como o maior inimigo⁸³.

No Século XVIII, o liberalismo – nas palavras de Mário Losano – veio acompanhado pela esperança de um grande desenvolvimento e de um aumento da harmonia entre os interesses sociais contrapostos. No entanto, apenas a primeira das previsões se realizou. O desenvolvimento industrial do Século XIX criou massas proletárias deserdadas, cuja redenção era prometida pela incitação revolucionária do comunismo. Com a chegada do pensamento reformista socialista, o conceito de solidariedade entrou na literatura social como elemento central. Todos os homens são iguais em dignidade, mas diferentes em tudo o mais. Esse contraste entre a igualdade teórica e a desigualdade da vida real resultava inaceitável em muitas

⁸²PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 290-291.

⁸³BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 27.

sociedades, cujas teorias políticas ou religiosas impunham medidas para atenuar essas desigualdades⁸⁴.

Após a Primeira Guerra Mundial, fortaleceu-se o discurso social da cidadania, pautado em uma visão organicista da sociedade, em que a igualdade material sobrepunha-se, sobranceira, ao ideal de cidadania liberal. São frutos dessa era a concepção marxista-leninista e as constituições sociais do início do Século XX, como a de Weimar e a do México. Após a Segunda Guerra Mundial, tomou corpo entre os Estados democráticos a ideia de combinar o discurso liberal com o social; um Estado que combinasse liberdade civil, com uma atuação nos direitos sociais, culturais e econômicos⁸⁵. O emblema dessa era foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A proposta liberal-igualitária surge nesse contexto como uma alternativa ao socialismo e ao comunismo. Sua premissa é acrescentar a igualdade na receita de sociedade justa, sem renunciar aos valores liberais. Essa teoria entende ser possível conciliar igualdade e liberdade.

No entanto, para que a igualdade se realize, o Estado deve abdicar de sua neutralidade em questões morais e ter uma participação ativa na efetivação da igualdade material. Isso, numa óptica puramente liberal, não é possível alcançar sem reduzir a parcela de liberdade das pessoas. Na visão liberal, a igualdade material é ilegítima porque a natureza concebe as pessoas naturalmente diferentes entre si e qualquer esforço destinado a igualá-las é inútil, enquanto houver liberdade que permita aflorar as diferenças. Sob esse regime igualitário, o Estado tornar-se-á intrusivo e autoritário, intervindo na liberdade e na vontade dos cidadãos⁸⁶.

É precisamente esse o dilema da dicotomia liberal-igualitária. Bobbio já havia chamado a atenção para essa contradição. A seu ver, não há como conciliar a liberdade, enquanto garantia de que o Estado não intervirá, com poderes que exigem que o Estado intervenha para efetivá-los:

⁸⁴SORTO, Fredys Orlando; BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; LOSANO, Mario G. **Solidaridad y Derechos Humanos en Tiempos de Crisis**. Madrid: Dykinson S. L., 2011 (Cuadernos Bartolomé de Las Casas), p. 16-18, 37.

⁸⁵PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 458-459.

⁸⁶GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 44.

Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres⁸⁷.

Existe uma visão aparentemente inconciliável do ideal de igualdade entre essas duas filosofias. Para um libertário, a preocupação moderna com as causas da desigualdade social poderia sugerir que a igualdade é algo natural, inerente ao homem, e que a sua ausência mereceria uma explicação. As causas dessa desigualdade, a *intelligentsia* intelectual foi buscar no racismo, no preconceito, no machismo e em outras formas de discriminação, sem se dar ao trabalho de demonstrar a existência de uma igualdade na origem que justificasse a sua ausência no presente. Acontece que somente pessoas abstratas, vivendo num mundo abstrato, podem ser consideradas iguais. Na vida real, essa igualdade potencial ou em abstrato só existe no momento da fecundação. O dever da igualdade, a igualdade empírica, não pode ser material⁸⁸.

A diferença na maneira de enxergar o ser humano está na origem ideológica das lutas políticas entre a corrente liberal e a igualitária. A liberal tem uma visão restrita do homem: ele é uma criatura tragicamente limitada, cujos impulsos egoístas só podem ser contidos por estratégias sociais e a um alto custo. A igualitária tem uma visão irrestrita do homem: vê potencialidades na natureza humana muito além das manifestas. Com isso, a visão irrestrita tende a criar condições econômicas e sociais mais igualitárias, ao passo que os partidários da visão restrita estão mais preocupados com o perigo do acúmulo de poder pelo Estado, necessário para tornar possível essa igualdade imposta.

A visão restrita (liberal) desconfia de processos sociais preconcebidos, pois os percebe como ineficazes e incontroláveis. Ela prefere confiar em processos sociais historicamente evoluídos, como a linguagem e o mercado. A visão irrestrita (igualitária) acredita piamente no planejamento racional e no controle direto dos

⁸⁷BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª Ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 42.

⁸⁸SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. Tradução: Maurício G. Righi. São Paulo: Realizações Editora, 2011, p. 179-187.

sistemas, em ordem a alcançar os resultados deliberados⁸⁹. No quesito justiça, as duas visões do homem, supracitadas, divergem fundamentalmente. Para a visão irrestrita – portanto, igualitária – é importante saber se as vantagens são merecidas ou se são fruto do acaso e do fortuito. Na visão restrita e liberal, os processos sociais são julgados segundo sua capacidade de tirar o máximo proveito, ao menor custo, das potencialidades restritas do homem⁹⁰.

O antagonismo entre o liberalismo e o liberalismo-igualitário naturalmente se estendeu às preferências compensatórias em favor de grupos minoritários, travando-se a antiga contenda entre a visão restrita, própria do liberal, e a visão irrestrita do homem, encampada pelo modelo igualitário. A visão irrestrita dando ênfase ao resultado e concluindo que liberdade e igualdade são conceitos que se completam; a visão restrita observando o processo e não o resultado e afirmando haver um conflito entre permitir a liberdade individual de ação e ao mesmo tempo prescrever a igualdade de resultados sociais⁹¹.

Em meio a essa controvérsia surgiu o comunitarismo, apresentando-se como uma alternativa teórica ao liberalismo e ao socialismo, enfocando o princípio da solidariedade⁹². A expressão “solidariedade” provém do latim *in solidum*; um sentido literal bastante limitado. Esse termo apareceu com um sentido jurídico, pela primeira vez na língua portuguesa, no dicionário de Domingos Vieira e somente mais tarde incorporou a noção de ajuda e cooperação. No Século XVIII, o vocábulo solidariedade ganha, na França, o sinônimo de caridade cristã. Deve-se principalmente a Pierre Leroux (1797-1871) o emprego desta palavra em sentido ético e político, como algo que se pode chamar de solidariedade humana: a interdependência entre os membros de uma sociedade e o conseqüente dever de assistência mútua⁹³. Assim, o cerne da solidariedade é esse sentimento de pertença

⁸⁹SOWELL, Thomas. **Conflito de Visões**: Origens Ideológicas das Lutas Políticas. Tradução: Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: Realizações, 2011, *passim*.

⁹⁰Ibid., p. 103.

⁹¹Ibid., p. 155.

⁹²DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44.

⁹³SORTO, Fredys Orlando; BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; LOSANO, Mario G. **Solidaridad y Derechos Humanos en Tiempos de Crisis**. Madrid: Dykinson S. L., 2011 (Cuadernos Bartolomé de Las Casas), p. 98-100.

a um grupo, que permite uma relação recíproca de ajuda e sustento nas dificuldades e necessidades⁹⁴.

O comunitarismo entende que determinados grupos, com identidades muito próprias, não devem ser tratados segundo princípios da igualdade formal, tampouco as providências materiais oferecidas pelo socialismo lhes bastam. É como se a teoria crítica pós-marxista fosse reconstruída com base numa teoria do reconhecimento, transferindo seu foco do trabalhador para o cidadão. O comunitarismo contesta a concepção atomista do ser humano, ligada ao pensamento liberal e vê o indivíduo numa perspectiva intersubjetiva, voltada ao reconhecimento pelos outros. A autorrealização do homem está ligada às relações de reconhecimento mútuo⁹⁵.

O pressuposto liberal-igualitário de que as pessoas escolhem seus objetivos de vida é criticado pelo comunitarismo, para quem o homem não escolhe seus objetivos, ele os descobre a partir dos valores próprios de sua comunidade⁹⁶. Os comunitaristas chamam de atomismo toda forma de doutrina inspirada no contratualismo⁹⁷, o qual concebe a sociedade como um punhado de indivíduos unidos em torno da satisfação de objetivos puramente individuais⁹⁸. Para o comunitarismo, o homem é um ser social e sua autonomia moral só pode ser afirmada em algum contexto social; fora dele, não há identidade moral⁹⁹. Uma

⁹⁴NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 134.

⁹⁵CATÃO, Adrualdo de Lima. **A Fundamentação dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. (org.). *Marxismo, realismo e direitos humanos*. João Pessoa: EDUFPPB, 2012, v. 1, p. 283-305, *passim*.

⁹⁶GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 140, 141. Para Bauman, porém, a identidade é algo a ser inventado e não a ser descoberto [BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 21.

⁹⁷IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59.

⁹⁸Essa crítica do comunitarismo não é nova, é objeto de muitos conflitos modernos entre países asiáticos e ocidentais e suas concepções de sociedade [HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Tradução: Márcio S. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2011, p. 155]. Habermas, porém, adverte que tais reservas em relação ao individualismo ocidental não raro são argüidas estrategicamente, como forma de legitimação da política autoritária que promove o desenvolvimento; especialmente quando se trata da precedência dos direitos humanos [Ibid., p. 157].

⁹⁹GARGARELLA, Roberto. Op. Cit., p. 143, 144.

sociedade que se pretenda justa, necessita de um forte sentimento de comunidade, de preocupação com o todo e dedicação ao bem comum¹⁰⁰.

Nessa direção, o comunitarismo questiona o cânone liberal da autodeterminação do indivíduo. Muitas pessoas – por inexperiência, idade avançada, desconhecimento, instabilidade emocional etc. – não estão preparadas para lidar com situações difíceis que a vida impõe e podem tomar decisões prejudiciais ou cometer erros que as levem, e às suas famílias, a situações degradantes. Will Kymlicka diz que, sob o ponto de vista de uma sociedade comunitária, essa suposta autodeterminação liberal nada mais é do que uma indiferença quanto ao destino alheio, travestida de interesse pelo livre arbítrio. Ele aduz: “Quando as pessoas são incapazes de lidar com a vida de modo eficaz, respeitar a sua autodeterminação pode equivaler, na prática, a abandoná-las a um destino infeliz¹⁰¹”.

O comunitarismo fez muitos liberais reverem suas teorias e passarem a se concentrar em questões antes relegadas ao segundo plano, como a associação entre a liberdade de escolha e a necessidade de multiplicidade de opções. O liberalismo-igualitário, porém, manteve-se irredutível em sua posição contra intervenções estatais na moral privada, admitidas pelo comunitarismo. O liberalismo-igualitário também persiste no ideal de justiça a partir de princípios abstratos, independentes dos valores dominantes na comunidade¹⁰².

Modernamente, o foco de atenção da filosofia política voltou-se para problemas originados na diversidade de culturas da sociedade global; o chamado multiculturalismo. A expressão designa a coexistência, no seio da sociedade moderna, de grupos caracterizados pela especificidade de suas culturas¹⁰³. O multiculturalismo parte da ideia de que as desigualdades resultam de complexas teias de poder construídas por grupos hegemônicos, que impõem sua linguagem,

¹⁰⁰SANDEL, Michael. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. 5ª Ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 325.

¹⁰¹KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 254.

¹⁰²NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 156-157

¹⁰³SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26.

costumes e ideologias, marginalizando quem se lhes oponha, erigindo uma fronteira a partir da qual tudo é transgressão. Portanto, igualdade e diferença integram um contexto que não é neutro¹⁰⁴.

É sobre esse pano de fundo em que se digladiam teorias de justiça que buscam o mesmo fim, mas por caminhos tão diversos que chegam a ser antagônicos, que surgem as políticas de ação afirmativa, com sua proposta de promover a igualdade material, algo típico do ideal igualitário, e ao mesmo tempo buscar o reconhecimento da identidade cultural de grupos marginalizados, o que é próprio do multiculturalismo. A seguir, ver-se-á a influência dessas duas teorias na composição das ações afirmativas.

2.2 O liberalismo-igualitário e as ações afirmativas

O surgimento das ações afirmativas coincidiu com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, que viria a ser o marco teórico do liberalismo-igualitário nos Estados Unidos. Apesar de serem contemporâneas e se inspirarem no mesmo ideal de igualdade material que impregnava o debate democrático à época, o fato é que não houve relação causal entre as políticas de ação afirmativa e a filosofia de Rawls¹⁰⁵.

Na verdade, as ações afirmativas não foram precedidas de teorias acadêmicas, nem de pressão popular, tampouco foram sustentadas por um movimento de massas, nem houve protestos ou passeatas clamando por elas¹⁰⁶, que chegaram a ser vistas com reservas por lideranças negras da época¹⁰⁷. Elas foram basicamente uma reação à violência racial que assolava a sociedade americana na década de 1960 e que ameaçava levar o país a uma divisão racial

¹⁰⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 339.

¹⁰⁵MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue**: História do Pensamento Racial. São Paulo: Contexto, 2009, p. 87.

¹⁰⁶*Ibid.*, p. 88.

¹⁰⁷Cf. KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira**: necessidade ou mito? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

profunda. Nesse sentido, merecem destaque as impressões de Paulo Bonavides sobre a sociedade americana, feitas a partir de sua viagem à cidade de Nova Iorque:

O 'Harlem' de Nova York constitui vergonha e humilhação para o homem americano. Da Quinta Avenida à 93ª rua, percorremos, em minutos, uma distância de séculos. Ver o desamparo, a decadência, o fracasso onde nunca houve progresso, no bairro negro da maior cidade do mundo, no país materialmente mais civilizado do planeta, é espetáculo que nos leva à meditação dos contrastes. Do 'Empire State Building' aos cortiços de 'Father Divine' são cinco centavos americanos de 'subway'. Por esse preço vemos os pólos da civilização americana, em 5 minutos de 'elétrico'.¹⁰⁸

Há quem sustente, inclusive, que os programas de ação afirmativa surgidos nos anos de 1960 buscavam, na realidade, atenuar a violência nos guetos, garantindo a segurança da pequena burguesia branca que morava nos arredores e se sentia ameaçada pelos conflitos¹⁰⁹. A frase proferida por Nixon resume bem esse pensamento: “pessoas que possuírem as próprias casas não irão incendiar nossa vizinhança¹¹⁰”.

A razão da correlação imediata que se fez entre as ações afirmativas e a teoria de Rawls é que ambas representam um ideal de justiça redistributiva, com vistas à inclusão social, gravitando em torno da ideia de justiça como equidade. Nesse sentido, embora as ações afirmativas não tenham se inspirado na teoria de justiça de Rawls, pode-se dizer que encontraram nela um modelo teórico sob o qual se abrigar e encontrar legitimidade, como se verá a seguir.

A teoria de justiça de Rawls não se contenta com a igualdade meramente formal. Para Rawls, “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, [...] as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas¹¹¹”. As liberdades constitucionais, consideradas isoladamente, são uma forma empobrecida de liberalismo e devem ser criticadas como meramente formais, pois não combinam liberdade e igualdade, por isso carecem do critério da reciprocidade e permitem desigualdades econômicas

¹⁰⁸BONAVIDES, Paulo. **O Tempo e os Homens**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 22.

¹⁰⁹Cf. LASCOUMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Tradução: George Sarmiento. Maceió: edUFAL, 2012, p. 89.

¹¹⁰KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 176.

¹¹¹RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

excessivas¹¹². O conceito de justiça social de Rawls parte da ideia de que o simples fato de se pertencer a uma sociedade confere aos indivíduos o direito a uma parcela da riqueza produzida por ela, independentemente de considerações acerca da real contribuição individual feita para a produção dessa riqueza¹¹³.

Para realizar a justiça com equidade, Rawls parte do que denomina de posição original. Os sujeitos que a ocupam escolherão os princípios básicos de justiça. No entanto, eles se encontram encobertos por um *véu da ignorância* que os impede de conhecer sua classe, condição social, força, raça, inteligência, habilidades e talentos, embora o véu não os impeça de conhecer proposições gerais, como o avanço das ciências. O que o véu encobre é a capacidade deles de conhecer qualquer informação que venha a orientá-los a decidir em seu próprio proveito, o que faz com que eles decidam colocando-se na posição dos afetados pela decisão¹¹⁴.

Os princípios básicos de justiça seguidos pelos sujeitos da posição original são a liberdade e a igualdade. O primeiro garante a toda pessoa um esquema básico de liberdade compatível com a garantia de um esquema idêntico para todos; pelo segundo, as desigualdades do tipo social e econômico só se justificam se forem razoavelmente vantajosas para todos e se permitirem que os cargos e empregos sejam acessíveis a todos¹¹⁵. Há, finalmente, um terceiro princípio essencial para uma sociedade democrática constitucional razoavelmente justa: garantia de meios suficientes à capacitação dos cidadãos, para que possam fazer uso eficaz das suas liberdades. Isso requer uma estrutura que impeça desigualdades excessivas¹¹⁶.

A teoria de Rawls procura conciliar as duas concepções de igualdade. A igualdade formal está relacionada ao respeito que se deve às pessoas, independentemente de sua posição social e a igualdade material está relacionada à

¹¹²RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 64.

¹¹³SOWELL, Thomas. **Conflito de Visões: Origens Ideológicas das Lutas Políticas**. Tradução: Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: Realizações, 2011, p. 221.

¹¹⁴RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2011, p. 27.

¹¹⁵Ibid., p. 321-322.

¹¹⁶RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. [...], p. 63.

forma de distribuição dos bens e oportunidades¹¹⁷: a distribuição de bens não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa para todos, e os cargos de autoridade devem ser acessíveis a todos¹¹⁸.

Há quatro formas de interpretação do segundo princípio de justiça de Rawls, ligado à distribuição de bens e oportunidades. A primeira é a *aristocracia natural*, que desconsidera contingências sociais e valoriza as habilidades naturais, desde que sejam utilizadas para promover o bem-estar dos menos favorecidos. A deficiência desse modelo reside no fato de desconsiderar a influência das contingências sociais na formação e aprimoramento dos dotes naturais. A segunda é o *sistema de liberdade natural*, que, à semelhança do anterior, também está subordinado ao princípio da eficiência, pois as oportunidades estão abertas aos talentos, aos mais capacitados e determinados a lutar por elas. A terceira é a *igualdade liberal* ou interpretação liberal. Nela, percebe-se uma preocupação com a equidade nas oportunidades. Aqueles que nasceram com capacidades e habilidades semelhantes devem ter oportunidades semelhantes. Admite-se a distribuição desigual de talentos pela loteria da natureza, mas não que alguém com talento e disposição para usá-lo deixe de fazê-lo por obra do acaso, por contingências sociais – como ter nascido em família pobre – ou por ser-lhe vedado o acesso à educação de qualidade. Para iguais talentos e disposição, deve haver perspectivas de êxito semelhantes, independente de posição social do indivíduo¹¹⁹.

O tipo de igualdade material buscada pela interpretação liberal é uma igualdade de partida. Continua sendo um modelo baseado na meritocracia, porém, preocupado em atenuar o papel do acaso e das contingências sociais na formação dos talentos. Os elementos de que se vale são o acesso universal à educação de qualidade e mecanismos para se evitar o acúmulo excessivo de riquezas. O problema da igualdade de partida é torná-la efetiva. Embora seja melhor que os sistemas anteriores, a interpretação liberal também é deficiente. A distribuição de riquezas continua tão arbitrária quanto a baseada exclusivamente na loteria das

¹¹⁷RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 630, 631.

¹¹⁸Ibid., p. 74.

¹¹⁹Ibid., p. 80-89.

aptidões naturais, a diferença é que passa a ser baseada nas condições sociais. De fato, não há como garantir oportunidades equitativas à perfeição:

O princípio de oportunidades equitativas só pode ser realizado de maneira imperfeita, pelo menos enquanto existir algum tipo de estrutura familiar. O ponto até o qual as aptidões naturais se desenvolvem e amadurecem sofre influência de todos os tipos de circunstâncias sociais e atitudes de classe. Mesmo a disposição de fazer esforço, de tentar e, assim, ser merecedor, no sentido comum do termo, depende de circunstâncias sociais e familiares afortunadas. Na prática, é impossível garantir oportunidades iguais de realização e cultura para os que têm aptidões semelhantes e, por conseguinte, talvez convenha adotar um princípio que reconheça esse fato e também amenize os resultados arbitrários da própria loteria natural¹²⁰.

Assim, o último dos quatro significados para o segundo princípio de justiça de Rawls, relativo à distribuição de bens e riquezas e da acessibilidade aos cargos, é aquele concebido por ele próprio. Trata-se do sistema da *igualdade democrática*, que adota o *princípio da diferença*: a distribuição desigual deve melhorar de alguma forma a situação das pessoas que estiverem na posição menos favorável dentro de certa categoria; caso contrário, deve-se preferir a distribuição estritamente igual¹²¹. Os menos favorecidos são aqueles que têm uma quantidade menor de cada bem primário que costuma ser distribuído desigualmente¹²². Assim, a norma que dispensa tratamento desigual será justa se melhorar as condições da categoria menos favorecida. Será injusta, porém, se diminuir as expectativas da categoria menos favorecida ou elevar, exclusivamente, as expectativas da categoria mais favorecida.

Impende reconhecer que a teoria liberal-igualitária de Rawls e as outras que lhe seguiram guardam valores que orientam e conferem legitimidade às ações afirmativas. O conceito de categoria menos favorecida transcende o de minorias, albergando outros membros notórios, como os pobres, os trabalhadores, os consumidores, as pequenas empresas e todos aqueles grupos que se encontram em posição desfavorável na distribuição de bens e haveres. É inegável, porém, que as *minorias* étnicas, raciais e sociais integram o rol das categorias menos favorecidas de que fala Rawls. Logo, qualquer política pública que procure favorecer

¹²⁰RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 89.

¹²¹Ibid., p. 91.

¹²²Ibid., p. 112.

as minorias será legal, moral e justa, ainda que reduza as expectativas das categorias mais favorecidas.

É importante frisar, no entanto, que o liberalismo-igualitário percebe as ações afirmativas como uma questão de justiça redistributiva, orientada para um projeto de inclusão social. Ele não lida com a questão do reconhecimento de identidades. Desse modo, sob a óptica do liberalismo-igualitário, as políticas de ação afirmativa em favor de minorias discriminadas são, sobretudo, políticas de inclusão social, orientadas por uma igualdade de chegada e não de partida, visando a admitir essas minorias em esferas sociais que lhes foram sistematicamente negadas.

2.3 O comunitarismo, o multiculturalismo e as ações afirmativas

As ações afirmativas se harmonizam com o comunitarismo e os preceitos que lhe são caros. Na visão comunitarista, o liberalismo mascara o problema das minorias “inatas”, problema este que surge quando uma cultura hegemônica impinge às minorias o seu estilo de vida, negando igualdade de direitos às populações de origem cultural diversas. Essa imposição de valores ocorre não apenas em matérias delicadas, como na escolha do idioma oficial, dos currículos escolares, das normas penais, mas também em assuntos menos evidentes, como na hierarquia familiar e nas uniões matrimoniais. Nessas questões, costuma prevalecer o entendimento ético-político da cultura dominante¹²³.

O multiculturalismo também acolhe as ações afirmativas ao enfatizar o problema da diversidade e a luta pelo reconhecimento dessa pluralidade de valores. Um traço comum entre o multiculturalismo e o comunitarismo é a crítica antiliberal¹²⁴. A neutralidade do Estado diante da diversidade cultural, mesmo quando restou evidente que essa pretensa neutralidade não era genuína, considerando-se as

¹²³HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 164-165.

¹²⁴CATÃO, Adrualdo de Lima. **A Fundamentação dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. (org.). **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: EDUFPB, 2012, v. 1, p. 283-305, *passim*.

perseguições históricas sofridas por minorias étnicas, religiosas, raciais e culturais, permitiu uma aproximação entre ambos. O movimento multicultural, na esteira do comunitarismo, defende um papel atuante do Estado na proteção e fomento dos valores das minorias étnicas e raciais¹²⁵.

O multiculturalismo preocupa-se em criar ambientes plurais de raça, etnia, sexo e outras categorias sociais. Esse movimento pressupõe a inexistência de padrões de superioridade entre grupos raciais e étnicos. A experiência coletiva, no multiculturalismo, é o resultado das interações entre todos os grupos, os quais terminam por se combinar até formar um mosaico original¹²⁶. As minorias excluídas formam, no multiculturalismo, os mais variados tipos de identidade, relativas à raça, gênero, orientação sexual, dentre outras que se organizam socialmente para defender suas necessidades específicas na mídia e na política¹²⁷.

Sob a égide do multiculturalismo, as ações afirmativas giram em torno da questão da *presença institucional*. O foco das ações afirmativas desloca-se da redistribuição eminentemente econômica para o reconhecimento de identidades¹²⁸. Os defensores da política de presença institucional perguntam: como defender os interesses das minorias, sem conhecer-lhes as opiniões? É possível o entendimento das questões dos grupos minoritários sem a presença de membros desse grupo? Argumentam, também, que a presença institucional confere confiança ao grupo minoritário, dando-lhe a certeza de que estará representado.

Enfim, pode-se deduzir que tanto a teoria liberal-igualitária quanto o multiculturalismo enformam as políticas de ação afirmativa, cada um ao seu modo: o modelo liberal-igualitário preocupando-se com a redistribuição econômica e o multiculturalismo com a questão do reconhecimento de identidades e o respeito a elas. É possível combinar redistribuição e reconhecimento, no que se convencionou

¹²⁵KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 263.

¹²⁶RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação** – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 141-142.

¹²⁷CATÃO, Adrualdo de Lima. **A Fundamentação dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. (org.). *Marxismo, realismo e direitos humanos*. João Pessoa: EDUFPB, 2012, v. 1, p. 283-305, *passim*.

¹²⁸PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302.

chamar de caráter bidimensional da justiça. No entanto, é preciso reconhecer que essa comunhão resulta em alguns paradoxos, como se verá a seguir.

2.4 As idiossincrasias das teorias de justiça nas ações afirmativas

O que será visto doravante é que a tentativa de se conjugar inclusão social de minorias e o direito ao reconhecimento das especificidades de suas identidades resulta em algumas incongruências decorrentes do entrelaçamento entre o liberalismo-igualitário e o multiculturalismo, as duas teorias políticas normativas que inspiram esses objetivos e que têm pontos de vista divergentes em diversos aspectos. A seguir, serão abordados os principais pontos de divergência.

2.4.1 A temporariedade

O liberalismo-igualitário enxerga nas ações afirmativas uma oportunidade de inclusão social de minorias historicamente desfavorecidas, enquanto o multiculturalismo as enxerga como uma oportunidade de “marcar posição”, de se fazer presente, mas mantendo as tradições e culturas coesas – dir-se-ia ilesas – e, portanto, preservadas, sem se permitir diluir no caldo cultural. No multiculturalismo, os grupos minoritários pleiteiam mais do que pautas puramente materiais. Assim, a ideia liberal-igualitária de redistribuição econômica como solução do problema da exclusão de minorias desloca-se para a ideia de reconhecimento, naturalmente que sem abdicar da inclusão econômica. Com isso, alguns pormenores se antolham e serão vistos a seguir.

Primeiramente, sendo inclusiva a proposta liberal-igualitária, a consequência é que as ações afirmativas devem ser temporárias. No liberalismo-igualitário as ações afirmativas são tecnicamente provisórias e só se justificam enquanto não se concluir o processo de inclusão social das minorias historicamente desfavorecidas.

Bem se vê que essa temporalidade vez ou outra é enfocada no Brasil. Ela foi enfatizada por mais de uma vez no voto do Ministro-Relator Ricardo Lewandowski, que julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, proposta contra a política de cotas raciais nas universidades federais. Há em seu voto, inclusive, um capítulo intitulado “transitoriedade das políticas de ação afirmativa” e na decisão, um dos quatro argumentos citados para referendar o sistema de cotas raciais foi o de que as ações afirmativas “são transitórias e prevêm revisão periódica dos seus resultados¹²⁹”. A própria Lei 12.711/2012, que dispôs sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades e escolas técnicas federais, determinou a revisão do programa após 10 anos. Mais recente, a Lei nº 12.990/2014, que estabelece cotas raciais para ingresso no serviço público federal, foi mais assertiva: só vigorará por 10 anos.

Ocorre que sob as hostes multiculturais, as ações afirmativas têm pretensão de ser definitivas, pois essa corrente político-filosófica não tem um projeto exclusivamente de inclusão social por redistribuição de renda, mas de representação social, mantendo-se membros das minorias em posições institucionais estratégicas de forma perene. Assim, sob o influxo do multiculturalismo, a tendência é que essas legislações sejam constantemente renovadas, mantendo, e se possível ampliando, os programas governamentais em favor das minorias.

2.4.2 A identificação racial segundo o preconceito de origem e de marca

Outra questão, de pouca expressão lá fora, mas de especial relevância por estas plagas, que permite diferenciar multiculturalismo e liberalismo-igualitário é aquela relacionada à identificação da raça. Nos Estados Unidos, cujo programa de ação afirmativa inspirou o brasileiro, essa matéria não chegou a ser um dilema obsediante visto que aquele país, enquanto concebia as leis segregacionistas, adotou um sistema birracial que classificava um indivíduo como branco ou preto,

¹²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

sem meios-terminos¹³⁰. Dir-se-ia que a marca racial é de origem, baseada no genótipo: a mínima carga genética é apta a classificar o indivíduo como negro. O rígido sistema birracial norte-americano fez com que qualquer ascendência africana colocasse o indivíduo na categoria de negro, independente de sua aparência. O que definia o negro era a sua carga genética e, portanto, o seu potencial para gerar uma prole de cor. O preconceito, portanto, era de origem.

No Brasil, diferentemente, vigeu um sistema multirracial em que o mestiço ocupou um espaço próprio na sociedade. Assim, a questão da atribuição de raça permaneceu deveras indefinida. O que prevaleceu no Brasil foi um preconceito de marca, baseado na avaliação da aparência física do indivíduo¹³¹. Diz-se de marca porque ele não é ligado à origem racial, mas à cor da pele e à aparência¹³². O preconceito de marca é mais difícil de definir e distinguir que o de origem, porque obedece a critérios volúveis segundo a região e a classe social e variam de acordo com os aspectos físicos e culturais do indivíduo, como a intensidade da cor da pele, a prevalência de traços africanizados ou caucasóides, o nível cultural e educacional, os hábitos e a condição econômica desse indivíduo em comparação com as pessoas com as quais ele se relaciona.

Ocorre que a identificação precisa dos beneficiários é crucial para conferir legitimidade às políticas de ação afirmativa. Qual critério deve prevalecer no caso das ações afirmativas no Brasil: a identificação racial baseada no preconceito de origem ou no preconceito de marca?

Um programa nacional de viés preponderantemente igualitário tenderá a favorecer uma identificação racial baseada na origem. Se a finalidade principal é a inclusão social, pouco importa se em uma família miscigenada alguns filhos apresentam caracteres negros e outros brancos, pois a origem é comum. Dir-se-ia que a discriminação estrutural afetou o núcleo familiar como um todo. A essência da

¹³⁰Cf. SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 81-82, 98.

¹³¹BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branco e Negros em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 206.

¹³²*Ibid.*, p. 95-99.

discriminação estrutural é a repetição de comportamentos sociais que congelam práticas antiquíssimas de dominação e marginalização, tais como padrões sócio-econômicos enrijecidos¹³³ e a adoção de políticas estatais aparentemente neutras que causam um impacto potencialmente lesivo a grupos marginalizados¹³⁴.

Sob esse aspecto, é irrelevante que se tenha fenótipo caucasiano, se a marca da raça está presente no ambiente familiar e a posição social em que o indivíduo se encontra é fruto desse estado de coisas. Basta que se esteja imerso nesse meio, fazendo parte literalmente dele, para enregelar-se nessa teia de preconceitos tácitos e instintivos que afetam as perspectivas de vida e a auto-estima das pessoas. Observe-se que, embora de aparência branca, para os padrões nacionais, trata-se de pessoa mestiça, com ascendentes e familiares negros, portanto, inserida no mesmo ambiente de exclusão social. Portanto, não se lhe pode negar o acesso ao programa de inclusão social simplesmente porque o sujeito possui a tez branca.

No multiculturalismo, porém, a identificação da minoria favorecida tem de ser imediata, sob pena de se frustrar seus objetivos. Recorde-se que para o multiculturalismo, ações afirmativas visam à igualdade material orientada não somente pelo critério socioeconômico, mas também pelo reconhecimento de identidades. Para o multiculturalismo, o sistema de cotas é também uma questão de *presença institucional*. Isto significa, primeiramente, atribuir valor à *diversidade*: a riqueza que um ambiente aberto à diversidade e à pluralidade, com pessoas com crenças e culturas diferentes, pode oferecer em termos de evolução cultural e social¹³⁵.

Ora, para que este ideal se realize é fundamental que o critério adotado – seja de gênero, orientação sexual, idade, etnia ou raça – seja perfeitamente identificado na pessoa favorecida, sob pena, por exemplo, de um negro “não se enxergar” – não se sentir representado – por um sujeito branco beneficiado pelas cotas porque tem ascendentes negros. Por isso, uma política de forte influência do multiculturalismo

¹³³ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 248.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 311.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 193, 311.

tenderá a adotar, no Brasil, o critério de identificação baseado nas marcas raciais, pois é fundamental para esta corrente a correta, perfeita e imediata identificação visual da raça pelas pessoas.

No julgamento da assaz citada ADPF 186, o Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente a heteroidentificação racial do candidato às cotas – identificação racial por uma banca examinadora – com base no fenótipo¹³⁶. Com isso, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, aquele sodalício consagrou a política de discriminação reversa baseada no preconceito de marca e não no de origem. Entretanto, as leis 12.711/2012 e 12.990/2014, que estabeleceram reserva de vagas no ensino público superior e em concurso público, adotaram o critério da autoidentificação: para ter acesso às cotas, o candidato só precisa declarar-se negro ou pardo. A autoidentificação racial é um critério compatível com o modelo baseado no preconceito de origem, cujas características raciais não são necessariamente evidentes. No preconceito de marca, as características raciais são visíveis, dando ensanchas à heteroidentificação.

2.4.3 A redistribuição econômica e o reconhecimento de identidades

A condição social do membro pertencente a uma minoria, mais especificamente, a possibilidade de um membro de uma minoria que desfrute de uma boa condição econômica ser beneficiado por um programa de ação afirmativa é algo que provoca mais desconforto a uma política liberal-igualitária. De fato, não é possível sustentar uma proposta de inclusão econômica em favor de alguém economicamente já incluído. Desse modo, é importante que o programa beneficie apenas aquele indivíduo que, além de pertencer a uma minoria, seja economicamente hipossuficiente, ou seja, realmente necessite daquele benefício.

¹³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

Para o multiculturalismo, porém, a condição econômica do beneficiário é menos relevante. Como foi visto, nas ações afirmativas prevalece uma visão bidimensional da justiça, onde a igualdade material corresponde aos ideais de redistribuição socioeconômica e reconhecimento de identidades, este último através de um processo de reconhecimento, com valorização da diversidade e desconstrução de estereótipos¹³⁷. Enquanto a redistribuição econômica se refere à realocação de bens baseado na desigualdade acentuada de classe ou na pobreza, a redistribuição de reconhecimento se baseia na desigualdade de reconhecimento ou na sua ausência¹³⁸. Evidentemente, a realização da justiça exige a satisfação simultânea de redistribuição (econômica) e reconhecimento (de identidades)¹³⁹. Esse caráter bidimensional da justiça é visível na decisão do STF. O voto do relator da ADPF 186, Ministro Lewandowski, diz textualmente que o programa de ação afirmativa adotado nas universidades visa a “estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado (reconhecimento), superando distorções sociais historicamente consolidadas (redistribuição)¹⁴⁰”.

Enquanto o discurso liberal-igualitário enfoca a inclusão econômica das minorias discriminadas, o multiculturalismo prestigia o reconhecimento de identidades. É nele, principalmente, que exsurge a discussão quanto a necessidade da *presença institucional* das minorias, que consiste na representação das minorias em órgãos públicos tomadores de decisão, para que possam expor e defender seus pontos de vista. Trata-se de uma presença efetiva, que permita o acesso direto à opinião dessas categorias, sem que precisem depender da boa-fé e empatia alheia, e que garanta, ao mesmo tempo, uma consideração mais efetiva dos outros participantes, em vista do respeito que a presença do membro da minoria afetada impõe¹⁴¹.

¹³⁷PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302-303.

¹³⁸IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74-79.

¹³⁹PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192-194.

¹⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

¹⁴¹GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 172-175.

Ora, o primado do reconhecimento de identidades, especialmente na sua vertente de presença institucional de minorias, não raro independe da redistribuição econômica e muitas vezes é incompatível com ela. Por exemplo, imagine-se uma lei de cotas para mulheres no legislativo, visando à ampliação da participação feminina na política. Não haveria sentido em exigir-se que as candidatas fossem mulheres pobres; a condição de mulher seria suficiente, sob pena de desvirtuamento da representação. Suponha uma lei de cotas raciais em propagandas e programas televisivos, visando a uma maior participação dos negros na mídia. Seria um contrassenso exigir que essas pessoas, além de negros fossem necessariamente pobres. O que dizer então de um governante que decidisse colocar um negro ou uma mulher em um órgão colegiado de grande relevância, como o STF ou o TCU, que exigisse notório conhecimento técnico? Possivelmente não seriam encontrados candidatos pobres viáveis, considerando-se a relação intrínseca entre nível educacional e condição sócio-econômica.

Essas diferenças se refletiram nas duas leis sobre cotas aprovadas no Brasil. Na Lei Federal nº 12.711/2012, que trata do ingresso pelo sistema de cotas nas universidades e instituições federais de ensino técnico, como há uma correlação evidente entre nível sócio-econômico e acesso à educação, a lei precaveu-se e reservou as cotas raciais e étnicas tão somente para quem satisfizesse o critério social relacionado à baixa-renda, prestigiando, assim, a redistribuição econômica. Tanto que as cotas são destinadas exclusivamente aos estudantes de escolas públicas, metade das quais para aqueles provenientes de famílias com renda familiar igual ou inferior a 1,5 salários-mínimos. Não fosse assim, provavelmente essa oportunidade seria aproveitada exclusivamente por negros, pardos e índios com padrão sócio-econômico maior.

Já a Lei Federal nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos na Administração Pública federal para negros, levou em conta apenas o critério racial, sem fazer qualquer menção à condição sócio-econômica do candidato. A decisão é racional, já que os candidatos negros concorrem às vagas reservadas e à concorrência ampla, concomitantemente; e se forem aprovados dentro do quadro geral de ampla concorrência não preencherão as vagas

reservadas às cotas, que serão destinadas a outro candidato negro não aprovado no quadro geral (artigo 3º). Desse modo, oferece-se indiretamente oportunidade aos candidatos negros de baixa-renda e com grau de deficiência de ensino. Caso contrário, se nenhum candidato negro às cotas fosse aprovado, as vagas reservadas destinar-se-iam à ampla concorrência. (artigo 3º, §3º). Com isso, evidentemente, prestigiou-se a presença institucional do negro, independentemente de sua classe social, e, portanto, o reconhecimento de identidades independentemente da condição social. Esse critério dá ensejo ao surgimento de *personalidades emblemáticas*, que servirão de referência a outros membros daquela minoria.

2.4.4 A distopia do igualitarismo, do comunitarismo e do multiculturalismo

O liberalismo-igualitário, o comunitarismo e o multiculturalismo apresentam demandas que podem soar contraditórias, de modo que, em se lutando por um aspecto, diminui-se a importância de se lutar pelo outro. Existem perspectivas distintas: a do liberalismo-igualitário é inclusiva; a comunitarista e a do multiculturalismo – em uma leitura dogmática – resultam em uma proposta isolacionista, que trata as diferenças como categorias fixas, estanques¹⁴².

No seu aspecto distópico, o igualitarismo, com sua verve de intervencionismo estatal cada vez maior, com o escopo de colocar pessoas com talentos e qualidades diferentes numa posição equiparada, pode se tornar o pesadelo igualitário imaginado por Kurt Vonnegut Jr. no conto de ficção-científica Harrison Bergeron: em 2081, o United States Handicapper General (Gabinete Delimitador dos Estados Unidos) cuidava de reduzir a capacidade mental das pessoas injustamente beneficiadas pelas características superiores de seu cérebro. Para tanto, fazia com que a cada vinte segundos um transmissor emitisse um som agudo para distrair-lhes a atenção e evitar que se beneficiassem dessa vantagem. As pessoas bonitas tinham que raspar as sobrancelhas, colocar nariz de palhaço, cobrir seus dentes

¹⁴²CATÃO, Adualdo de Lima. **A Fundamentação dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. (org.). *Marxismo, realismo e direitos humanos*. João Pessoa: EDUFPB, 2012, v. 1, p. 283-305, *passim*.

com próteses pretas e usar óculos com lentes grossas e distorcidas, para disfarçar a beleza. Outros tinham que carregar uma pesada sucata metálica para equilibrar sua força física com os mais fracos e assim por diante¹⁴³.

O aspecto negativo da influência do multiculturalismo nas ações afirmativas é que esse movimento costuma vir acompanhado de um processo de desconstrução histórica, seguida de reconstrução a partir de um molde que exalte as diferenças e não as semelhanças, entre as diversas comunidades e grupos étnicos. O comunitarismo padece do mesmo pendor isolacionista, fugindo da proposta de integração do liberalismo-igualitário. Comunitarismo e multiculturalismo são movimentos que não estimularão as semelhanças, mas realçarão as diferenças, pois veem o mundo liberal como uma ameaça à comunidade e à cultura minoritária. Nas ações afirmativas, o perigo que se corre é o de se açular diferenças que até então permaneciam ignoradas ou eram consideradas irrelevantes pela sociedade.

Na área penal, o enfoque dessa linha de pensamento é que as minorias também são titulares de bens jurídicos merecedores de tutela. Isso resulta numa demanda de grupos minoritários pela contemplação de bens jurídicos que sempre estiveram à margem da proteção estatal. O resultado é um processo de expansão do Direito Penal, com a criminalização para proteção das minorias. Nas palavras de Jesús-María Sánchez, os novos gestores da moral coletiva – *atypische Moralunternehmer* – destronaram os burgueses conservadores. São os ecologistas, os movimentos feministas, pacifistas, ONG's, grupos antidiscriminatórios, “todos eles encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal, no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses”¹⁴⁴.

No seu aspecto distópico, esses movimentos podem levar a uma sociedade dividida em categorias forjadas, tal como na Unidiversidade, a cidade multicultural da paródia de Steven Lukes, onde as pessoas se dividiam em etnias; onde era preciso eternamente medir as palavras para não ferir susceptibilidades, e.g. chamando

¹⁴³SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**, 5ª Ed. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 193-194.

¹⁴⁴SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª Ed. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Direito e Ciências Afins, 6), p. 80-82.

formigas de Térmicas; onde não se podia defender uma tese, sob pena de compará-la ou julgá-la superior as outras, violando o relativismo multicultural; enfim, um lugar onde até a filosofia e a história eram subáreas do Departamento de Estudos Étnicos e Religiosos¹⁴⁵.

São essas as principais contradições em que é possível incorrer ao se tentar forjar políticas públicas de ação afirmativa que atendam ao mesmo tempo aos interesses do igualitarismo e do multiculturalismo. O que será visto, a seguir, é se a importação da ideia de um programa de ação afirmativa necessita realmente vir acompanhada dos debates acadêmicos sobre teorias políticas normativas que permeiam essas políticas públicas, nos Estados Unidos.

2.5 Ações afirmativas, cidadania e democracia

Ao se importar uma política pública, por melhor que seja, corre-se o risco de importar acriticamente suas ideias. As teorias de justiça têm ocupado o eixo do debate acadêmico norte-americano desde o início da década de 1970, com o lançamento de Uma Teoria de Justiça, de John Rawls, que ressuscitou o debate sobre as teorias políticas normativas, com enfoque no utilitarismo, liberalismo, igualitarismo e, mais recentemente, no comunitarismo e no multiculturalismo. É preciso avaliar, porém, em que medida esse discurso serve, se adapta e, sobretudo, contribui para o debate político no Brasil.

Bourdieu e Wacquant, em artigo intitulado “Sobre as Artimanhas da Razão Imperialista”, incitaram vigoroso debate acadêmico ao questionar se os estudos afro-americanos conduzidos por norte-americanos não constituiriam um instrumento de imperialismo cultural. Afirmam ambos:

O imperialismo cultural repousa no poder de universalizar os particularismos associados a uma tradição histórica singular, tornando-os irreconhecíveis como tais. Assim, do mesmo modo que, no século XIX, um certo número de questões ditas filosóficas debatidas como universais, em toda a Europa e

¹⁴⁵LUKES, Steven. **O Curioso Iluminismo do Professor Caritat**. Uma comédia de ideias. Tradução: Teresa Curvelo. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 144-155.

para além dela, tinham sua origem, segundo foi muito bem demonstrado por Fritz Ringer, nas particularidades (e nos conflitos) históricas próprias do universo singular dos professores universitários alemães (Ringer, 1969), assim também, hoje em dia, numerosos tópicos oriundos diretamente de confrontos intelectuais associados à particularidade social da sociedade e das universidades americanas impuseram-se, sob formas aparentemente desistoricizadas [sic], ao planeta inteiro¹⁴⁶.

Segundo Bourdieu e Wacquant, o debate da raça e da identidade tem servido a intrusões etnocêntricas, como é o caso da dicotomia negro-branco da sociedade norte-americana, que tem sido imposta arbitrariamente no Brasil, cuja realidade étnica é infinitamente mais complexa. Pesquisas empreendidas por norte-americanos ou patrocinadas por aquele país desconsideram a rica ordem étnica e racial brasileira e sua lógica e terminam por substituir o mito da democracia racial pelo mito de que todas as sociedades são racistas, até mesmo aquelas em cujo seio as relações interracialis são menos distantes e hostis¹⁴⁷. Eles apontam o fato de pesquisadores norte-americanos virem ao Brasil incentivar lideranças de movimentos negros a adotar táticas semelhantes a dos movimentos negros daquele país, inclusive denunciando a categoria de pardos, com o escopo de mobilização para uma oposição dicotômica entre brancos e negros¹⁴⁸.

Para os autores, o debate opondo liberais e comunitários é um emblema desse falso corte e da pseudo-universalização: uma ruptura aparente com as particularidades históricas associadas a tradições nacionais e a construção de um discurso reducionista entre atomistas e coletivistas¹⁴⁹. Enquanto o multiculturalismo na Europa serviu para designar o pluralismo cultural na esfera cívica, nos Estados Unidos ele tem um perfil visivelmente étnico. Esse verniz ostensivamente étnico termina por ocultar sua verdadeira preocupação que é o segregacionismo racial norte-americano, as seqüelas da exclusão racial e o acesso dessas minorias à classe média e superior, ou seja, a inclusão social¹⁵⁰. Assim, o multiculturalismo surge de confrontos intelectuais no seio das universidades americanas, hauridos das particularidades daquela sociedade e exportados ao planeta inteiro sob formas

¹⁴⁶BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. Sobre as Artimanhas da Razão Imperialista. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n1/a02v24n1.pdf>>, acesso em 04.01.2013, p. 15.

¹⁴⁷Ibid., p. 19.

¹⁴⁸Ibid., p. 23.

¹⁴⁹Ibid., p. 15-18.

¹⁵⁰Ibid., p. 16.

historicamente neutras. A tradição acadêmica norte-americana termina por universalizar particularismos ligados a uma situação histórica singular.

Zygmunt Bauman vai além e atribui o multiculturalismo a uma atitude típica da elite nômade, inacessível e desprovido de sentido para a grande massa que não tem acesso ao “bazar multicultural”. Olouvaminho às divisões multiculturais é uma forma de abandono dessas pessoas, classificadas em categorias das quais, para muitas delas, não há opção de sair¹⁵¹. Em relação ao comunitarismo, Bauman diz que o evangelho comunitário é principalmente étnico e a escolha desse arquétipo se dá porque pertencer a uma etnia estimula a ação e a lealdade. A necessidade de se proteger é o paradoxo do comunitarismo, o qual procura isolar-se, mas necessita do voluntarismo de seus membros para sobreviver. Bauman atribui o estandarte comunitarista ao esgarçamento dos laços humanos, dos costumes, da linguagem e da tradição. Seria uma reação à liquefação da vida moderna. Seu principal apelo é reconfortante, chama-se segurança. A comunidade oferece o ambiente aconchegante e harmônico “interior”, o calor da identidade compartilhada contra o ambiente hostil “do lado de fora¹⁵²”, contra o *mobili vulgos*, os *underclass*¹⁵³.

Para quem busca uma solução original para a legitimidade das ações afirmativas no Brasil, a resposta pode ser encontrada não nos manuais alienígenas de filosofia política, mas na própria realidade nacional. Um bom norte é observar o que diz a Constituição da República, este documento que é mais compreendido hoje do que seus autores o compreenderam há mais de duas décadas, pelo simples fato de que não experimentaram o que viria depois, pois como disse Paul Ricoeur: o que é passado para os historiadores de hoje, foi o futuro para homens de outrora¹⁵⁴. Extensa, complexa, sobrecarregada pelo peso das carências nacionais, confiante no poder emancipador e demiúrgico de sua palavra, como lembrou Inocêncio Mártires, que, no entanto, não soube afirmar se essa analiticidade, amiúde criticada, seria

¹⁵¹BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 103-104.

¹⁵²_____. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 194-199.

¹⁵³_____. **Confiança e Medo na Cidade**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 22.

¹⁵⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

alfim boa ou má, virtude ou defeito, porque Constituições são fenômenos históricos que não cabem em modelos ideais¹⁵⁵.

A Constituição brasileira é valiosa pelo papel histórico e social que ela representa acerca das dificuldades passadas e dos anseios de uma nação que retomava a vida democrática em um país pobre, analfabeto e com uma divisão brutal de renda, dificuldades até hoje não superadas. Como disse Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em discurso durante a promulgação da Carta, “O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. [...] É a *Constituição cidadã*. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar¹⁵⁶”.

Dentre os objetivos fundamentais da República, esta Constituição consagra a justiça, a solidariedade, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades regionais e a promoção do bem comum (art. 3º, CF). São valores que dignificam a cidadania, a qual constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, CF). Como disse Härbele, a democracia é o domínio do cidadão; o ponto de referência da Constituição democrática são os direitos fundamentais.

[...] Democracia é o “domínio do cidadão” (Herrschaft des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie).

A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo – termo sujeito a entendimentos equívocos – a partir da idéia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo¹⁵⁷.

¹⁵⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

¹⁵⁶Disponível em <<http://www.fesppr.br/~francisco/Constit.htm>>, acesso em 16.08.2014.

¹⁵⁷HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 38-39.

Se o aspecto político da democracia é a liberdade, a igualdade é o seu aspecto social¹⁵⁸. Liberdade e igualdade constituem os dois pilares jurídicos do Estado moderno, sustentadores da democracia¹⁵⁹. Igualdade e democracia são condições hoje consideradas imanentes. Nas palavras de Carmen Lúcia:

[...] alguns princípios são intimamente ligados e completam-se, ajustam-se, combinam-se de maneira indissociável e até de difícil configuração isolada. São princípios siameses, compostos da mesma substância e dotados de igual força e vigor jurídico. Assim os princípios da democracia e da igualdade. Sendo a democracia o princípio que faz viver o valor da Justiça e não havendo cogitação deste, sem que a igualdade seja pensada, não há modelação jurídica válida daquele sem que esta nele se contenha, seja ou não expressado como princípio estanque. Igualdade é uma das formas de dizer a democracia. É conteúdo desta e, como antes observado reiteradamente, é o princípio que dá corpo e alma às normas jurídicas, logo é com o sentido e a matéria de igualdade que se compõem e hão de ser compreendidas as normas jurídicas que compõem o sistema constitucional. [...]¹⁶⁰.

Desse modo, a legitimidade das políticas de ação afirmativa, como o sistema de cotas, deve ser aferida indagando-se sobre a existência de déficit de cidadania. Há que se perquirir se existe um histórico de discriminação contra aquela minoria favorecida; se existe deficiência de reconhecimento sobre essa discriminação e se desse contexto resultou carência sócio-econômica. Finalmente, há que se perquirir se o benefício que se pretende oferecer a essas minorias refere-se a bens, direitos, cargos ou honrarias em que há escassez de representantes delas. Colocando-se a questão sob esse prisma genuíno, percebe-se o quão é desnecessária a discussão acerca de qual é a melhor visão de Estado e lobriga-se que as ações afirmativas são legítimas em face da Constituição brasileira.

¹⁵⁸FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 91.

¹⁵⁹ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p. 30.

¹⁶⁰*Ibid.*, p. 22.

3 A QUESTÃO RACIAL NO BRASIL

A discussão da questão racial pela sociedade brasileira divide-se em quatro fases. A primeira defendia a ideia de supremacia branca e dominou o pensamento político no início do século XX. A partir da década de 1930, houve uma busca pela tradição e originalidade. Destacam-se, nessa fase, os trabalhos de Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado Jr. Nessa etapa a miscigenação perdeu sua conotação pejorativa e passou a traduzir a ideia de democracia racial. As décadas de 1950 e 1960 foram marcadas pelo reconhecimento da desigualdade racial e pela desconstrução da democracia racial, tratada como um mito. Obras como as de Oracy Nogueira e Florestan Fernandes questionaram o consenso de que a ordem racial pertencia ao passado e que as desigualdades presentes eram fruto das diferenças de classe social. A quarta e última fase se iniciou na década de 1980, através do movimento civil organizado, e é marcada pela luta pelo reconhecimento oficial do racismo como uma marca contemporânea da sociedade brasileira. Essa fase encontrou seu apogeu a partir da década de 1990. Analisar-se-á, a seguir, cada uma destas etapas.

3.1 Supremacia branca, determinismo racial e a ideologia do branqueamento

Racismo é uma prática política consistente em marginalizar e inferiorizar pessoas, referindo-se à superioridade de pessoas de outra raça¹. Noutras palavras, racismo não é a descrição feita pela biológica e a antropologia acerca da diversidade de raças e etnias, mas o uso político de resultados pseudocientíficos para afirmar a superioridade de uma raça sobre outra, visando a justificar a perseguição e a discriminação contra as raças supostamente inferiores². Trata-se, portanto, de uma tática política, que amiúde se vale da ciência como forma de legitimar suas práticas,

¹ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p. 76.

²BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11ª Ed. V. 1. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Universidade de Brasília, 1983, p. 1069.

seja deturpando trabalhos científicos sérios, seja valendo-se de pesquisas pretensamente científicas.

Foram três as principais escolas de teorização racista que chegaram ao Brasil, provenientes do exterior. A primeira delas foi a escola etnológico-biológica ou poligênica. Nascida nos Estados Unidos, nas décadas de 1840 e 1850, espalhou-se por toda a Europa, onde ganhou poderosos adeptos e por onde chegou ao Brasil. Partia do princípio de que as raças humanas haviam sido criadas sob a forma de diferentes espécies, cada um desses humanóides gerando uma raça diferente: o negro, o índio, o branco, o amarelo. O mais famoso adepto dessa escola foi Louis Agassiz, eminente zoólogo de Harvard³.

A segunda corrente de pensamento que se mostrou influente no Brasil foi a Escola Histórica, nascida nos Estados Unidos e Europa. Partia do mesmo princípio da poligenia, mas acrescentava a ele um enfoque histórico de culto aos triunfos das raças criativas, dentre as quais a anglo-saxã. Foi responsável também pelo culto ariano, que se tornou um dogma alemão após a guerra franco-prussiana. O arianismo, termo de significado fugidio, começou como simples categoria linguística e terminou por designar os nórdicos ou brancos nativos do Norte da Europa. O alto nível de civilização e desenvolvimento vivido no Norte europeu alimentava a ideia de que aqueles povos eram biologicamente predestinados a comandar o mundo, embora seus antepassados não houvessem produzido uma cultura digna de renome, a exemplo dos mouros, egípcios, gregos e romanos⁴.

Não tardou para que as teorias poligênicas fossem repetidamente desmentidas pela teoria darwinista. A tese de Darwin e a hipótese poligênica eram inconciliáveis, pois Darwin postulava um processo de evolução que começava, necessariamente, por uma única espécie. Isso não impediu, porém, o surgimento de uma terceira escola de pensamento racista, proclamada Darwinismo Social, que procurava conciliar a teoria darwinista com as teorias poligênicas a partir do pressuposto darwiniano da sobrevivência dos mais aptos na competição entre espécies. Esse pressuposto foi apropriado para se postular a tese de que no processo histórico da humanidade estaria ocorrendo algo semelhante e as “raças”

³SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 92-93.

⁴*Ibid.*, p. 94.

superiores, mais aptas, estariam predominando, de modo que as “inferiores”, menos aptas, estariam condenadas a encolher e, finalmente, desaparecer⁵.

Havia também a eugenia, pseudociência muito em moda na época e que propagava o melhoramento da raça. Personagens como o norte-americano Madison Grant fizeram sucesso com suas propostas de melhoramento da espécie. Grant foi o autor de *The Passing of the Great Race*, um tratado sobre eugenia que vendeu milhões de exemplares e foi um dos livros preferidos de Adolf Hitler⁶.

Os pressupostos racistas da época rejeitavam a figura do mulato, tido como uma forma de degenerescência das raças e uma figura inferior à própria raça negra, porque esta ao menos guardava consigo o traço da pureza racial. As teorias eugênicas frequentemente se referiam à degeneração das raças pela mistura. As teorias poligênicas – cujo pressuposto era o de que cada raça consistia numa espécie humanóide própria – decretavam com frequência a infertilidade dos mulatos, seguindo o princípio da zoologia de que a prole do acasalamento de espécies diferentes não se reproduz⁷. A própria palavra “mulato” provém do espanhol mulo, que significa mula, um animal estéril. A solução que se impunha era a segregação racial.

Acontece que quando essas teorias racistas chegaram ao Brasil, a sociedade já era demasiadamente miscigenada para recorrer à políticas segregacionistas. Ocorreu, então, o que William James descreve primorosamente sobre o processo de aprendizagem humano: o conhecimento humano cresce por pontos, jamais por inteiro; referências antigas permanecem sempre; remenda-se e concerta-se mais do que se renova; velhos conhecimentos, preconceitos e crenças mantêm-se inalterados, sendo, tão somente, tingidos pela pátina da novidade; o passado percebe e coopera com o novo equilíbrio, de modo que novas verdades surgem da combinação de verdades velhas com experiências novas⁸.

⁵SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 95.

⁶MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 119.

⁷SKIDMORE, Thomas E. *op. cit.*, p. 99.

⁸JAMES, William. **Pragmatismo**. Tradução: Jorge Caetano da Silva. Martin Claret: São Paulo, 2006. 175p. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 188), p. 98-99.

Com a introdução das teorias raciais em um país já miscigenado, os brasileiros não tinham a opção de montar uma estrutura social de castas. A ideia da degenerescência do mestiço abalava um aspecto estabelecido da sociedade brasileira, fustigando um ponto assaz vulnerável e lançando uma sombra sobre muitos membros da elite local. A reação da intelectualidade foi desprezar o aspecto negativo da mestiçagem, abraçar o marco do pensamento científico racista e, a partir daí, produzir um fundamento próprio para o sistema social local⁹. Como disse Stonequist, a ideologia racial brasileira conscientemente racionalizou o fato da mistura racial e passou a alimentar a crença de que a progressiva mistura racial tornaria a nação cada vez mais ariana¹⁰.

Dada a miscibilidade da nação brasileira, era demasiado tarde para propostas segregacionistas. Assim, adotou-se o caminho inverso de promover o progressivo branqueamento da população com a introdução de sangue branco do imigrante europeu e das uniões interracialis. Assim, o que era fruto do acaso tornou-se um imperativo político, inclusive com pretensões científicas. Raimundo José de Sousa Gayoso, por exemplo, no *Compêndio Histórico-Político dos Princípios da Lavoura no Maranhão*, publicado em 1818, em Paris, citando Robertson e seu guia de comércio na América, menciona uma tabuada de misturas de raças com os ingredientes para ficar branco, afirmando que no processo de branqueamento os traços indígenas desvanecem na terceira geração e os do negro na quinta¹¹.

A ideologia do branqueamento ajustava-se à realidade brasileira, com sua vasta população de mulatos. Ela proporcionava uma justificativa para o intenso processo de miscigenação que a antecedeu. O que se fez foi tomar de empréstimo as teorias racistas européias, desprezando-se dois aspectos fundamentais, mas incompatíveis com a realidade nacional: a degenerescência do mulato e o caráter inato das diferenças raciais. Assim, a solução para o problema negro era a progressiva miscigenação com o branco até a completa assimilação pelo

⁹SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 99-100, 286.

¹⁰STONEQUIST, Everett. **O Homem Marginal**: estudo de personalidade e conflito cultural. Tradução: Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins Editôra, 1948, p. 75.

¹¹FREYRE, Gilberto. **Sobrados & Mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 15ª ed. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 777-779.

embranquecimento, ou seja, o extremo oposto do caminho adotado pelos sistemas de segregação racial¹².

Além da aposta de que uniões interracialis resultariam em uma população mais branca, essa ideologia investiu fortemente no empreendimento de colonização branqueadora. A diplomacia brasileira incentivou a imigração européia ao longo de todo o século XIX. Se na década de 1820 apenas 9.105 imigrantes haviam desembarcado no Brasil, na década de 1850 esse número decuplicara, chegando a 108.045. A ideologia do branqueamento casava-se com essa política de imigração e a preferência era pelo norte-europeu, de pele genuinamente branca. D. Pedro I chegou a anunciar que incentivaria a vinda de trabalhadores brancos da Europa, mas não de Portugal¹³.

A conjugação entre a política de imigração e o empreendimento de embranquecimento fica evidente quando se observa a resistência tenaz que se fez em relação à vinda de imigrantes de outras regiões, especialmente da Ásia. Quando o governo tencionou incentivar a imigração chinesa para substituir a mão-de-obra escrava nos cafezais paulistas, inúmeras vezes se insurgiram, dentre elas a de Joaquim Nabuco, que discursou no parlamento lamentando o fato de o governo recorrer aos *chins* e não aos ingleses, alemães e até russos e afirmou que a imigração chinesa terminaria por corromper ainda mais a raça brasileira¹⁴. Como disse Skidmore, a proposta de imigração chinesa revelou a opinião de muitos abolicionistas, que refletia as ideias racistas da época de velar pelo processo de aprimoramento da raça¹⁵. A reação contrária à imigração de “amarelos” ocorreu porque a introdução de asiáticos era vista como elemento de perturbação do ideal de transformação do Brasil em um país com população branca e cultura européia.

¹²SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 126.

¹³ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Formação da Diplomacia Econômica no Brasil**: as relações econômicas internacionais no Império. 2ª Ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, p. 326, 335.

¹⁴NABUCO, Joaquim. **Discursos Parlamentares** (1789-1889). Vol XI. São Paulo: Instituto Progresso Editorial. [19?] (Obras Completas de Joaquim Nabuco), p. 60-67. Disponível em: <<http://www.brasiliana.usp.br/bbd/handle/1918/024049-11#page/7/mode/1up>>, acesso em 24.05.2014.

¹⁵SKIDMORE, Thomas E. *op. cit.*, p. 60-66.

De onde os verdadeiros movimentos de parte de médicos e de outros homens de ciências brasileiros da época no sentido de condenação de “amarelos”, e não apenas de “negros”, como elementos de composição ou de recomposição étnica e cultural de população nacional. Segundo eles, a população brasileira deveria procurar aproximar-se, na sua etnia e na sua cultura, da Europa. Seria uma loucura acrescentar ao número já considerável de africanos introduzidos no Brasil como escravos, africanos “livres” ou asiáticos. [...] ¹⁶.

O latifúndio e a escravidão foram os maiores obstáculos à política de imigração branca no decorrer do século XIX¹⁷. Com a abolição da escravatura e as duas grandes guerras que sobrevieram no século seguinte, houve um aumento considerável no afluxo de colonos europeus para o Brasil. Essa população ocupou bolsões centrais do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul e núcleos no Espírito Santo e em São Paulo¹⁸. O fato de esses colonos europeus raramente se unirem à população local, preferindo o casamento endogâmico, não frustrava de todo o propósito de branqueamento da nação, desde que o número vultoso de imigrantes resultasse no incremento da população branca.

As primeiras décadas do século XX representaram a consolidação da tese da solução do problema racial brasileiro pelo branqueamento. A ideia de que o embranquecimento da população brasileira era inexorável contava com ampla aceitação social, da crítica e dos formadores de opinião¹⁹. Em 1911, João Batista de Lacerda, então diretor do Museu Nacional, apresentou seu trabalho “Os métijs ou mestiços do Brasil”, no Primeiro Congresso Universal de Raças, realizado em Londres, no qual atacou o pressuposto da degeneração do mestiço e defendeu a ideia de que uma população mestiça saudável tornar-se-ia cultural e fisicamente cada vez mais branca. Batista chegou a utilizar gráficos demonstrando que a população brasileira em 2012 seria composta por 80% de brancos e a população negra estaria reduzida a zero. O trabalho pioneiro desenvolvido por Nina Rodrigues, ele próprio um mulato, ajudou a consolidar a tese do branqueamento, ao classificar

¹⁶FREYRE, Gilberto. **Sobrados & Mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 15ª ed. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 560-561.

¹⁷ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Formação da Diplomacia Econômica no Brasil**: as relações econômicas internacionais no Império. 2ª Ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, p. 326-335.

¹⁸RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 395.

¹⁹SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 244.

os mestiços em três gradações: os degenerados, os socialmente instáveis e os de tipo superior²⁰.

Oliveira Vianna, especialista em história do direito e um dos mais lidos intérpretes da realidade brasileira no período entreguerras, ele próprio um mulato, defendeu sistematicamente a tese do branqueamento durante toda a década de 1920. O conceito central de sua interpretação das teorias raciais eram as gradações de inferioridade que ele estabeleceu para explicar a evolução racial no Brasil, algo que pareceria inconsistente para os racistas dogmáticos da Europa e dos Estados Unidos. Paulo Prado, em sua célebre obra *Retrato do Brasil: Ensaio sobre a tristeza brasileira*, de 1928, ainda que indiretamente – pois não era o objetivo central de sua obra – propagou da tese do branqueamento da população brasileira, onde o sangue negro e índio dissolver-se-iam paulatinamente no sangue branco, até sumir completamente pelo processo da miscigenação²¹.

A independência política de países asiáticos e africanos e a revolução dos direitos civis nos Estados Unidos poriam abaixo as premissas racistas eurocêntricas que inspiraram a elite intelectual brasileira. A idéia de branquidade foi-se tornando paulatinamente anacrônica²². Não foi propriamente um colapso do ideal de branquidade, mas um declínio. Na década de 1930, por exemplo, a nação ainda mostrava a mesma preocupação de cinquenta anos antes com a invasão de imigrantes asiáticos em detrimento do europeu branco. A Constituição de 1934 instituiu cotas para a entrada de imigrantes “como garantia da integração étnica”, cuja finalidade foi restringir a imigração de japoneses²³. A Constituição de 1937 manteve a mesma exigência no artigo 151.

²⁰ Cf. SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 102-114.

²¹ *Ibid.*, p. 277-281.

²² *Ibid.*, p. 293.

²³ Art. 121. *Omissis*.

[...]

§6º. A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente migratória de cada país exceder, anualmente, o limite de 2% sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil nos últimos cinquenta anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>, acesso em 24.08.2014.

Na década de 1940, o ideal de branqueamento do povo brasileiro pela imigração e miscigenação persistia no meio intelectual e como política pública. Publicado em 1943 por Fernando de Azevedo, respeitado reformador da educação, que ocupou a cátedra de sociologia educacional da USP, o estudo chamado “A Cultura Brasileira” mereceu imediata aceitação como modelo de interpretação da civilização brasileira. No primeiro capítulo, sobre terra e raça, Azevedo emulou o ideal de branqueamento, afirmando que o homem branco teria no Brasil o seu maior campo de experiência e de cultura nos trópicos, desde que continuasse o processo de imigração européia e que persistisse a progressiva diluição do sangue negro e índio pelo sangue branco, em um processo de constante evolução biológica e social²⁴. Em 1945, o Decreto-Lei nº 7.967, de Getúlio Vargas, afirmou que os imigrantes deveriam ser admitidos segundo a “necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia²⁵”. Como a Constituição de 1946 foi propositalmente omissa em relação a essa questão e nenhuma legislação sobreveio a ela, o Brasil continuou subordinado por anos a fio ao famigerado decreto-lei, com todas as suas implicações racistas.

A verdade é que o ideal de branqueamento da nação brasileira resiste até os dias de hoje.

[...] Na verdade, os formadores de opinião no Brasil ainda convivem com o legado intelectual da contemporização que seus pais e avós opuseram à teoria racista. Eles ainda são implicitamente defensores de um Brasil mais branco, embora já não seja conveniente afirmar uma coisa dessas. Herdaram uma sociedade multirracial rica e complexa, mas ainda não encontraram novos conceitos com que descrever ou justificar o futuro dessa sociedade²⁶.

Na época colonial, os retratos em pintura a óleo atenuavam a cor escura e os traços negróides para agradar ao retratado. No início do século XX, as fotografias *made in America* tornaram-se famosas porque eram coloridas segundo o desejo do cliente, que escolhia a cor da pele, olhos, lábios e cabelos e assim escondia seus

²⁴SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 286.

²⁵Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De17967imprensa.htm>. Acesso em 24.08.2014.

²⁶SKIDMORE, Thomas E. *op. cit.*, p. 298.

traços mulatos ou quadrarões²⁷. Ainda hoje a expectativa do brasileiro é a de que os traços negros e indígenas desapareçam pelo branqueamento. Num casamento entre uma pessoa branca e uma de cor, a impressão é a de que esta última “deu sorte”, enquanto aquela foi de “mau gosto” ou se rebaixou. Se o filho do casal nasce branco, diz-se que o casal “deu sorte”, que o cônjuge negro ou mulato “limpou o sangue”, mas a impressão é de pesar se a criança nasce negra ou com traços negros acentuados²⁸. O ideal de branqueamento da nação jamais morreu porque o seu principal pilar permanece em pé: a crença de que ser branco é melhor.

3.2 Identidade nacional, democracia racial e a ascensão do mestiço

A história não traça uma linha sem borrá-la, portanto o Brasil não dormiu racista e acordou numa democracia racial. A segunda fase da discussão da questão racial no Brasil, na verdade, começou a germinar no auge da ideologia do branqueamento e se insere em um contexto mais amplo: a busca de mudanças, da modernidade, de uma identidade nacional.

A partir da década de 1920, um incipiente movimento nacionalista passou a criticar o sistema político, propondo uma alternativa que refletisse a identidade nacional. Em Recife, o Movimento Regionalista do Nordeste, liderado por Gilberto Freyre e com figuras de proa como Graciliano Ramos e José Lins do Rego, procurava desenvolver um sentido de unidade da região, com raízes próprias, independente da metrópole, visando à valorização de temas regionais. Em São Paulo, por sua vez, poetas e artistas plásticos liderados por Oswald de Andrade e Anita Malfatti, lançaram um movimento que culminou na Semana da Arte Moderna, rompendo com a tradição estética e o beltrismo e procurando incorporar temas brasileiros e formas artísticas inovadoras.

²⁷FREYRE, Gilberto. **Sobrados & Mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 15ª ed. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 767-768.

²⁸NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem**: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. Tempo Social – Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 297.

Um dos principais expoentes do modernismo paulista, Mário de Andrade publicou, em 1828, *Macunaíma*, obra que valorizava as raízes brasileiras e a linguagem falada pelo povo. Através dessa revolução da linguagem literária, a obra épica de Mário de Andrade buscou uma entidade nacional, ao tempo em que pleiteou parênteses entre a cultura brasileira e a estrangeira. Pela primeira vez um elemento humano genuinamente brasileiro, com todos os seus propalados defeitos de caráter e manha, era erigido à condição de personagem principal da literatura nacional. Foi um avanço notável para uma época em que a ideologia do branqueamento da nação pressupunha que, pelo processo de assimilação com o branco, haveria o completo desaparecimento do caboclo.

No ideário do branqueamento, o caboclo, mistura de índio com branco, era visto pesadamente como um símbolo da degenerescência da raça no Brasil. Era comum aos membros da intelectualidade lamentar a triste condição da miscibilidade nacional. Monteiro Lobato, por exemplo, em carta a um amigo escrita em 1908, descreveu o brasileiro como um tipo imprestável e a paisagem urbana carioca como um desfile da degenerescência de toda a má-formação humana de que se salvaram os norte-americanos pela barreira do preconceito racial.

Em 1914, Monteiro Lobato publicou ensaios que deram vida ao Jeca Tatu, um caboclo interiorano supersticioso, ignorante e indolente. A publicação sequer foi contestada à época, mas quando os textos foram republicados em 1918 causaram enorme celeuma e Lobato foi acusado de denegrir a imagem dos brasileiros. Ocorre que a republicação da figura do Jeca Tatu coincidiu com um momento em que se começava a apontar o analfabetismo e a falta de saúde pública como as verdadeiras causas do atraso do caboclo interiorano. Posteriormente, Lobato se convenceu e se converteu em um ardoroso defensor da causa da saúde pública no interior do Brasil²⁹.

Personalidades como Alberto Torres e Manoel Bomfim repudiaram as referências racistas à figura do matuto e destacaram que suas deficiências resultavam do meio em que viviam. O sergipano Manoel Bomfim atribuiu a miséria e a penúria dos povos latino-americanos não a uma suposta inferioridade racial, mas

²⁹SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 246-258.

ao parasitismo da colonização ibérica, ao beletrismo e ao bacharelismo na educação brasileira, em detrimento das ciências naturais, bem como ao conservadorismo político³⁰.

Em *Os Sertões*, obra-prima da língua portuguesa, publicada em 1902, Euclides da Cunha afirmou que a gênese das raças no Brasil era um problema que por muito tempo desafiaria o esforço das melhores mentes. Adepto da poligenia, para ele a miscigenação era prejudicial; um retrocesso que fazia afluir os estigmas da raça inferior. O mestiço era um desequilibrado, um histérico incurável, um decaído, sem a excelência das classes que o geraram³¹. Em 1917, o famoso antropólogo Edgar Roquette-Pinto, admirador incondicional de Euclides e de sua obra, refutou as teorias do mestre e as qualificou como produto de diletantismo científico. Roquette-Pinto afirmou que raças não podem ser tidas como superiores ou inferiores e a unidade nacional é de caráter sociológico e não racial. A ideia de que a raça era um elemento importante no desenvolvimento do país finalmente começava a ser contestada e começava a surgir a noção de que a miscibilidade do povo brasileiro não seria, afinal, empecilho ao futuro da nação.

Na década de 1930, ao mesmo tempo em que o nazismo na Alemanha constituía uma nova fonte de pensamento para as teorias racistas, o crescente descrédito do racismo científico alimentava a imaginação daqueles que buscavam uma identidade nacional que não fosse baseada na ideia de superioridade racial. Em 1935, intelectuais brasileiros, dentre os quais Gilberto Freyre, Roquette-Pinto e Arthur Ramos, lançaram um manifesto contra o preconceito racial, advertindo sobre os perigos da introdução de ideias racistas em um país de formação étnica francamente heterogênea. Em 1942, a Sociedade Brasileira de Antropologia e Etnologia afirmou que não havia base científica que justificasse a discriminação fundada na inferioridade racial. Com a derrota da Alemanha nazista revelando o genocídio do povo judeu e o sistema segregacionista norte-americano perdendo a sanção cultural, o racismo científico foi definitivamente abandonado³².

³⁰ ALVES filho, Aluizio. **Manoel Bomfim**: combate ao racismo, educação popular e democracia radical. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 19-30.

³¹ CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**: Campanha de Canudos. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 57, 86-87, 259-264.

³² SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 283-287.

A segunda fase da discussão racial no Brasil não significou, propriamente, o fim do ideal de branqueamento, pois embora evitasse exteriorizar, a sociedade continuou acreditando que ser branco era melhor. O que definitivamente marca esta fase é a busca de uma identidade nacional, genuinamente brasileira, e o fim do determinismo racial, que atribuía à mistura de raças a responsabilidade pelo atraso do país e os defeitos de caráter do seu povo. Por isso mesmo foi um período pródigo no revisionismo da literatura. Em 1933, por exemplo, Gilberto Freyre publicaria *Casa-Grande & Senzala*, um clássico que se tornou referência para a compreensão do Brasil. A obra monumental de Freyre, rechaçando as teorias racistas da época, compôs um painel da sociedade brasileira em que o português, o índio e o negro se fundem numa tessitura original e otimista³³.

O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em seu clássico *Raízes do Brasil* (1936), afirmou que a sociedade brasileira era fruto da tentativa de se transplantar a cultura e as instituições lusitanas para um ambiente adverso e sem a sua tradição milenar. O brasileiro forjado nesse ambiente é o “homem cordial”, alguém que age segundo uma ética de fundo emotivo. Sérgio Buarque não enxergava nessa identidade nacional, emotiva e personalista, um fator apreciável. No entanto, ele não atribuía esse elemento depreciável à raça brasileira ou à miscigenação, mas a traços herdados e adaptados do povo português, como a miscibilidade, a plasticidade cultural, o espírito aventureiro, a aversão ao método e ao planejamento, o apego ao ócio, o desleixo³⁴. Caio Prado Jr., em *Formação do Brasil Contemporâneo* (1942) atribuiu à relação mercantilista que se estabeleceu entre a metrópole e a Colônia a explicação para a situação econômica e política brasileira³⁵.

O espírito dessa segunda fase, que muitos afirmam ter sido a divulgação do Brasil como uma “democracia racial”, na verdade foi o esforço ingente para compreender o país e o povo brasileiro a partir de sua história, sem incorrer no

³³Cf. FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global Editora, 2010, p. 160, 367; CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 79-90.

³⁴Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1936 (Coleção Documentos Brasileiros, 1), p. 3, 62, 101, 113; CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 132-133; 137-140.

³⁵CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 143-147.

discurso reducionista do determinismo racial. Uma das consequências, evidentemente, foi o resgate da dignidade do mestiço, mas a ideia de democracia racial, que significa ausência de preconceito racial, na verdade já existia desde o século XIX junto à elite intelectual como um ponto sobre o qual concordavam escravocratas e abolicionistas³⁶. Acreditava-se ser possível aceitar a superioridade da raça branca, como um dado científico, e ao mesmo tempo não possuir preconceito racial. O fato é que a suposição de que não havia preconceito racial no Brasil era um pressuposto da ideologia do branqueamento para justificar a miscigenação brasileira como resultado da distinção de caráter do homem branco e não de sua depreciação.

No entanto, durante a fase do ideal do branqueamento, a suposição de que inexistia preconceito racial no Brasil era uma atitude defensiva, preocupada em justificar o embaraço da mistura brasileira de raças, vista com profundo pesar e algo a ser eliminado pelo processo de embranquecimento da população. Na segunda fase, porém, tomou-se de empréstimo esse pressuposto de ausência de preconceito racial no Brasil, o qual passou a ser utilizado em tom ufanista, como exemplo de superioridade moral do povo brasileiro em oposição aos conflitos raciais e à repressão de minorias que ocorria na Alemanha e nos Estados Unidos³⁷. Assim, de uma postura defensiva, a nação brasileira passava a protagonista de uma inédita democracia racial.

Nenhum dos clássicos acima citados se identifica tanto com essa ideia quanto a obra seminal de Gilberto Freyre. Trata-se de um trabalho absolutamente inédito de sociologia da vida privada, que desce a minúcias do cotidiano das famílias da sociedade escravocrata na época colonial – culinária, arquitetura, linguagem, hábitos sexuais – para explicar a identidade do brasileiro. Não se pode afirmar que Freyre em algum momento tenha qualificado o Brasil como uma democracia racial³⁸, como se costuma acusá-lo³⁹. Mas ele chega perto disso, afirmando a existência de uma

³⁶SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 60-66.

³⁷Ibid., p. 283-287.

³⁸CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 110-115.

³⁹RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 207.

“democratização social no Brasil”, provocada pela miscigenação⁴⁰. Mais do que isso, Freyre oferece uma interpretação otimista da história da miscigenação e do caráter nacional. A obra promove a paz do povo brasileiro com a sua própria identidade. A contribuição do índio e do negro na formação do brasileiro é valorizada. Antes vista como uma causa de dano irreparável, a miscigenação passa a ser encarada como um patrimônio inestimável⁴¹ e uma vantagem da qual a nação deve se orgulhar.

3.3 Preconceito de marca: reconhecendo tabus, desconstruindo mitos

Esta etapa na discussão da questão racial no Brasil é marcada pela intenção de desconstruir o mito da democracia racial. Ao analisar essa desconstrução, é preciso cautela para compreender que a fase anterior representou um inegável avanço ao abandonar o determinismo racial como forma de explicar o atraso nacional e ao procurar uma identidade própria que definisse o brasileiro, encontrando-a ora na herança lusitana, como fez Sérgio Buarque, ora na contribuição das três raças, como fez Freyre. Fora conquistas que vieram para ficar, que trouxeram luz sobre os problemas da sociedade brasileira e também trouxeram conforto ao brasileiro em relação à sua identidade racial e até orgulho de sua condição de povo miscigenado.

Por essa época, a convivência pacífica entre as raças era motivo de orgulho nacional, pelo exemplo de civilidade. Acontece que essa suposta fraternidade racial tomava de empréstimo um pressuposto da velha ideologia do branqueamento: a ideia de que não havia preconceito racial no Brasil. No auge do prestígio das teorias racistas, esse pressuposto de ausência de preconceito racial foi utilizado para justificar a miscigenação brasileira como sendo uma qualidade de caráter do colonizador branco e não o resultado de sua degradação. Sob nova premissa, a ausência de preconceito racial passou a ser utilizada como símbolo da superioridade moral do povo brasileiro. Todavia, não se promove igualdade racial simplesmente

⁴⁰FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global Editora, 2010, p. 33.

⁴¹SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.244, 266-268.

negando o racismo. A apologia da miscigenação na verdade reforçava o ideal de branqueamento. Se o contato íntimo com negros e índios permitiu o ganho de valiosos traços culturais, o fato é que ser branco continuava a ser o ideal a ser perseguido⁴².

Justamente por saber que essa suposta ausência de preconceito racial era um ícone nacional é que o movimento para desconstruí-lo procurou uma frase que fosse um símbolo iconoclasta de apelo imediato: *o mito da democracia racial*. Não se tratava de um simples processo de desconstrução, mas de uma destruição criativa: destruir um valor caro à nação, que era a falsa existência de confraternização entre as raças, para reconhecer a existência de racismo no Brasil e a partir daí erigir uma proposta de igualdade racial.

O alvo preferencial dessa cruzada contra o mito da democracia racial foi Gilberto Freyre, por razões que parecem óbvias. Sua contribuição inestimável, reconhecida até por seus mais acerbos críticos, não esconde, porém, suas contradições, seu conservadorismo, idealizações, imprecisões etc. Freyre descreve a trama humana das relações patriarcais sempre sob a perspectiva do homem branco, deixando transparecer certa nostalgia daqueles tempos avoengos. Quando fala dos negros, ele descreve a vida dos escravos domésticos, esquecendo a grande massa de negros que mourejava nos campos, os escravos do eito⁴³. Os escravos citadinos e os da casa-grande, sobre os quais ele se interessou e cujos hábitos saudosamente descreveu, gozavam de regalias que não se estendiam aos escravos do eito, os quais trabalhavam à exaustão a ponto de cair no sono em qualquer lugar em que estivessem, donde veio o ditado “dorminhoco como negro de engenho⁴⁴”.

Freyre não utilizou em suas obras a expressão “democracia racial”, mas a sua descrição da fraternidade racial oferece subsídios vultosos para a formação desse conceito. É o caso de sua ideia de *democratização social* no Brasil, exposta em

⁴²SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 268.

⁴³CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p.80-83.

⁴⁴BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branços e Negros em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 101.

Casa-Grande & Senzala, e que constitui a síntese do que se critica na democracia racial:

[...] A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que de outro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a senzala. O que a monocultura latifundiária e escravocrata realizou no sentido de aristocratização, extremando a sociedade brasileira em senhores e escravos, com uma rala e insignificante lambujem de gente livre sanduichada entre os extremos antagônicos, foi em grande parte contrariado pelos efeitos sociais da miscigenação. A índia e a negra-mina a princípio, depois a mulata, a cabrocha, a quadrarona, a oitavona, tornando-se caseiras, concubinas e até esposas legítimas dos senhores brancos, agiram poderosamente no sentido de democratização social no Brasil. Entre os filhos mestiços, legítimos e mesmo ilegítimos, havidos delas pelos senhores brancos, subdividiu-se parte considerável das grandes propriedades, quebrando-se assim a força das sesmarias feudais e dos latifúndios do tamanho de reinos⁴⁵.

Além disso, para justificar a existência dessa fraternidade racial, Freyre precisou recorrer à velha ideia da *escravidão benigna*, tipicamente brasileira, em que o escravo era tratado melhor do que seus irmãos do Norte, com mais humanidade e familiaridade. E nessa toada, Freyre vai despejando palavras: fala da doçura do tratamento dispensado aos escravos brasileiros⁴⁶; afirma que o castigo impingido ao escravo não era diferente daquele aplicado aos filhos dos senhores; sugere que a relação de muitos senhores para com os escravos era filial; aduz que o tratamento dispensado ao escravo negro era humanitário e que esse escravo não precisaria invejar a liberdade dos pobres do mundo civilizado; chega ao ponto de dizer que os escravos brasileiros seriam mais extrovertidos, possuíam dignidade e um porte nobre, talvez por serem, quiçá, mais felizes aqui do que quando viviam na África; e, finalmente, Freyre reconhece peremptoriamente a existência de aspectos positivos nas relações escravagistas brasileiras⁴⁷.

Palavras assim contundentes estavam destinadas a se tornar motivo de polêmica. Esse aspecto gerou uma nova dissidência que ficou conhecida como o *mito do bom senhor*⁴⁸. Foi Marvin Harris, acadêmico revisionista e aluno de Charles Wagley no projeto conjunto *Columbia University – UFBA*, quem primeiro cunhou a

⁴⁵FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global Editora, 2010, p. 33.

⁴⁶Ibid., p. 298.

⁴⁷FREYRE, Gilberto. **O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX**. 4ª Ed. São Paulo: Global Editora, 2010, p. 30; 70-72; 88; 177-186.

⁴⁸BARBOSA, Livia. **O Jeitinho Brasileiro**: a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 123;

frase “mito do senhor bondoso”, utilizado para demolir a crença da singularidade da escravidão no Brasil. Em seu trabalho, Marvin demonstrou que o tratamento dispensado aos escravos brasileiros equivalia em desumanidade ao das demais nações escravistas⁴⁹.

O fato é que a ideia de que havia uma fraternidade racial no Brasil resistiu como modelo de supremacia moral enquanto durou a segregação racial na Alemanha e especialmente nos Estados Unidos. Quando as leis *Jim Crow* perderam a sanção cultural e começaram a ser revogadas ou declaradas inconstitucionais pela suprema corte norte-americana, a partir da década de 1950, o modelo brasileiro perdeu sua antítese, com a qual rivalizava. Com o advento das ações afirmativas nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, já não era possível tecer louvaminhos às relações raciais mais humanas protagonizadas no Brasil como contraponto a odiosa segregação racial⁵⁰.

Ao mesmo tempo, o modelo de fraternidade racial que o Brasil estadeava começou a despertar o interesse de cientistas sociais estrangeiros, os quais iniciaram a busca de parcerias com acadêmicos brasileiros para pesquisas de campo nessa área. Por iniciativa do seu diretor de Ciências Sociais, Alfred Métraux, a UNESCO resolveu patrocinar um grande estudo na área, na esperança de que a solução brasileira pudesse ser exportada para outras nações⁵¹. No entanto, o quadro apresentado no Brasil nem de longe correspondeu às expectativas dos patrocinadores. As estatísticas registravam que quanto mais escura a pele maior era a probabilidade de essa pessoa estar na base da escala socioeconômica, em todos os indicadores. Havia, evidentemente, uma discriminação racial no Brasil, porém mais complexa, sub-reptícia, oficiosa, que precisava ser estudada e divulgada⁵².

Prestigiados acadêmicos estrangeiros foram convidados a participar do programa de pesquisa sobre relações raciais no Brasil, patrocinado pela UNESCO. Esses estudiosos trouxeram uma nova escola sociológica, preocupada com a

⁴⁹SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 297.

⁵⁰Ibid., p. 287-293.

⁵¹CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p.193.

⁵²Cf. SKIDMORE, Thomas E. *op. cit.*, p. 295-296; CARDOSO, Fernando Henrique. *op. cit.*, p.193-194.

exatidão das afirmações, afeita a dados estatísticos, censo e pesquisas de campo. Este aspecto também foi motivo de novas críticas a Gilberto Freyre, cujo prosear parecia sobrepor-se ao rigor científico. Ele foi acusado de fazer mais poesia que ciência, mais literatura que sociologia, mais história pitoresca do que científica. Freyre se defendeu das críticas sobre a ausência de números, estatísticas e expressões quantitativas em seus trabalhos, afirmando que essa sociologia importada dos Estados Unidos não raro obscurecia mais do que esclarecia os fatos, com seu abuso de números, gráficos e quadros. Afirmou, também, que as ciências sociais necessitam de compreensão mais do que de descrição e de interpretação mais do que de mensuração⁵³. Na verdade, por trás da literatura lânguida e preguiçosa, das descrições romanceadas e da atmosfera idílica, havia muita pesquisa nas obras de Freyre⁵⁴, cujos detalhes ele deixava entrever nos longos prefácios que antecediam cada edição.

Dentre os intelectuais estrangeiros que empreenderam pesquisas de campo no Brasil se destacam Charles Wagley, da Columbia University, e Roger Bastide, da École Pratique des Hautes Études de Paris. Em estreita colaboração com os pesquisadores estrangeiros, destacam-se os trabalhos de Thales de Azevedo, da Universidade Federal da Bahia; Florestan Fernandes, em São Paulo; René Ribeiro, do Instituto Joaquim Nabuco; Luís Costa Pinto, da Universidade do Brasil, no Rio de Janeiro⁵⁵; e Oracy Nogueira, da Escola Livre de Sociologia e Política (ELSP), sob a orientação de Donald Pierson, da Universidade de Chicago⁵⁶.

Oracy Nogueira foi discípulo de Donald Pierson, que também foi preceptor de Florestan Fernandes, sendo que os discípulos divergiram do mestre, pois Pierson acreditava que a discriminação que existia no Brasil era fruto de preconceito de classe e ambos afirmaram se tratar de preconceito racial⁵⁷. Oracy desenvolveu seu trabalho junto com Pierson na ELSP (Escola Livre de Sociologia e Política), até que problemas de saúde levaram Pierson a retornar aos Estados Unidos em 1952,

⁵³FREYRE, Gilberto. **Sobrados & Mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 15ª ed. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 49-51.

⁵⁴CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p.80.

⁵⁵SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e racionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 295.

⁵⁶NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca**: As relações raciais em Itapetininga. São Paulo: Edusp, 1998, p. 10.

⁵⁷*Ibid.*, p.197.

obrigando-o a recusar um convite feito por A. Métraux, diretor de Ciências Sociais da UNESCO, para coordenar os trabalhos de pesquisa em São Paulo. O convite, então, foi feito ao francês Roger Bastide, que, por sua vez, chamou seu colega Florestan Fernandes para compartilhar a coordenação⁵⁸.

Pierson e Oracy Nogueira representavam a tendência até então hegemônica de *estudos sociológicos de comunidade*. Florestan Fernandes e, de certa forma, Roger Bastide pertenciam a uma escola sociológica diferente e até antagônica, cuja abordagem das relações raciais era uma porta de entrada para discutir as estruturas de classes e seu processo histórico. Com Bastide e Florestan ocupando uma influente escola de pesquisa na Universidade de São Paulo, Oracy, que permaneceu fiel à Escola de Chicago e aos estudos de comunidade, viu seu espaço se reduzir. Por solicitação de Pierson, Métraux chegou até a convidá-lo diretamente para integrar o grupo de pesquisadores, mas o temperamento tímido e discreto de Oracy – em contrapartida ao pendor de Florestan para a discussão e a polêmica⁵⁹ –, fez dele um elemento deslocado no grupo paulista⁶⁰.

A contribuição de Oracy Nogueira para os estudos raciais no Brasil é inestimável. Foi ele quem, em artigo publicado em 1955, distinguiu o *preconceito de origem* do *preconceito de marca*, uma referência essencial na abordagem das relações raciais no país. Ao preconceito de origem, birracial, baseado na segregação, ele opôs uma forma mais sutil de preconceito praticado no Brasil, o preconceito de marca. Através de Oracy, descobriu-se que cada povo racista é racista à sua maneira.

São conceitos cujas diferenças só agora são perceptíveis. O preconceito de marca resulta em preterição e o preconceito de origem em exclusão incondicional. No preconceito de marca, a definição de membro do grupo é feita pela aparência racial e o limiar entre um grupo e outro é indefinido, ao passo que no preconceito de origem o mestiço é considerado membro do grupo discriminado, qualquer que seja a sua aparência, porque ele tem a potencialidade hereditária dos membros desse

⁵⁸CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro. In: NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca: As relações raciais em Itapetininga**. São Paulo: Edusp, 1998, p. 10-16.

⁵⁹CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 183.

⁶⁰CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro. In: NOGUEIRA, Oracy. *op. cit.*, p. 10-16.

grupo, portanto, filia-se racialmente a ele. Quanto à carga afetiva, o preconceito de marca é intelectual e estético e o de origem é emocional e integral, assumindo o caráter de antagonismo e ódio grupal⁶¹.

O preconceito de marca admite que as relações pessoais de amizade cruzem a fronteira racial, de modo que o indivíduo pode ter preconceito contra pessoas de cor e ao mesmo tempo ser amigo, cliente e até admirador de muitas delas. Já no preconceito de origem, as relações entre um grupo e outro são severamente restringidas. Um norte-americano branco que mantivesse amizade com pessoas de cor seria chamado de *negro-lover* e estaria sujeito a sanções drásticas. Em se casando com uma delas, passava a ser socialmente de cor, sendo relegado àquele mundo social. Assim, o preconceito de origem tende à segregação racial, enquanto no preconceito de marca a ideologia que prevalece é a da assimilação e miscigenação, visando ao branqueamento⁶².

Quanto à etiqueta, no preconceito de marca a ênfase é no controle do comportamento do grupo discriminador, a fim de evitar que humilhem pessoas próximas pertencentes ao grupo discriminado ou, inadvertidamente, firam susceptibilidades com comentários inconvenientes. No preconceito de origem toda a ênfase é no controle do comportamento do grupo discriminado. No preconceito de marca, a consciência da discriminação no grupo discriminado é intermitente. Geralmente se toma conhecimento dela quando o indivíduo de cor se encontra em contato com pessoas estranhas ao seu círculo social ou em ocasiões de conflito, quando o adversário procura humilhá-lo lembrando sua aparência racial. Enquanto isso, no preconceito de origem a consciência da discriminação é contínua e obsedante. As reações do grupo discriminado distinguem-se em ambos os casos. No preconceito de marca, a reação tende a ser individual, o indivíduo procurando “compensar” suas marcas pela ostentação de aptidões em outras áreas que sejam socialmente aprovadas, como artes, esportes, inteligência, estudos, belas letras, modos europeus, tudo que possa amenizar sua condição racial. O preconceito de

⁶¹NOGUEIRA, Oracy. Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social** – Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 293-301.

⁶²*Ibid.*, p. 293-301.

origem impele à reação coletiva, pela redefinição estética ou pelo reforço da solidariedade grupal⁶³.

Até a proporção de pessoas pertencentes às minorias discriminadas provoca efeitos diferentes em ambos os casos. O preconceito de marca se atenua em regiões onde há maior proporção de indivíduos discriminados, como na Bahia e no Rio de Janeiro, e se agrava naquelas em que há menor proporção de indivíduos discriminados, como em São Paulo e Porto Alegre, por exemplo. Doutra banda, no preconceito de origem a tendência é o preconceito se agravar nos lugares onde seja maior a concentração do grupo discriminado, como no Sul dos Estados Unidos, de modo que quanto mais numeroso for o contingente do grupo discriminado, maior será a preocupação com a questão racial⁶⁴.

A probabilidade de ascensão social no preconceito de marca está na razão inversa da intensidade das marcas de que o indivíduo é portador, ficando o preconceito de raça disfarçado sob a capa do preconceito de classe, terminando por haver uma coincidência entre ambos. No preconceito de origem os grupos permanecem rigidamente separados um do outro, como se fossem sociedades paralelas, em simbiose, mas irreduzíveis entre si. Finalmente, a luta do grupo discriminado tende a se confundir com a luta de classes no preconceito de marca, enquanto no preconceito de origem o grupo discriminado atua de forma coesa, capaz e propensa à ação conjugada⁶⁵.

Na raiz da diferença entre o preconceito de marca e o preconceito de origem está a distinção entre a teoria segregacionista e a assimilacionista. O preconceito de origem está nos países que se submeteram à ideologia segregacionista: um preconceito vinculado ao “sangue”, aos genes, aos antepassados, à pureza racial, criando uma sociedade birracial, em que o mestiço é considerado perdido para a raça “inferior”. O preconceito de marca se encontra nos países que adotaram uma postura assimilacionista, de branqueamento da população negra pelo progressivo cruzamento com o branco. O caldeamento do negro com o branco sempre gerará

⁶³Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social** – Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 293-301.

⁶⁴*Ibid.*

⁶⁵*Ibid.*

um mestiço, de modo que o que conta não é a origem, mas a aparência: tanto maior a predominância de traços caucasianos e menor a presença de traços negróides, tanto menor é o preconceito.

Fiel à sua área de estudos de comunidade, Oracy Nogueira publicaria, em 1962, *Preconceito de Marca: as relações raciais em Itapetininga*, um clássico sobre o tema, fruto de uma década de pesquisa de campo naquela cidade, na qual constatou a inércia da estrutura social, uma quase rigidez, fazendo com que os brancos descendentes das famílias tradicionais e os negros e pardos descendentes de escravos continuassem ocupando posições análogas às dos seus antepassados⁶⁶. Confirmou, também, o preconceito de marca, com a coincidência entre as camadas sociais e as nuances de cor e a quase ausência de pessoas de cor na classe alta.

O fato de não sofrer o indivíduo de cor uma exclusão incondicional das camadas sociais mais favorecidas na sociedade brasileira, bem como o de se encontrar indivíduos brancos em todos os níveis, tem levado à suposição de que os elementos de cor, no Brasil, em seu esforço de ascensão social, estão sujeitos às mesmas barreiras de classe (e não, raciais) que atinge os demais componentes das classes menos favorecidas. Em face dessa hipótese, ganha um significado especial o fato de que as exceções ou precedentes de ascensão social de indivíduos de cor, embora venham ocorrendo, na comunidade em estudo, sem interrupção, pelo menos desde o final do século XIX, contudo, não parecem tender a aumentar, em proporção, de modo a propiciar, nas próximas gerações, uma mudança, no *status* coletivo da “gente de cor”, dado que a estrutura social permaneça, em suas linhas gerais, tal qual se apresenta nos dias atuais⁶⁷.

Utilizando o método de abordar as relações sociais como pano de fundo para uma discussão mais ampla sobre classes sociais, Florestan Fernandes e Roger Bastide publicaram o pioneiro *Branco e Negro em São Paulo*, no qual demonstravam que a matiz da pele serve como índice de condição social do brasileiro e que a cor foi selecionada cultural e socialmente como marca racial porque representa um caráter físico que permite exprimir simbolicamente a distância que separa as duas camadas sociais⁶⁸.

⁶⁶Oracy. **Preconceito de Marca**: As relações Raciais em Itapetininga. São Paulo: Edusp, 1998, p. 165-168.

⁶⁷*Ibid.*, p. 167.

⁶⁸BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branco e Negro em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 95-96.

Segundo Bastide e Florestan, a tendência de definir a miscigenação como medida da ausência de preconceito racial dos colonizadores portugueses e seus descendentes não possui uma comprovação analítica consistente porque se sucedeu em um plano puramente material e sexual. A aceitação do mestiço – e mais raramente, do negro – com o prestígio de branco, para ocorrer, necessita da aquisição e manutenção de status social, além da presença atenuada de caracteres físicos da raça negra⁶⁹. O livro demonstra minudentemente todas as nuances do preconceito: candidatos aprovados em concurso público, cuja cor desse muito na vista, eram reprovados no exame médico; desestimulava-se os negros a buscar empregos importantes, incentivando-os a se fixar nos trabalhos pesados e sujos; a ascensão do negro estava condicionada à assimilação de hábitos culturais dos brancos, ao abandono das tradições africanas (congada, batuques) e à negação de certos traços africanos (e.g. cremes alisadores de cabelos crespos)⁷⁰.

Esta fase da evolução da questão racial no Brasil destacou-se por lançar luzes sobre a existência, nas relações sociais, de preconceito racial camuflado sob o verniz do preconceito de classe. Ela deixou para os brasileiros a mensagem de que não se deve confundir tolerância racial com democracia racial. Para haver democracia racial é preciso mais do que harmonia nas relações interraciais, é preciso haver igualdade racial, inclusive no sentido econômico e político⁷¹.

3.4 O triunfo das ações afirmativas

A quarta e última fase é marcada pela luta de movimentos da sociedade civil organizada pelo reconhecimento oficial do racismo como uma marca da sociedade brasileira. Esta fase se iniciou na década de 1980 e encontrou seu apogeu nas duas últimas décadas.

⁶⁹BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branco e Negro em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 130.

⁷⁰*Ibid.*, p 147; 174-177; 198.

⁷¹SCHWARCZ, Lilia Moritz. A questão racial brasileira vista por três professores: Florestan Fernandes, João Batista Borges Pereira, Oracy Nogueira. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p. 169-179, dez/fev. 2005-2006. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/68/14-florestan-joao-oracy.pdf>>. Acesso em 02.02.13. p. 172.

Há autores que defendem a existência não de quatro, mas de cinco fases, mencionando uma quarta fase anterior a esta, situada na década de 1970, quando o regime militar se apropriou da ideia de democracia racial, passando a divulgar essa imagem oficial do país⁷². No entanto, a década de 1970 deve ser vista como uma extensão daquela fase iniciada na década de 1950 com os programas patrocinados pela UNESCO, que desmentiu a ideia de que o Brasil era um modelo de democracia racial e de que aqui inexistia preconceito de raça.

O que houve, na verdade, foi uma divisão de visões entre o campo político e o acadêmico. No campo político, infenso a qualquer debate democrático naquela época, proclamou-se que não havia discriminação racial no Brasil, passando a ser esta a versão oficial, inclusive proclamada no relatório do Comitê do Ministério das Relações Exteriores pela Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em 1970. O campo acadêmico, porém, continuou reiterando a existência de discriminação e preconceito racial no Brasil, sendo que esse trabalho foi sufocado porque o campo político perseguiu e exilou os que ousaram desacreditar a versão oficial.

A partir da década de 1980, porém, com o processo de redemocratização, movimentos sociais iniciaram uma campanha pelo reconhecimento do preconceito racial no Brasil, inclusive o reconhecimento oficial. Esse processo se iniciou com um movimento pela valorização da cultura negra, influenciando a música, a culinária, o vestuário e até os penteados afros. Campanhas estimularam as pessoas de cor a não se envergonharem de se identificar como tal. A Constituição da República representou um enorme avanço para os movimentos negro e indígena: estabeleceu o repúdio ao racismo como princípio da República Federativa do Brasil nas relações internacionais (art. 4º, VIII); no plano interno, repudiou o preconceito de raça, cor, origem, sexo ou idade (art. 3º, IV); fez do racismo um crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII); dedicou todo um capítulo aos índios, reconhecendo sua organização social, costumes, crenças, tradições e conferindo-lhes o direito de ação em defesa de seus interesses (art. 231).

⁷²IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107-109.

O movimento pelos direitos civis logrou também promover uma revisão nos livros didáticos escolares, que passaram a enfatizar a contribuição do negro e do índio na formação da riqueza nacional. A Lei n. 10.639, de 09 de janeiro de 2003, tornou obrigatória a abordagem da história e da cultura afro-brasileira no ensino médio e fundamental, inclusive da história da África e da luta dos negros no Brasil. Esse processo de revisionismo logrou alterar a data comemorativa dos negros para 20 de novembro, suposto dia em que Zumbi dos Palmares foi morto. Argumentou-se que o dia 13 de maio, data da abolição da escravatura, significava a celebração de um gesto branco: a suposta generosidade da Princesa Isabel.

No campo acadêmico, várias universidades lançaram por conta própria programas de ação afirmativa estabelecendo cotas para negros e índios no acesso ao ensino público superior. O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional tais programas, no Recurso Extraordinário n. 597.285/RS e na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. O Estatuto da Igualdade Racial, promulgado em 20 de julho de 2010 através da Lei n. 12.288, determinou a adoção de medidas de promoção da igualdade racial nas contratações com o setor público e privado e outras medidas destinadas a ampliar a participação dos negros nos cargos comissionados e funções de confiança. Posteriormente, duas leis foram promulgadas: a Lei n. 12.711/2012, que estabeleceu cotas sociorraciais para o acesso às universidades e às escolas técnicas federais, e a Lei n. 12.990/2014, que criou cotas raciais para concursos públicos realizados pelo governo federal.

Esta fase representa, portanto, um momento de grandes conquistas políticas, em face do reconhecimento público do racismo e do etnocentrismo. As estatísticas continuam a revelar o abismo social que separa os negros do restante da população. No entanto, com o reconhecimento oficial do racismo vieram políticas públicas voltadas à promoção da igualdade racial. Com elas, o centro dos debates se transferiu da sociologia para o direito. Atualmente, é na seara jurídica que ocorrem as maiores controvérsias sobre a questão racial, fomentadas pelas políticas de ação afirmativa.

Qual é a essência desta fase da discussão da questão racial no Brasil? Para saber, é preciso voltar a meados do século XX. Após a Segunda Guerra Mundial, teve início uma tendência que Bobbio chamou de *processo de multiplicação por*

especificação e que consistiu no aumento da quantidade de bens tutelados, na multiplicação dos sujeitos titulares de direitos e na consideração da diversidade de *status* do homem. Na preleção importantíssima do próprio Bobbio:

Essa multiplicação (ia dizendo "proliferação") ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de (onde "de" indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde "a" indica o objeto). Ainda mais supérfluo é observar, o que importa para nossos fins, que todas as três causas dessa multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revelam, de modo cada vez mais evidente e explícito, a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado.

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade - das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. - para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) - em outras palavras, da 'pessoa' para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras 'respeito' e 'exploração' são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.

Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico - do homem enquanto homem - para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc.⁷³.

Portanto, houve uma profunda transformação social, política e jurídica por aquela época. Foi o início do movimento multicultural. Os direitos políticos e sociais passaram a ser considerados merecedores de tutela estatal, dividindo o espaço com as liberdades negativas, mas desta feita exigindo uma postura ativa do Estado. O

⁷³BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª Ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 63-64.

ser humano deixou de ser considerado apenas em sua individualidade e a titularidade de alguns direitos passaram a ser atribuídas a categorias que transcendem a personalidade do sujeito, como a família, as minorias raciais, étnicas, religiosas... Finalmente, o ser humano deixa de ser visto apenas como um ente abstrato e passa a ser considerado em sua especificidade: velho, criança, adolescente, portador de necessidades especiais.

Essa tendência nasce do caráter cada vez mais pluralista da sociedade moderna. Ao contrário do modelo de Estado nacional culturalmente homogêneo, foi reconhecida a multiplicidade de cultura, de etnias, confissões religiosas etc.⁷⁴. A globalização ajudou a pôr em evidência as diferentes culturas e reforçou o contato, dentro do Estado, entre os diferentes povos. Boa parte do reconhecimento da identidade cultural se deve ao processo de globalização, pois, antes, as nações tendiam a ver a si mesmas como étnicas e culturalmente homogêneas. Contemporaneamente, vê-se um maior respeito às culturas não hegemônicas⁷⁵.

O multiculturalismo deu início a um movimento político visando o reconhecimento oficial e o pedido público de desculpas por parte dos Estados responsáveis por injustiças históricas praticadas contra minorias. A década de 1980 em diante seria marcada por uma enxurrada de desculpas públicas oficiais. O governo alemão desculpou-se oficialmente pelo Holocausto; o Japão, após muito relutar, pediu desculpas públicas pelas atrocidades cometidas contra milhares de coreanas e meninas asiáticas transformadas em escravas sexuais; após décadas de contencioso, em 2008 o governo australiano desculpou-se oficialmente pelos crimes cometidos contra os aborígenes; o governo dos Estados Unidos pediu perdão aos nipo-americanos por os terem confinado em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial; muitos Estados norte-americanos, como Virgínia, Alabama, Maryland, Carolina do Norte, Nova Jersey e Flórida pediram oficialmente desculpas à comunidade negra pela escravidão⁷⁶.

⁷⁴HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 134.

⁷⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 557-558.

⁷⁶SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**, 5ª Ed. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 259-261.

Por trás do esforço pelo pedido oficial de desculpas estava a luta pelo reconhecimento (direito ao reconhecimento) de injustiças históricas praticadas pelo Estado contra minorias, com o auxílio da comunidade política. A intenção era abrir as portas para a reconciliação moral e política com essas minorias: monumentos foram erguidos em homenagem aos seus antepassados, livros de história foram revisados e passaram a enfatizar o papel dessas minorias na construção da nação, datas comemorativas foram incluídas no calendário oficial, como o dia do índio, do negro, da mulher etc.

Além de cicatrizar feridas do passado e resgatar memórias, o reconhecimento oficial de injustiças históricas implicou em reconhecer também os efeitos dessas injustiças em longo prazo, refletindo-se nos descendentes daquelas vítimas. Com isso, abriu-se espaço para expressões tangíveis de reparação para aliviar os efeitos deletérios dessas injustiças (direito a redistribuição), seja através de indenização ou de outras formas de compensação, como políticas públicas de ação afirmativa⁷⁷.

O reconhecimento de identidades e a redistribuição de bens e oportunidades que o multiculturalismo proporcionou trouxeram inúmeras soluções para problemas que afligiam a sociedade, mas também trouxeram novos problemas, muito dos quais encontram sua expressão máxima nos programas de ação afirmativa. Há um forte movimento intelectual contrário a elas. Os principais críticos do programa racial brasileiro arguem questões que são comuns aos críticos do multiculturalismo em geral. São problemas que estão interligados: a objeção do individualismo moral, a intrusão etnocêntrica, o risco de divisão social e a inadequação das soluções propostas.

O primeiro problema é de ordem moral: por que as pessoas de hoje deveriam se desculpar e pagar por erros cometidos por gerações anteriores? Desculpar-se por alguma injustiça é um modo de assumir a responsabilidade e ninguém pode ser moralmente responsável pelo que não praticou⁷⁸. Assim, é demasiadamente complicado responsabilizar os brancos do presente, cujos ascendentes talvez tivessem escravos em um passado remoto, culpando pessoas inocentes em razão

⁷⁷SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**, 5ª Ed. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 261-262.

⁷⁸*Ibid.*, p. 262-265.

de atos dos quais discordam, como é o caso da escravidão, em um perigoso jogo de responsabilização *ad infinitum*⁷⁹.

O segundo problema aventado diz respeito à importação acrítica de modelos alienígenas, absolutamente inadequados à realidade nacional⁸⁰. Indaga-se se o Brasil não estaria sendo vítima de uma intrusão etnocêntrica. Acusa-se o multiculturalismo pregado aqui de refletir disputas acadêmicas que dizem respeito a uma realidade distinta da brasileira, globalizando a problemática racial norte-americana.

Para Pierre Bourdieu e Loïc Wacquant, “o imperialismo cultural repousa no poder de universalizar os particularismos associados a uma tradição histórica singular, tornando-os irreconhecíveis como tais⁸¹”. Ambos criticam a exportação do debate sobre raça e identidade, a partir da representação histórica da tradição americana, que divide a sociedade arbitrariamente entre negros e brancos, impondo-a a países com visão de divisão étnica completamente diversa, como é o caso do Brasil, que até recentemente servia de contra-exemplo ao modelo norte-americano. Eles afirmam que pesquisas empreendidas por norte-americanos e latino-americanos que estudaram nos Estados Unidos se esforçam por apresentar o Brasil como um país tão racista quanto seus vizinhos do Norte, substituindo o mito da democracia racial pelo mito de que todas as sociedades são racistas, inclusive aquelas cujas relações sociais entre raças são menos distantes e hostis⁸².

Demétrio Magnoli atribui o nascimento do multiculturalismo norte-americano à Fundação Ford, que a partir da década de 1960 interpretou os protestos nos Estados Unidos como sintoma de mau funcionamento do pluralismo político e procurou restabelecer a normalidade democrática substituindo as coalizões sociais amplas por diversos movimentos voltados aos interesses de minorias específicas. Com esse escopo, a fundação financiou diversos fundos de litigância de minorias, patrocinou diversos ativistas, ofereceu vultosas doações às universidades, em troca

⁷⁹KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 222-224.

⁸⁰*Ibid.*, p. 213-219.

⁸¹BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. Sobre as Artimanhas da Razão Imperialista. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2002, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n1/a02v24n1.pdf>>. Acesso em 04.01.2013, p. 15.

⁸²*Ibid.*, p. 19.

de programas de admissão de alunos de grupos minoritários. A fundação também patrocinou a exportação do multiculturalismo, abrindo escritórios em diversos países, inclusive no Brasil, onde as subvenções da fundação replicaram nas universidades brasileiras, conceitos, paradigmas e modelos de estudos étnicos e raciais tipicamente norte-americanos⁸³.

Bourdieu e Wacquant também mencionam o dinamismo das grandes fundações norte-americanas na difusão da ortodoxia racial, através da filantropia. Citam o caso da Fundação Rockefeller, que financiou um programa sobre “Raça e Etnicidade” na UFRJ e no Centro de Estudos Afro-Asiáticos da Universidade Cândido Mendes, favorecendo o intercâmbio estudantil, mas impondo como condição que as equipes de pesquisa respeitassem as premissas das ações afirmativas norte-americanas⁸⁴.

Os críticos do multiculturalismo atribuem a esse movimento o atual estado de exaltação de ânimos. Aduzem que o multiculturalismo incentiva a proliferação de grupos minoritários que vivem acalentando mágoas e reivindicando reparações e pedidos oficiais de desculpas⁸⁵. Sua política de reparação, com tendência ao revisionismo histórico⁸⁶, cultural e lingüístico, proscricção de expressões politicamente incorretas, banimento de livros⁸⁷, patrulhamento de hábitos sociais, em suma, seu processo de reconhecimento de identidades e redistribuição de haveres, ao invés ajudar a curar feridas históricas e criar um ambiente propício à reconciliação moral e

⁸³MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: História do Pensamento Racial**. São Paulo: Editora Contexto, 2009, p. 89-91; 97-98.

⁸⁴BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. Sobre as Artimanhas da Razão Imperialista. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2002, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n1/a02v24n1.pdf>>. Acesso em 04.01.2013, p. 22.

⁸⁵MAGNOLI, Demétrio. *op. cit.*, p. 91

⁸⁶Há, e.g., um projeto de Lei nº 6.369/2005 que, se aprovado, redefinirá as datas de “alta significação para os segmentos étnicos nacionais”. O dia 19 de abril deixará de ser o Dia do Índio e passará a ser o Dia de Luta dos Povos Indígenas, destinado à “celebração dos povos autóctones”; o dia 22 de abril, dia do descobrimento do Brasil, destinar-se-á a celebrar “a chegada oficial do branco europeu em território brasileiro”; e o dia 20 de novembro passará a ser o Dia Nacional da Consciência Negra, com direito a feriado. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=309593> acesso em 09.09.2010.

⁸⁷O Conselho Nacional de Educação, e.g., sugeriu que o livro *Caçadas de Pedrinho*, um clássico da literatura infantil, de Monteiro Lobato, não fosse distribuído a alunos e professores de escolas públicas, por se tratar de uma obra racista. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/monteiro-lobato-pode-ser-banido-das-escolas-publicas-brasileiras>>, acesso em: 03.09.2014.

política, termina por reacender animosidades, gerar ressentimentos entre classes, fomentar a cizânia e acirrar os ânimos⁸⁸.

Afirmam, por fim, que o preconceito racial no Brasil se confunde com o preconceito social e um programa de inclusão social é mais eficaz e menos traumático que ações afirmativas para a raça. Desse modo, sugerem uma ação afirmativa que leve em consideração a condição social do beneficiário, sob pena de beneficiar tão somente a classe-média negra e mestiça⁸⁹.

Em relação a essas críticas, é preciso apreciá-las *cum grano salis*. O individualismo moral está intimamente ligado ao liberalismo: liberdade para submeter-se apenas às obrigações assumidas voluntariamente e não às obrigações que surgem de uma identidade coletiva que se perpetua através de gerações⁹⁰. O apelo à liberdade reproduz o vetusto debate acadêmico norte-americano entre libertários e comunitários e representa a mesma pseudo-universalização que se critica no multiculturalismo: a ruptura aparente com as particularidades históricas e a passagem para o discurso com pretensões filosóficas⁹¹.

O liberalismo é o êmulo do multiculturalismo na filosofia política. Quem acusa o multiculturalismo de exportar problemas ligados a particularidades históricas norte-americanas, terá de reconhecer que o imperialismo cultural não trouxe somente esse movimento, mas as divergências que opõem atomistas-individualistas e holistas-coletivistas. Não é apenas o multiculturalismo que está sendo universalizado, mas as teorias políticas normativas e suas disputas, reduzindo o mundo a alternativas rituais⁹²: ser libertário, igualitário ou comunitário. Ocorre que essa tricotomia não considera as particularidades e idiosincrasias associadas às tradições políticas e filosóficas de outras nações.

O Brasil sempre atribuiu um peso maior à ideia de igualdade em comparação com os Estados Unidos, onde a igualdade se coloca como pano de fundo a partir do

⁸⁸SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa, 5ª Ed. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 262.

⁸⁹KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 258.

⁹⁰SANDEL, Michael J. *op. cit.* p. 262-265.

⁹¹BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. Sobre as Artimanhas da Razão Imperialista. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2002, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n1/a02v24n1.pdf>>. Acesso em 04.01.2013, p. 18.

⁹²*Ibid.*, p. 18.

qual a ação social se desenrola regida pelo atributo da liberdade. O atributo mais enfatizado na cultura americana sempre foi o da liberdade, sistematicamente reiterada em diferentes discursos, níveis e domínios⁹³. A liberdade aparece na imagem oficial do país, aquela sob a qual ele se apresenta aos olhos do mundo. A Constituição norte-americana é um verdadeiro credo da liberdade. A liberdade permeia o discurso político, os Estados Unidos se auto-intitulando seu guardião e em nome dela realizando interferências militares em outros países. Até os pontos de atração turística norte-americanos são verdadeiras odes à liberdade, a exemplo da *Freedom Trail*, o *Faneuil Hall* e o *Cradle of Liberty*, em Boston; a Estátua da Liberdade, em Nova York; o *Liberty Bell*, na Filadélfia; *Liberty Hill*, no Texas; o *Liberty Lake*, em Washington⁹⁴. O próprio mito do caubói é a glorificação do atributo da liberdade. O vaqueiro americano – *cow boy* – percorrendo vilarejos perdidos no Oeste distante – *far West* – com seu inarredável cavalo e sua inseparável arma é o homem solitário que não deve explicação a ninguém. Sua imagem emula o indivíduo não controlado pelo Estado, o arquétipo de uma sociedade ultra-individualista⁹⁵.

O Brasil não dá a mesma ênfase que a sociedade norte-americana confere à liberdade individual em face do Estado. No Brasil, o ideal da liberdade sequer figurou como emblema distintivo do nascimento da nação. Aqui prevaleceu o apelo à independência, consagrada no brado “independência ou morte” e imortalizada na tela de Pedro Américo. Quando há menção à liberdade, como no caso do Hino da Independência e do Hino do Brasil, ela surge como um atributo da nação e não do indivíduo (liberdade no horizonte do Brasil, pátria livre, sol da liberdade... brilhou no céu da pátria). No preâmbulo da Constituição a liberdade ocupa espaço semelhante ao destinado à igualdade e à fraternidade. Portanto, não faz sentido opor-se a políticas igualitárias e solidárias com apelos libertários, ao menos no Brasil.

Quanto à preferência pelas cotas sociais ao invés das cotas raciais, apresentada como uma solução mais adequada à realidade brasileira, vozes abalizadas consideram esse modelo factível, pois o preconceito de marca fica disfarçado sob a pátina do preconceito de classe, havendo uma convergência entre

⁹³BARBOSA, Livia. **O Jeitinho Brasileiro**: A arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 136.

⁹⁴*Ibid.*, p. 137.

⁹⁵HOBBSBAWN, Eric. **Tempos Fraturados**: Cultura e Sociedade no Século XX. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 327-329.

ambos⁹⁶. Há quem seja categórico ao afirmar que é a estratificação de classes que desgarrar e separa os brasileiros. É o caso de Darcy Ribeiro, para quem o brasileiro tem um preconceito de classe arraigado, opondo pobres e ricos muito mais que a negros e brancos. Para ele, as diferenças que separam brasileiros em extratos contrastantes são de natureza social. Brasileiros negros, pobres na maioria, não atuam socialmente motivados pelas diferenças raciais, mas como integrantes das camadas pobres⁹⁷.

Todavia, um programa de cotas sociais para pobres não retira a legitimidade de um programa de cotas raciais porque não são alternativas excludentes. Se ambas são justificáveis, nada impede que se opte por uma, outra ou ambas e até que se mesquem as duas, fundindo-as em um programa de cotas sociorraciais, como foi feito no Brasil.

Também não é verdade que o Brasil tenha sido uma vítima passiva da intrusão etnocêntrica dos Estados Unidos, limitando-se a reproduzir o modelo racial norte-americano. As pesquisas empreendidas aqui, sob patrocínio de fundações e organismos internacionais, chegaram a conclusões próprias, reveladoras de um tipo de preconceito bastante peculiar e absolutamente diferente daquele existente na América do Norte. A revelação do preconceito de marca – em oposição ao preconceito de origem – contribuiu de forma inestimável para a evolução do pensamento racial no Ocidente.

Acerca da alegação de que as ações afirmativas provocam tensões sociais e alimentam a divisão racial, é preciso ver se essas consequências podem ser realmente atribuídas às políticas em favor das minorias. O atual estágio da questão racial no Brasil é fruto de um processo que se iniciou na década de 1950, quando houve um rompimento entre a visão intelectual e a oficial. Até então havia um alinhamento entre ambos, tanto na política de branqueamento da população, quanto na idealização do Brasil como uma democracia racial. A visão intelectual e a do

⁹⁶NOGUEIRA, Oracy. Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social** – Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 303; BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Brancos e Negros em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 166.

⁹⁷RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 215-217.

Estado se apartaram quando o meio acadêmico começou a apontar a existência do preconceito e da discriminação racial no Brasil e a visão estatal preferiu permanecer com a versão do país como um modelo de fraternidade racial. Essa divisão persistiu na década de 1970, no apogeu da repressão militar, com o governo censurando, exilado e perseguindo intelectuais dissidentes. Somente a partir da década de 1980 é que se iniciou um movimento que alfim obteria o reconhecimento oficial da existência de preconceito racial no Brasil.

Não faz sentido atribuir a um programa que é fruto de um rompimento com a visão oficial ocorrido há sessenta anos, a responsabilidade exclusiva por toda a polêmica suscitada. Na verdade, houve uma forte reação de setores enquistados nos cursos mais prestigiados das universidades públicas, que se sentiram prejudicados com a dificuldade de acesso imposta pelas cotas sociorraciais. O Brasil já conheceu programas semelhantes que não despertaram maiores questionamentos. O sistema de cotas em favor dos deficientes existe desde 1988, mas favorece a pessoas portadoras de necessidades especiais de todas as classes sociais, indistintamente. Já a presença de negros parece estar ligada às camadas economicamente mais baixas da sociedade.

Interessante observar que outros ciclos históricos brasileiros conheceram “ações afirmativas” de natureza racial que, no entanto, transcorreram sem polêmicas, porque não houve contestação dos excluídos do programa. Na fase da ideologia do branqueamento foram concebidas políticas públicas destinadas a incentivar a imigração de europeus. O governo imperial despendeu recursos vultosos com transporte, instalação de colonos, concessão de terras e outras condições que jamais foram oferecidas aos caipiras e aos negros brasileiros⁹⁸. Colonos alemães que se instalaram no Sul do país vinham com as despesas de viagem pagas, recebiam subsídios e uma porção de terras oferecida por sorteio, assim que chegavam⁹⁹. Suas colônias foram amplamente subsidiadas. Pagava-se do transporte aos gastos de instalação. Promoviam-se obras públicas desnecessárias, que se prolongavam absurdamente, apenas para prover trabalho

⁹⁸RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 394.

⁹⁹SCHLICHTHORST, Carl. **O Rio de Janeiro Como É (1824-1826): uma vez e nunca mais**. Tradução: Emmy Dodt e Gustavo Barroso. Brasília: Senado Federal, 2010. (Edições do Senado Federal, 154), p. 17.

aos colonos. Tais colônias careciam de quaisquer fundamentos econômicos. A razão de sua existência era a crença na superioridade inata da raça branca¹⁰⁰.

Na comunidade alemã instalada às margens do rio Peruíbe, na província de Porto Seguro, na Bahia, batizada de Colônia de Leopoldina, cada família de colonos recebeu uma légua quadrada de terras do governo¹⁰¹. Enquanto isso, os negros alforriados que abandonavam os engenhos encontravam dificuldades para sobreviver. Espremidos entre as cidades litorâneas superpovoadas e o semi-árido, restava-lhes deslocar-se de engenho em engenho oferecendo seu serviço em condições aviltantes¹⁰².

Nos cafezais paulistas, de início houve tentativas de exploração do colono europeu em substituição ao trabalho escravo. Mas o imigrante europeu, exigente, esclarecido e auxiliado por seus governos, reverteu essa situação e alfim chegava às lavouras de café com todos os gastos de transporte pagos, residência garantida, despesas com manutenção pagas até a colheita, um pedaço de terra para economia de subsistência da família e o direito de, depois da colheita, procurar outra fazenda que lhe oferecesse mais vantagem¹⁰³.

Assim, a simples existência de um programa de ação afirmativa não justifica os debates acirrados. O cerne da questão está na qualidade do beneficiário. Enquanto as políticas públicas raciais se coadunaram com os interesses da elite não houve qualquer repercussão, visto que os principais prejudicados foram as minorias, categoria com reconhecida dificuldade de organização política e reação social. No momento em que essas políticas foram realmente direcionadas às minorias é que se tornaram objeto de contencioso.

¹⁰⁰FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 183.

¹⁰¹WALSH, Robert. **Notícias do Brasil** (1828-1829). Vol. II. Tradução: Regina Régis Junqueira. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1985. 2v. (Coleção Reconquista do Brasil; nova sér., 74), p. 169.

¹⁰²FURTADO, Celso. *op. cit.*, p. 201.

¹⁰³*Ibid.*, p. 195.

4. AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

O presente capítulo analisa as políticas de ação afirmativa no Brasil, precipuamente aquelas endereçadas às minorias raciais. Afora alguma tentativa aqui e acolá de se estabelecer um sistema de bônus e bolsas de estudos em cursos preparatórios, o programa brasileiro praticamente se resume ao sistema de cotas, o qual consiste em reservar um percentual de vagas em universidades públicas e nos concursos públicos. Este capítulo também procura entender o porquê dessa limitação. Ele também analisa as teorias de justiça que influenciaram as ações afirmativas no Brasil, as dificuldades para colmatar um modelo alienígena à realidade brasileira e a forma como ele foi adaptado às necessidades locais.

4.1 A Introdução do programa de ações afirmativas no Brasil

As ações afirmativas foram previstas em pelo menos três convenções internacionais às quais o Brasil aderiu. Elas fazem parte do sistema especial de proteção, complementando o sistema geral de proteção – este, voltado ao indivíduo genérica e abstratamente considerado; aquele, voltado ao indivíduo observado em sua especificidade e concretude, segundo categorias de gênero, idade, etnia, raça etc., considerados vulneráveis e merecedores de tratamento especial contra quaisquer tipos de discriminações¹.

A primeira das convenções as quais o Brasil aderiu foi a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965, cujo artigo 1º, §4º, prevê a adoção de políticas de ação afirmativa:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que,

¹PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191-192.

tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos².

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada pelo Brasil, também prevê a adoção de ações afirmativas no artigo 4^o³. Igualmente, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, anuncia no artigo 5^o, §4^o, expressamente, a possibilidade de se adotar ações afirmativas em favor das pessoas com deficiência⁴.

No plano interno, é possível identificar no passado, medidas que representam uma ação afirmativa. Joaquim Barbosa, por exemplo, recorda que o Brasil conheceu a prática das ações afirmativas em 1968, com a Lei n. 5.465, que reservava 50% das vagas no ensino médio agrícola e nas escolas superiores de Agricultura e Veterinária para candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, residentes em cidades ou vilas desprovidas de escolas de ensino médio⁵.

Na verdade, como Barbosa considera ação afirmativa qualquer medida imposta ou sugerida de combate à discriminação, a primeira ação afirmativa de que se tem notícia no Brasil se encontra na Consolidação das Leis Trabalhistas, outorgada em 1943, durante o Estado Novo, cujo artigo 373-A, em sua redação

²BRASIL. Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Seção 1, p. 10536. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-norma-pe.html>>. Acesso em 10.02.2013.

³BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 set. 2002. Seção 1. P. 4. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4377-13-setembro-2002-476386-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10.02.2013.

⁴BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 11.02.2013.

⁵GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em 09.02.2013.

original, determinava a adoção de políticas destinadas a corrigir distorções resultantes da discriminação praticada contra as mulheres no mercado de trabalho⁶.

A importância da Lei n. 5.465 – que se notabilizou como a “lei do boi” – decorre do fato de que, indubitavelmente, representou o primeiro sistema de cotas criado no Brasil. Depois dele, a Constituição de 1988 viria instituir, no artigo 37, VIII, um sistema de cotas em favor dos deficientes físicos, ao determinar reserva de vagas para essa minoria nos concursos públicos.

No entanto, os exemplos acima citados eram iniciativas isoladas, praticamente inscientes dos preceitos básicos de uma ação dessa natureza. Mesmo a iniciativa constitucional em favor das pessoas com necessidades especiais foi uma medida isolada. Ação afirmativa como um programa de governo, minucioso, de grande vulto, com uma noção clara de minorias, dos seus propósitos, com um conjunto de medidas com metas específicas e voltado à produção de resultados o Brasil só viria a conhecer com a implantação gradual do sistema de cotas sociorraciais para o acesso ao ensino superior, de flagrante inspiração na iniciativa das ações afirmativas norte-americanas.

Iniciou-se de maneira tão isolada quanto as outras, em 1996, quando o governo do Distrito Federal tornou obrigatória a representação de diversas etnias em toda propaganda institucional. O mesmo ocorreu em Vitória do Espírito Santo e, posteriormente, nos governos de Minas Gerais e da Bahia. Em 2001, o INCRA e o Ministério da Justiça instituíram um percentual para nomeação de negros em cargos comissionados. O Instituto Rio Branco desde 2002 destina bolsas de estudo para estudantes negros, visando à preparação para o concurso de ingresso na diplomacia. Em maio daquele ano, o governo federal criou o Programa Nacional de Ações Afirmativas. O programa Diversidade na Universidade também foi instituído em 2002. Em março de 2003, foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, no âmbito da União e com *status* de ministério⁷.

⁶VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. **Educação e Desigualdade Racial: Políticas de Ações Afirmativas**. São Paulo, p. 12. Disponível em: <<http://adami.adv.br/raciais/17.pdf>>. Acesso em 10.02.2013.

⁷BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Brasileira: Será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005 (Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, 92), p. 24-35.

Mas o maior passo nas políticas de ação afirmativa foi dado em 20 de julho de 2010, quando, após muitas idas e vindas, foi aprovado o Estatuto da Igualdade Racial. Foram eliminados alguns pontos considerados polêmicos, dentre os quais a introdução do elemento racial em todos os documentos do SUS; a fixação de cotas de participação de atores negros em filmes, publicidade e programas televisivos; o desempate de licitações em favor de empresa com maior “avanço” na implantação de programas de igualdade racial; a inclusão do quesito raça nos formulários de admissão e demissão de emprego. Outros pontos importantes lograram êxito e estão previstos no estatuto, a exemplo daquele que prevê a adoção de medidas de promoção à igualdade racial nas contratações com o setor público e o privado e as medidas destinadas a ampliar a participação dos negros nos cargos comissionados e funções de confiança⁸.

A primeira instituição federal de ensino superior a destinar vagas para negros e índios foi a Universidade de Brasília (UnB), em junho de 2003⁹. A partir daí, o modelo se espalhou para várias universidades federais. O pioneiro programa de ação afirmativa da Universidade de Brasília também foi o primeiro a ter o seu modelo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 186. No julgamento, em 26 de abril de 2012, o STF, à unanimidade, julgou improcedente a ADPF 186, considerando constitucional o sistema de cotas étnico-raciais para acesso às universidades. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, o modelo é proporcional e razoável, no que concerne aos meios empregados, utilizando métodos de seleção eficazes e perfeitamente compatíveis com o princípio da dignidade¹⁰.

Em 29 de agosto de 2012, foi promulgada a Lei n. 12.711, regulando o ingresso nas universidades federais e nas escolas federais de ensino técnico¹¹. Essa

⁸BRASIL. Lei federal n. 12.288, de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jul. 2010. Seção 1, p. 1. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12288-20-julho-2010-607324-norma-pl.html>>. Acesso em 13.02.2013.

⁹BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Brasileira: Será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005 (Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, 92), p. 51-66.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

¹¹BRASIL. Lei federal n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá**

lei destinou metade das vagas dessas instituições de ensino para cotas sociorraciais, cumulando raça com o estudo em escola da rede pública e o padrão de renda familiar. O sistema adotado é bastante complexo, com o requisito social sobrepondo-se ao étnico-racial, de modo que o estudante necessita satisfazer primeiro o requisito social se pretender concorrer pelas cotas. Em relação às universidades, a lei reservou metade das vagas para estudantes que cursaram todo o ensino médio em escola pública; metade das quais exclusivamente para aqueles com renda familiar de até 1,5 salários-mínimos. Essas vagas reservadas devem ser divididas entre autodeclarados negros, pardos, indígenas e as demais categorias, de acordo com o último censo do IBGE realizado no Estado onde estiver sediada a universidade. O mesmo sucede em relação às escolas técnicas, com a diferença, nesse caso, de que os beneficiários são os estudantes do ensino público fundamental.

Em 10 de junho de 2014 entrou em vigor a Lei n. 12.990, que reserva aos negros e pardos 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos e empregos na Administração Direta e Indireta da União. A cota é eminentemente racial, sem restrições de caráter social. O critério é o da autodeclaração. Os cotistas só ocupam as vagas reservadas se não lograrem aprovação dentre as vagas destinadas à ampla concorrência.

São estas as principais considerações atinentes ao programa brasileiro de ação afirmativa. A seguir, será explicado por que as políticas de ação afirmativa praticamente se limitaram ao sistema de cotas quando havia inúmeras alternativas.

4.2 O sistema brasileiro de cotas

No presente tópico, a princípio será estudado por que, mesmo tendo várias opções, o programa brasileiro de ação afirmativa convergiu para um modelo quase que exclusivamente baseado em cotas fixas. Em seguida, serão estudadas as

razões pelas quais um programa voltado para a população negra resultou em uma ação social, ficando a raça e a etnia em segundo plano.

Existe todo um catálogo de ações afirmativas, mas são esparsas as tentativas de se imprimir um modelo diferente do sistema de cotas rígidas no Brasil. É o caso do Instituto Rio Branco, cujo programa lançado em 2002 é uma espécie de bolsa-prêmio de vocação para a diplomacia, visando a acentuar a diversidade étnica no âmbito do Itamaraty e que consiste numa bolsa de estudos de dez meses, destinada a custear material didático e cursos preparatórios de admissão na carreira diplomática¹². A Unicamp criou o PAAIS – Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social, o qual prevê a instituição de bônus de 30 pontos para alunos oriundos de escola pública, além de 10 pontos extras para aqueles que se declararem pretos, pardos ou indígenas¹³. No entanto, o programa brasileiro de ação afirmativa é fundamentalmente baseado no sistema de cotas, que consiste em reservar um percentual de cargos, empregos públicos, vagas no ensino superior, contratos públicos ou qualquer outra oportunidade dessa ordem, destinada a uma categoria desigualada historicamente por preconceito ou discriminação injustificada, que se pretende retificar desigualando agora de forma positiva¹⁴.

Autores de nomeada consideram que o sistema de cotas deve ser objeto de utilização marcadamente marginal, a menos que venha atrelado a outro critério objetivo¹⁵. Nos Estados Unidos, cujas políticas de ação afirmativa em favor dos negros serviram de inspiração para o Brasil, a Suprema Corte decretou a inconstitucionalidade de um programa de ação afirmativa baseado exclusivamente no sistema de cotas. Em 1978, no julgamento do caso *Regents of the University of California vs. Bakke*, aquele sodalício decidiu que a cláusula de igual proteção prevista na 14ª Emenda proíbe o uso de “cotas explícitas”. No caso em julgamento, um programa de ação afirmativa – “*university's affirmative action program*” – reservava para as minorias, dezesseis vagas em cada cem. Na ocasião, quatro

¹²Disponível em <http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/programa_de_acao_afirmativa.xml>. Acesso em: 30.06.2014.

¹³Disponível em <<http://www.comvest.unicamp.br/paais/paais.html>>. Acesso em 30.06.2014.

¹⁴Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 95.

¹⁵GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 17-18. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf>>. Acesso em 08.02.2013.

juízes entenderam que qualquer sistema de cotas era inconstitucional; outros quatro defenderam o uso da raça como critério de admissão no ensino superior. Lewis F. Powell desempatou o julgamento. Ao mesmo tempo em que julgou constitucionais programas de ação afirmativa baseados em critérios raciais, considerou que a raça deve ser apenas “um” dos critérios de admissão e que, portanto, a utilização de cotas raciais rígidas violava a Décima Quarta Emenda¹⁶. Esse entendimento foi reforçado em junho de 2003, quando a Suprema Corte julgou o caso *Grutter vs. Bolinger et al*, da Universidade de Michigan, assentando a constitucionalidade da adoção da raça para ingresso na universidade, desde que seja apenas “um” dos critérios a serem considerados¹⁷.

Sendo o sistema de cotas apenas uma das modalidades de ação afirmativa dentre tantas que se pode lobrigar, por que o programa nacional apelou dramaticamente para ele, desprezando as outras opções, mesmo sabendo que sua adoção é criticada inclusive pela doutrina especializada? Por que um programa francamente inspirado no modelo norte-americano adota uma estratégia que por lá é considerada inconstitucional desde os estertores da década de 1970?

Devido às idiossincrasias do Brasil, o apelo a um programa exclusivamente baseado em cotas reflete mais uma necessidade do que propriamente uma opção. Há, basicamente, três objetos sobre os quais as políticas públicas de ação afirmativa atuam: a investidura, a admissão e o contrato administrativo: investidura em cargos públicos, admissão no ensino superior e contratos com a Administração Pública. Para cada um deles há um instituto próprio: o concurso público, o exame nacional e a licitação pública, todos baseados exclusivamente na meritocracia. Assim, o espaço para a adoção de outras modalidades de ações afirmativas é realmente estreito quando o exame de admissão é baseado em um critério único e impessoal.

Exames de admissão são tradicionalíssimos no Brasil, mas não são exclusividade local. Na China, um esquema que teve início em 206 A.C. e existiu até 1912, exigia do candidato a servidor público que passasse por rigorosos exames

¹⁶Disponível em <http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1977/1977_76_811/>. Acesso em: 25.06.2014.

¹⁷Cf. KAUFFMAN, Roberta Frago Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 201-206; BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005, p. 10-15.

escritos. O concursando era identificado por um número, para garantir o anonimato e evitar o apadrinhamento. Cada avaliação era corrigida por três pessoas diferentes. A concorrência era grande, chegando a 110 para 1, nas vagas mais disputadas¹⁸. No Brasil, a Constituição de 1824 já mencionava, no artigo 179, XIV, a necessidade de admissão para cargos públicos pelos talentos e virtudes. Todas as Constituições que lhe seguiram mencionaram a exigência de concurso público para a investidura em cargos públicos. O primeiro caso concreto remonta a 04 de outubro de 1831, quando uma lei estabeleceu critérios para a contratação de pessoas para trabalhar no Tesouro Público Nacional e nas Tesourarias das Províncias, prevendo a realização de concurso com provas de gramática, escrituração, língua nacional, cálculo mercantil e beletrismo¹⁹.

Estados Unidos e Inglaterra também passaram por uma transição para a meritocracia. No século retrasado, havia tensão entre o mérito e as relações pessoais e políticas na admissão e promoção nas organizações em geral e na administração pública em particular. A expressão *spoil system* surgiu nos Estados Unidos e é atribuída ao Senador Marcy, que em discurso no Senado em 1832 pronunciou a frase “aos vencedores, os despojos”, referindo-se aos vitoriosos nas eleições e aos cargos na Administração Pública. Em 1831 o Presidente Garfield foi assassinado por um servidor descontente. Em 1885, um inquérito do Congresso norte-americano revelou que a maioria dos servidores públicos era corrupta e desqualificada, o mesmo valendo para a Inglaterra. Como consequência dessa constatação seguiu-se o *Civil Service Act*, em 1883, o mesmo acontecendo na Inglaterra ainda antes, em 1853. Em ambos, a iniciativa partiu da sociedade e o objetivo foi implantar uma filosofia de mérito nas contratações²⁰.

No entanto, o contraste entre o sistema de avaliação de mérito no Brasil e nos Estados Unidos é patente. Lá, os sistemas meritocráticos não selecionam as pessoas exclusivamente por concurso, mas também pelo desempenho comprovado em determinadas tarefas e pelo currículo, estabelecendo o que eles chamam de critérios de discriminação de mérito – *discriminatory merit criteria*. No Brasil, ao

¹⁸BARBOSA, Livia. **Igualdade e Meritocracia**: A ética do desempenho nas sociedades modernas. 4ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 29.

¹⁹*Ibid.*, p. 50.

²⁰*Ibid.*, p. 64.

contrário, o concurso público e o vestibular tornaram-se elementos paradigmáticos na legitimação da meritocracia. Existe na sociedade brasileira uma relação de identidade entre o sistema meritocrático e instrumentos democráticos em sua filosofia básica, como é o caso do concurso público, que passa a ser um símbolo de neutralização de influências do nepotismo e do fisiologismo dentro das organizações públicas. Esse metabolismo cultural fez surgir entre nós uma meritocracia baseada no critério de limites mínimos – *threshold merit criteria*²¹.

De fato, por aqui não há entrevistas com o candidato. Relações pessoais e contatos profissionais não só não são admitidos, como foram banidos nestes procedimentos, cuja razão preponderante de ser foi justamente pôr cobro ao Estado patrimonialista brasileiro, com seu rol de privilégios hereditários, sinecuras, prebendas e veniagas. Por isso, foram excluídos contatos pessoais diretos para afastar essas áreas do domínio do *jeitinho brasileiro*²². A análise de currículos, quando existe, foi transformada numa avaliação de títulos, com pontuação adremente atribuída. O talento excepcional no esporte, a expertise em qualquer área de nada valem. O sistema que vige aqui iguala a todos, desconsiderando sua trajetória de vida e seus sucessos anteriores. Apaga-se, metaforicamente, do registro público e material, o mérito individual dos desempenhos anteriores²³. É o princípio da igualdade aplicado de maneira radical.

Desse modo, torna-se complicado afirmar que a raça pode ser apenas um dos critérios de admissão, quando na verdade inexistente outro e o concurso público, bem como o exame de admissão para o ensino superior, baseiam-se em um critério único e exclusivo. Daí o apelo do legislador à reserva de cotas rígidas, sempre que quis beneficiar determinada categoria, como fez a Constituição no artigo 37, VIII, quando determinou a reserva de um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência. A reserva de vagas é uma maneira de se garantir às minorias o acesso a posições de prestígio social, sem abdicar da

²¹BARBOSA, Livia. **Igualdade e Meritocracia**: A ética do desempenho nas sociedades modernas. 4ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 50.

²²_____. **O Jeitinho Brasileiro**: A arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 47.

²³*Ibid.* p. 145.

natureza meritocrática dos certames, visto que a competição persiste dentro das vagas reservadas.

Portanto, a existência de institutos absolutamente impessoais, formatados em um critério único e rígido, baseado no mérito, como a licitação, o concurso público e o exame nacional de acesso ao ensino público superior, foram determinantes para que preponderasse no Brasil o modelo de ações afirmativas baseado quase que exclusivamente no sistema de cotas fixas. A seguir, serão analisadas as categorias eleitas como beneficiárias dessas cotas em sua dupla qualidade, a racial e a social.

4.3 Cotas sociorraciais: a pobreza como critério de representação de minorias

As políticas de ação afirmativa inicialmente tencionavam criar um programa de cotas raciais. Em que momento e por que razão este roteiro previamente traçado convergiu para uma política social em prol dos menos favorecidos? De fato, houve uma transmutação de cotas raciais para cotas sociorraciais, assim, amalgamadas, mas com franca prevalência do social sobre o racial.

Razões para a criação de um sistema de cotas raciais em favor de negros e índios sempre existiram. Há um flagrante débito da nação para com essas minorias. Quando o Brasil deu os primeiros passos para a independência, vozes como a de José Bonifácio de Andrada e Silva clamavam pelo fim da escravidão. À maioria dos políticos da época, porém, pouco incomodava a contradição entre liberalismo político e escravatura; eram escravocratas, em sua maioria, e o Manifesto da Independência do regente Dom Pedro I iniciava acusando a metrópole de tramar contra a colônia para emancipar seus escravos. A década de 1820 experimentou um pico no comércio de escravos, com a importação de 430 mil cativos africanos: nove em cada dez escravos que chegaram às Américas, mais do que em qualquer outra colônia do

mundo, em qualquer tempo. Jamais outro sistema escravagista sustentara a demanda por escravos nesse nível²⁴.

Por volta de 1865 o Brasil era uma anomalia política, social e econômica nas Américas: uma monarquia hereditária, forjada sobre a bandeira real da dinastia portuguesa, sustentada por uma economia agrícola latifundiária dependente da escravidão. A Guerra do Paraguai deu novo ânimo às correntes abolicionistas. À míngua de voluntários, o Império teve de recorrer ao recrutamento de escravos, oferecendo a liberdade em retribuição. Quando, em 1887, o Exército foi incumbido de caçar escravos fugidos, os oficiais, reconhecendo que muitos escravos demonstraram-se excelentes combatentes, se recusaram a fazer o trabalho ignominioso de capturar negros. A guerra dera uma reputação às Forças Armadas, cujos oficiais lutaram ao lado dos escravos recrutados, tornando-os receptivos às ideias abolicionistas e republicanas²⁵.

A abolição da escravatura por estas plagas foi um fracasso do ponto de vista social. Ela não trouxe a transformação social e econômica esperada por muitos abolicionistas. Em 1888, o Brasil continuava a ser uma economia agrária, de relações pessoais paternalistas e com rígida estratificação social, o que dava aos proprietários de terra o monopólio político e social. O sociólogo Florestan Fernandes lembra que muito se falou, à época da abolição, sobre a indenização dos ex-proprietários de escravos, mas absolutamente nada se disse sobre a indenização dos próprios escravos libertos. O resultado é que os negros e mulatos alforriados viram-se submetidos a uma economia de subsistência e às piores condições de vida nas grandes cidades²⁶.

A forte emigração de força de trabalho europeia que se seguiu ao fim da escravidão também não contribuiu para a situação dos escravos libertos. Ela foi recebida como uma “nova infusão de sangue” a permitir um país mais “branqueado”,

²⁴DRESCHER, Seymour. **Escravidão** – Uma história da escravidão e do antiescravismo. Tradução: Antônio Penalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011, p. 275-277.

²⁵SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 37-50.

²⁶SCHWARCZ, Lília Moritz. A questão racial brasileira vista por três professores: Florestan Fernandes, João Batista Borges Pereira, Oracy Nogueira. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p. 169-179, dez/fev. 2005-2006, p. 174. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/68/14-florestan-joao-oracy.pdf>>. Acesso em 02.02.13.

ao modo dos europeus²⁷. Os escravos foram abandonados à própria sorte. Não houve uma política estatal para assimilá-los economicamente à sociedade. Sobre esse assunto, Gilberto Freyre afirmou:

[...] o Treze de Maio [foi] uma lei a que não se seguiu um imediato esforço sistemático para essa integração através de uma objetiva preparação do negro livre para esse novo *status*. Para o *status* de brasileiro livre. Grande número de escravos de repente livres que vieram para as cidades, de áreas rurais, sem ofícios que os equipassem para se formarem social e economicamente em meios urbanos. Sem instrução. Desprezados por particulares, pelo Estado, pela Igreja. Párias. Párias dos quais foram descendendo, quase sempre, outros párias, sem oportunidades para sua ascensão econômica, social, política e cultural²⁸.

As consequências desse abandono se fazem sentir até hoje. Pesquisa sobre o preconceito racial no Brasil, feita pelo Instituto Datafolha em 1995 e publicada pela Folha de São Paulo, à época, revelou que o mercado de trabalho e os bancos escolares estavam perpetuando e ampliando o fosso social e econômico que separava negros e brancos brasileiros. De acordo com a pesquisa, 7% dos negros tinham renda superior a 20 salários mínimos – o equivalente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) na época – enquanto, entre os pardos, esse percentual correspondia a 10%, e 17% entre os brancos. 70% dos negros e pardos estavam na base da pirâmide social. Apenas 3,96% dos negros chegavam à faculdade. Dentre os pardos, esse percentual era de 6%²⁹. O IDH, índice que mede o desenvolvimento humano, medido em 1997, no Brasil, alcançou 0,663 para negros e 0,784 para brancos, colocando o país em 108º lugar no primeiro caso e em 43º no segundo. Esses dados refletem no índice de mortalidade infantil – 37/1000 para brancos e 62/1000 para não brancos – e no de alfabetização – 92% para brancos e 72% para não brancos³⁰.

Então, as razões da opção por cotas sociais não devem ser buscadas na falta de legitimidade das cotas raciais, mas no tipo de benefício que se pretendeu conferir. As posições de prestígio social, os contratos administrativos e os cargos públicos se encontram ao abrigo de uma tríade de programas meritocráticos

²⁷ DRESCHER, Seymour. **Escravidão** – Uma história da escravidão e do antiescravismo. Tradução: Antônio Penalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011, p. 530.

²⁸ FREYRE, Gilberto. **O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX**. 4ª Ed. São Paulo: Global Editora, 2010, p. 36.

²⁹ BIANCARELLI, Aureliano. 70% dos negros estão empregados, mas a metade ganha até R\$ 200. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 1995. Especial. Racismo Cordial. P. 7. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismo07.pdf>>. Acesso em: 16.02.2013.

³⁰ IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133.

baseados na impessoalidade: concurso público, licitação pública e exame de admissão para universidades públicas. De tão prestigiados, estes três institutos encontram previsão expressa na Constituição: o artigo 37, II, diz que a investidura em cargo ou emprego público dependerá de prévia aprovação em concurso público; o artigo 37, XXI, aduz que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas pela Administração Pública mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes; o artigo 208, V, afirma que o acesso aos níveis mais elevados de ensino dar-se-á segundo a capacidade de cada um.

O procedimento adotado em exames e concursos tem como nota essencial a impessoalidade no acesso às posições concorridas. Por isso, a identidade do concorrente é preservada ao máximo, para evitar quaisquer favorecimentos. Portanto, à exceção das provas orais em um ou outro concurso público, é praticamente improvável que o avaliador saiba a cor e a raça do candidato. Nessa circunstância, argumenta-se, é virtualmente impossível que alguém seja discriminado em razão de sua raça, sexo ou qualquer traço físico desconhecido do avaliador.

O sistema meritocrático adotado, porém, não está imune a questionamentos. Acusam-no – não sem razão – de ser um modelo excludente. No entanto, essa exclusão não é determinada pelas características físicas dos candidatos, as quais o avaliador não tem acesso, mas pela sua condição social, pois quanto mais baixa for menos ele estará preparado adequadamente para concorrer. O problema é que o modelo meritocrático adotado baseia-se em um único critério: o de desempenho em testes de conhecimento. Assim, seus críticos acusam-no de criar uma verdadeira aristocracia de diplomas. De instrumento de combate a privilégios e de prevenção a discriminações, corre o risco de transformar-se em um instrumento de alienação social. A esse respeito, veja-se o escólio de Lívia Barbosa:

[...] como a meritocracia se baseia na seleção e premiação dos melhores por meio da avaliação dos desempenhos individuais, ela termina por gerar desigualdades funcionais que historicamente estão se tornando sociais. Ou seja, ocorre uma transformação da lógica meritocrática, que de uma forma de combater privilégios e injustiças se converte numa ideologia que confere honra, *status* e prestígio excessivos a determinados indivíduos em virtude de seus méritos e reserva punição severa para outros em consequência de seus fracassos. De mecanismo de combate à discriminação social no passado, a meritocracia se torna o critério de discriminação social das

sociedades modernas. Temos assim um paradoxo. Embora assentada no princípio da igualdade, o desenvolvimento histórico da meritocracia torna esse princípio irrealizável, produzindo descontentamento no seio de todos os grupos avaliados – mesmo aqueles que se encontram nas posições mais elevadas³¹.

Assim, esses testes de conhecimento, ao invés de refletir com idoneidade o mérito estão repetindo padrões de desigualdade social. É que, para funcionar em bons termos, o concurso universal necessitaria de uma igualdade à partida difícil de garantir na prática, ou seja, que todos os competidores iniciassem a disputa com paridade de armas³². Do contrário, sequer é possível afirmar que o critério meritocrático favoreça as mentes mais talentosas e perseverantes, porque o meio social, especialmente o familiar, bem como as condições econômicas, exercem uma influência preponderante.

Nos Estados Unidos – e o programa de ação afirmativa é uma rara exceção – circunstâncias pessoais trágicas como pobreza, desemprego, divórcio, orfandade, etc. não são consideradas para fins de avaliação de desempenho e quando o são, servem mais para reforçar o valor das conquistas alcançadas com o esforço individual, como um *plus*, ilustrando a capacidade de superação das condições desfavoráveis pela força de vontade e determinação – o *self-made man*.

No caso do Brasil, historicamente a sociedade sempre percebeu o desempenho individual como algo que é antes fruto do ambiente e das circunstâncias em que atua o sujeito do que do talento inato, da habilidade desenvolvida e do esforço pessoal. Por esse critério, o desempenho individual sofre as intempéries de três fatores distintos: a posição social do indivíduo (rico, pobre, remediado); a deficiência estrutural (escola não funciona, condições de trabalho precárias, serviço público não existe, serviço de saúde ruim); e problemas pessoais (problemas familiares, estado psicológico, estado de ânimo etc.)³³.

A barreira social que impede que candidatos pobres ocupem as vagas dos cursos universitários de maior prestígio social ou galguem os melhores cargos públicos alberga dois dos três requisitos acima: posição social desfavorável e

³¹BARBOSA, Livia. **Igualdade e Meritocracia**: A ética do desempenho nas sociedades modernas. 4ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 35.

³²DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p 347.

³³BARBOSA, Livia. *op. cit.*, p. 42,69.

deficiência estrutural do ensino público. Por outro lado, em relação às cotas raciais, existe, no Brasil, uma classe média mestiça com número razoável de brasileiros e com acesso a boas escolas privadas. Isso provocou, de chofre, uma resistência tenaz à ideia de que o sistema de cotas viesse a prestigiar negros e pardos de classe média. Assim nasceram as cotas sociorraciais, destinadas aos negros, índios e pardos de baixa renda.

No âmbito das universidades, desde o início foi nítida a intenção de mesclar as cotas raciais com o componente social relacionado à baixa renda. Em 2002, a Universidade do Estado da Bahia anunciou que reservaria 40% das vagas dos seus cursos para candidatos negros. No mesmo ano, foi criada a Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), que já nasceu destinando metade de suas vagas para pessoas de baixa renda. Em 2003, o Rio de Janeiro aprovou as Leis n. 3.524 e 3.708, destinando, respectivamente, metade das vagas para alunos egressos de escolas públicas e 40% para negros e pardos, na UERJ e na Universidade Estadual do Norte Fluminense.

A Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispôs sobre o sistema de cotas para o acesso às universidades federais e instituições federais de nível técnico, adotou definitivamente o modelo de cotas sociorraciais, atribuindo um papel secundário ao critério racial. A lei destina ao programa de cotas metade das vagas disponíveis para o ensino superior, a ser preenchida por quem estudou todo o ensino médio em escola pública – uma clientela majoritariamente de baixa renda. Metade das vagas destinadas ao programa – ou seja, um quarto do total – é para estudantes de escolas públicas oriundos de famílias com renda de até um 1,5 salários-mínimos. O mesmo vale para as escolas técnicas, cujas vagas, na mesma proporção, foram destinadas a quem estudou todo o ensino fundamental em escola pública, metade das quais para estudantes com renda familiar de 1,5 salários-mínimos.

O critério racial entra na lei de modo visivelmente secundário, pois todas as vagas reservadas serão distribuídas entre pretos, pardos, indígenas e brancos – estes últimos, não mencionados, participam tacitamente, por exclusão – em proporção no mínimo igual à dessas categorias na população do Estado onde a instituição de ensino estiver instalada, medida de acordo com o último censo do

IBGE. A Lei n 12.990/2014, que criou a reserva de vagas para negros nos concursos públicos do Poder Executivo da União, restituiu a concepção original de um sistema de cotas exclusivamente racial.

A objeção às cotas sociais, passível de ser suscitada, é que os pobres não se enquadram na condição de *minorias*. É sabido que pobreza e grupos minoritários integram o que John Rawls, ao tratar do princípio da diferença, chamou de *categorias menos favorecidas*. De acordo com Rawls, não é necessário definir pesos para distinguir a categoria menos favorecida daquela mais favorecida. A resposta será intuitiva, pois a categoria *menos favorecida* é aquela que sempre tem uma quantidade menor de cada bem primário de tipo social distribuído desigualmente: riqueza, rendas, direitos e prerrogativas de autoridade³⁴. Todavia, embora também seja categoria menos favorecida, falta à pobreza o *ethos* que qualifica as minorias.

Os indivíduos que compõem as minorias são vítimas de preconceito não em razão da posição social em que se encontram, mas em razão de uma marca característica que os distingue. Pode ser a cor da pele, a raça, a etnia, a origem, o sexo, a orientação sexual ou outra, o importante é que esta marca os define, molda suas atitudes, nutre seus sentimentos, reflete-se em suas realizações, em suas manifestações culturais e lhes dá a sensação de pertencimento a um determinado grupo ou comunidade. A pobreza não possui esse elã que impulsiona as minorias.

Nem mesmo o fato de também haver discriminação contra pessoas pobres faz desse grupo uma minoria. Ninguém, por exemplo, irá maldizer as minorias como se costuma maldizer a pobreza. As minorias devem ser preservadas e não erradicadas. Erradicar a pobreza é um dos objetivos fundamentais da república brasileira, inscrito no artigo 3º, III, da Constituição. Ninguém em sã consciência iria defender a erradicação do gênero feminino, de outra raça, de homossexuais, de nordestinos ou de outras minorias, como se propõe seja erradicada a pobreza. A diferença entre pobreza e minoria é que aquela se combate através da inclusão social, enquanto esta necessita não só de inclusão social, mas de reconhecimento.

³⁴RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 111-112; GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 23.

Trata-se do precitado caráter bidimensional da justiça, o qual distingue a redistribuição do reconhecimento. A primeira procura enfrentar a desigualdade econômica, ao passo que a segunda visa a combater a injustiça cultural, resultante dos preconceitos e padrões discriminatórios³⁵. É o que parte da doutrina identifica como redistribuição econômica, de um lado, visando à redução da desigualdade e o afastamento da pobreza, e redistribuição de reconhecimento, doutro, almejando à diminuição da desigualdade de reconhecimento e o afastamento da ausência de reconhecimento³⁶.

Um sistema de cotas sociais, baseado na renda familiar, considera o critério exclusivamente econômico. Ao se atar o sistema de cotas à faixa de renda, prestigia-se exclusivamente a política de redistribuição em detrimento da política de reconhecimento. As cotas sociais são unidimensionais, ou seja, elas visam somente à redistribuição de bens e haveres e ignoram completamente a ideia de reconhecimento. O reconhecimento trabalha com a noção de *presença institucional* e a criação de *personalidades emblemáticas*. Acontece que uma pessoa pobre jamais atenderá a esses critérios. Conquistado determinado espaço para se fazer representar, em que medida essa pessoa continuará pobre? E mais, em que medida se deseja que ela preserve essa condição? Um sujeito nomeado para ministro de um tribunal superior por ser pobre – dentre outros inúmeros atributos profissionais – de imediato deixará de sê-lo quando empossado no cargo, portanto, não representa mais essa condição.

Não há, evidentemente, nenhum problema em se querer beneficiar a população de baixa renda com um programa destinado a dar-lhes acesso ao ensino superior e técnico. No entanto, cotas sociais não são políticas públicas de ação afirmativa em favor de minorias, pois estas não se resumem a uma questão de ascensão social. Um programa de cotas sociais pode ser enquadrado pura e simplesmente na categoria de assistência social, nos mesmos moldes em que são concebidos outros programas assistencialistas voltados ao combate à pobreza e visando à inclusão social. No caso do programa brasileiro, porém, por se tratar de um critério misto, ele não perde essa condição de ação afirmativa, pois envolve os

³⁵PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

³⁶IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78-79.

dois elementos, raça e condição social. A intenção foi direcionar as vagas reservadas à parcela pobre das minorias raciais que se pretendeu ajudar.

Por que justamente o sistema de cotas raciais amalgamou-se com as cotas sociais? Se, porventura, um programa de cotas fosse endereçado às mulheres ou aos homossexuais seria improvável que alguém sugerisse que ambos deveriam pertencer a famílias com renda de até 1,5 salários-mínimos. Duas razões explicam isso. A primeira é a resistência de uma parcela da população à ideia de que existe preconceito racial no Brasil. A ideia avoenga de que no Brasil não existe preconceito racial disseminou-se de tal modo que a simples menção a uma política racial desperta reações contrárias a ponto de o programa de cotas raciais convergir para outro de cotas sociorraciais, pois parece mais fácil para muitos imaginar que o preconceito é apenas contra pobres e não contra negros.

A outra explicação, compartilhada inclusive pelos que acreditam na existência de preconceito racial no Brasil, é que o preconceito de marca, que é o tipo de preconceito vivenciado aqui, faz com que o preconceito racial assuma a forma de preconceito de classe, em razão da coincidência entre essas duas categorias, pobres e negros, de modo que a luta do grupo discriminado termina por se confundir com a luta de classes³⁷. Darcy Ribeiro, por exemplo, afirmou que o preconceito de classe, opondo pobres e ricos no Brasil, é maior do que o preconceito racial, que opõe negros e brancos³⁸.

Assim, os brasileiros de mais nítida fisionomia racial negra, apesar de concentrados nos estratos mais pobres, não atuam social e politicamente motivados pelas diferenças raciais [...]. Não é como negros que eles operam no quadro social, mas como integrantes das camadas pobres, mobilizadas todas por iguais aspirações de progresso econômico e social. O fato de ser negro ou mulato, entretanto, custa também um preço adicional, porque, à crueza do trato desigualitário [sic] que suportam todos os pobres, se acrescentam formas sutis e desabridas de hostilidade³⁹.

³⁷ NOGUEIRA, Oracy. Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, jun. 2007, disponível em <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/index.php/edicoes-anteriores/22-volume-19-numero-1->>, acesso em 13.08.2013, p. 303.

³⁸ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 216-217.

³⁹ *Ibid.*, p. 216.

Esse “preço adicional” pago pelo negro pobre também foi observado por Gilberto Freyre, para quem, mesmo entre a classe pobre atuam influências desfavoráveis ao sucesso e ao triunfo social do negro. Mas Freyre reconhece que as cidades brasileiras passaram a conservar favelas nos morros ou nos mangues, onde vive uma população carente, coincidindo essa baixa condição material com as condições de raça e de cor em decorrência da escravidão, de modo que essa divisão de classes e não de raça é a que se mostra mais viva entre os brasileiros⁴⁰.

Segundo Bastide, o preconceito de cor se identifica com o de classe, a cor desempenhando o papel de símbolo visível da posição do sujeito na escala social. A exceção do negro bem situado socialmente é rara demais para solapar esse símbolo. Tão rara que é vista com espanto e admiração. A ascensão social do negro se dá sob a forma de infiltração: uma gota negra após outra, passando lentamente pelo filtro dos brancos. Assim, é tão imanente essa ligação entre pobreza e cor negra que quando algum entrevistado tentava oferecer a Bastide exemplos de preconceitos em geral, apresentava apenas ilustrações de preconceito de classe e não de raça⁴¹.

Essa identidade entre raça e pobreza legitima e autoriza um programa de ação afirmativa destinado a negros pobres. Como afirmou Florestan Fernandes:

[...] a desigualdade econômica e de nível de vida entre as camadas sociais poderá oferecer novos pontos de referência para a elaboração do significado da cor e das diferenças raciais como símbolos sociais. As “tendências emergentes”, como gostaríamos de chamá-las, já apresentam algumas facetas relativamente nítidas. Assim, nota-se que a esfera mais afetada pelas transformações recentes é antes a discriminação econômica e social, com base na cor, que a do preconceito de cor propriamente dito. [...]⁴².

As cotas sociorraciais atendem à dupla finalidade das ações afirmativas, que é o reconhecimento de identidades e a redistribuição econômica. A camada de negros pobres representa o maior contingente dessa minoria racial, de modo a merecer um tratamento próprio.

⁴⁰FREYRE, Gilberto. **Sobrados & Mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 15ª ed. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 785, 807-808.

⁴¹BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Brancos e Negros em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 155, 166, 223.

⁴²*Ibid.*, p. 151.

É importante salientar, porém, que o oposto tampouco é menos verdadeiro. A opção política por um sistema de cotas raciais, como fez a Lei n. 12.990/2014 para determinados concursos públicos, é igualmente legítima. Como disse Oracy Nogueira, em razão da concentração de sujeitos com certas marcas raciais (negros e pardos) em determinadas camadas sociais (pobres), os preconceitos de classe e de raça ou cor tendem a coincidir, mas são coisas especificamente diferentes⁴³. Se o preconceito de cor e o de classe se confundem em um grande número de casos, seria possível generalizar esse fenômeno? Perguntado sobre isso, Roger Bastide redarguiu que o preconceito de cor pode prevalecer sobre a classe (preconceito contra negros ricos) e concluiu que existem ambos, estão entrelaçados e a verificação de um, não nega o outro⁴⁴.

Imaginar o contrário seria supor que só há preconceito racial contra o negro pobre. Ora, se o branco e o negro pobre não calçam pelo mesmo pé, tampouco o branco e o negro ricos estão a ouro e fio. Um negro rico não estará imune ao preconceito ou à discriminação racial no ambiente em que vive e nas relações sociais cotidianas. Ele pode até rivalizar socialmente com um branco pobre, mas não pode pleitear parselhas com um branco do mesmo nível social. Brancos e negros não se afinam no mesmo diapasão, pois o preconceito racial continua agindo dentro de cada classe, de modo que para seis de um, há seis dúzias de outro. Desse modo, programas destinados a negros pobres se legitimam em razão da identidade entre cor e pobreza, mas não desautorizam outras ações afirmativas exclusivamente raciais.

Do exposto, deduz-se que a preferência das políticas públicas de ação afirmativa no Brasil pelo sistema de cotas rígidas nasce do fato de que o benefício que se pretende conferir, que é o acesso ao ensino público superior e técnico e aos cargos e empregos públicos efetivos, é feito através de certames baseados única e exclusivamente na pontuação em teste de conhecimento, de sorte que o elemento raça não pode ser apenas mais um dentre tantos outros critérios quando só existe um.

⁴³NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca**: As relações Raciais em Itapetininga. São Paulo: Edusp, 1998, p. 243.

⁴⁴CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 200.

Por outro lado, tanto as cotas raciais quanto as cotas sociorraciais são legítimas e justificáveis, tratando-se de uma opção política. A inclusão do elemento social no sistema de cotas raciais encontrou ampla aceitação naquela parcela da população que rejeita a ideia de que existe preconceito racial no Brasil. No entanto, a explicação para essa inclusão está no fato de que os certames de admissão para ingresso no ensino público superior baseiam-se em provas de conhecimento, com critérios impessoais, cuja premissa é o desconhecimento, por parte do avaliador, das características do candidato. Assim, o maior empecilho ao acesso a essas vagas está na classe social e não na raça.

Acresça-se a isso, o fato de que no preconceito de marca, a cor e a condição social se confundem, de modo que o preconceito racial assume a forma de um preconceito social e a luta contra a discriminação se confunde com a luta de classes. Não obstante, embora haja coincidência entre ambos, não há identidade entre preconceito racial e de classe, de modo que uma política exclusivamente voltada ao combate à discriminação racial também é plenamente aceitável.

Feitas estas considerações, demonstrar-se-á, a seguir, como o programa brasileiro de ação afirmativa se expressa juridicamente, ou seja, qual é a estrutura de suas normas jurídicas. Essa análise é relevante na medida em que revelará as adaptações de um programa estrangeiro às peculiaridades nacionais e os questionamentos que se pode extrair do conteúdo dessas normas.

4.4 O conteúdo jurídico das ações afirmativas

Este capítulo destina-se a examinar as cotas raciais em sua expressão jurídica. Como afirmou Bobbio, “a melhor maneira de se aproximar da experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um *conjunto de normas* [...] a experiência jurídica é uma experiência normativa⁴⁵”. Por isso, serão apresentados enunciados abstratos sobre cotas, suas normas jurídicas, bem como os desafios de ordem constitucional que elas suscitam. A observação

⁴⁵BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3.

analítica dessas normas permitirá isolar cada um dos imbróglis jurídicos que as cercam. Perceber-se-á, então, que alguns pontos que aparentam representar um debate menor no âmbito do direito e que pareciam relegados a um papel normativo secundário estão destinados a dominar o debate jurídico sobre o tema.

4.4.1 As normas jurídicas sobre cotas

Objetiva-se, aqui, esclarecer como um sistema de cotas raciais se expressa juridicamente. Essa expressão se dá através de enunciados normativos, como é cediço. Da decomposição das normas jurídicas que resultam desses enunciados, extraem-se os problemas analisados a seguir.

Um enunciado normativo compreende a expressão linguística, extraída de um ou mais dispositivos legais ou constitucionais. São as frases que compõem o dispositivo e que expressam uma formulação jurídica deontológica. Dispositivos são os preceptivos legais, constitucionais, fragmentos de legislação representados por artigos, incisos, parágrafos etc. que, isolados ou combinados, encerram um enunciado normativo, que é uma prescrição jurídica carente de interpretação. Norma é o significado do enunciado, é o produto da interpretação do enunciado normativo, em sua interação com os fatos da causa⁴⁶. Assim, dois ou mais dispositivos combinados podem gerar um único enunciado normativo, do qual, por sua vez, é possível extrair uma ou mais normas⁴⁷.

Como saber quantas normas um enunciado expressa? Dependerá do seu contexto. Enunciados normativos assumem a forma deôntica. Mesmo quando não se expressam como um enunciado deôntico, como quando assumem a forma de um enunciado imperativo ou de um enunciado indicativo, será possível saber se esses

⁴⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54, 104.

⁴⁷Humberto Ávila chama o enunciado de dispositivo e não faz distinção entre ambos [ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30]. Luís Roberto Barroso faz claramente essa distinção: enunciado normativo corresponde a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. [BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194].

enunciados expressam mais de uma norma se for possível convertê-los em enunciados deônticos⁴⁸.

Suponha-se o seguinte enunciado normativo: cinquenta por cento das vagas nas universidades federais destinar-se-ão aos candidatos negros e pardos, assim considerados os que declararem essa condição. Esse é um enunciado indicativo, sem expressão deôntica. Entretanto, é possível convertê-lo em duas expressões deônticas: uma expressão deôntica simples e outra em sua modalidade complexa “tem direito a...”. Assim, é possível extrair desse enunciado, não uma, mas duas normas distintas. 1ª norma: Negros e pardos *têm direito a* uma quota de 50% das vagas nas universidades federais; 2ª norma: para concorrer à reserva de vagas o candidato deverá se autodeclarar negro ou pardo. Há, portanto, duas normas jurídicas: a que cria a cota e a que estabelece a condição para se inscrever nela. Até seria possível obter uma única norma, e.g. “todo aquele que se autodeclarar negro ou pardo *tem direito a* concorrer com exclusividade à metade das vagas nas universidades federais”. Todavia, essa norma não atenderia à finalidade das políticas de ação afirmativa, que é precipuamente favorecer os afrodescendentes e não simplesmente àqueles que se declararem como tal.

Das duas normas citadas acima, a primeira delas, que cria as cotas, indicará os beneficiários, o benefício e o percentual de vagas reservadas. Ela suscita os seguintes questionamentos de ordem constitucional:

- a. A existência das cotas é admissível juridicamente?
- b. Cotas universitárias vão de encontro ao mérito?
- c. A categoria beneficiada pode ser escolhida por critérios sociais ou raciais?
- d. O percentual fixado como cota é razoável?

Sobre a segunda norma, a que define os critérios para se ter acesso às cotas, é fato que nem todas as ações afirmativas carecem dela. Aquelas cujos beneficiários são perfeitamente identificáveis dispensam essa construção binária, satisfazendo-se

⁴⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 55-57.

com a primeira norma. É o caso da reserva de vagas em favor das mulheres. No entanto, há casos em que esta segunda norma é fundamental porque não existe um padrão certo e inquestionável que confira segurança acerca do pertencimento de alguém a certa categoria. Afinal, como comprovar a raça, a etnia ou a orientação sexual? Há casos, inclusive, em que o que está em xeque é a gradação, e.g., a miopia, a visão monocular e a cegueira são equiparáveis, para fins de definir o acesso às cotas?

São os parâmetros acima que a segunda norma está destinada a esclarecer e – bem se vê – podem levar a questionamentos tão acerbos quanto os da primeira norma. A matéria está longe de ser uma questão juridicamente secundária, porque ela lida diretamente com a identidade das pessoas. Como disse Zygmunt Bauman, identidade é uma ideia inapelavelmente ambígua, uma arma que pode ser utilizada pelo indivíduo contra a comunidade; pela comunidade, contra a ameaça de assimilação por um grupo maior; e pelo grupo maior e mais forte, argumentando que não se deve valorizar essas diferenças. Então, o cenário da identidade é o campo de batalha política e ideológica; identidade é um “conceito altamente contestado”⁴⁹.

Do ponto de vista da relação sintática, que estabeleça entre ambas uma ordem de relevância, a norma que cria as cotas pode ser chamada didaticamente de norma primária e a que estabelece os requisitos para se ter acesso às cotas, de norma secundária. Essa divisão foi utilizada primitivamente para separar as normas superiores, que continham o preceito, das inferiores, que previam a sanção – isso antes que Kelsen invertesse os polos dessa relação. Mas o modelo que se aplica aqui é o da relação inclusiva, nos termos prelecionados por Tércio Sampaio Ferraz: “se uma norma tem por objeto outra norma, ela é secundária; se tem por objeto a própria ação, é primária. Assim, normas secundárias são normas sobre normas”⁵⁰.

A norma que estabelece os requisitos para o acesso às cotas é uma norma secundária, porque seu objeto é a norma que cria as cotas. Tivesse ela a impertinência de pretender fornecer o conceito definitivo de negro, índio, homossexual, deficiente físico ou de outra minoria, dir-se-ia tratar-se de uma norma

⁴⁹BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 82-83.

⁵⁰FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão e dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123-125.

primária. Mas ela não tem esse ímpeto, nem quereria. Ela existe por e para a norma que cria as cotas, sem a qual sua existência seria despicienda. Ela não estabelece conceitos, mas condições. Movida por esse propósito, porém, ela segue comprimindo e esgarçando identidades, ao seu alvedrio.

Os questionamentos que a norma secundária suscita são:

- a. É justo estabelecer a cor da pele como critério único de acesso às cotas raciais?
- b. A identificação racial pode ser feita por terceiros sem ofender a dignidade do candidato?
- c. É razoável estabelecer como critério econômico, unicamente, o estudo em escola da rede pública?

O passo seguinte é analisar os principais dilemas sugeridos pela norma primária, o que será feito nos três tópicos a seguir; lembrando que eles já foram objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, que os considerou constitucionais. As questões pertinentes à norma secundária serão estudadas no próximo capítulo, juntamente com outras questões recentes que merecem consideração.

4.4.1 A criação de cotas de benefícios com propósitos igualitários

Da expressão “cotas raciais”, retire-se o adjetivo, que ocorre de ser mais importante que o substantivo nesse caso, e restará apenas a “cota”. É absolutamente natural que a lei dispense tratamentos diferenciados a categorias diversas de pessoas⁵¹. Diuturnamente, pessoas são classificadas em categorias que independem de sua própria escolha: por padrão de renda, nível educacional, local de moradia, país de origem, idade, sexo etc. Por princípio, toda norma jurídica discrimina. Sua natureza é categorizar pessoas e coisas. Isso, *a priori*, não fere o

⁵¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 12.

princípio da igualdade. A igualdade só é ferida se não for possível encontrar um fundamento razoável para a diferenciação; um fundamento que decorra da natureza das coisas ou uma razão objetivamente evidente para o tratamento diferenciado; em suma, quando a diferenciação for classificada como arbitrária⁵².

Celso A. B. de Mello dá algumas indicações. Ele afirma que é preciso apontar o que é adotado como fator de “desequiparação”, verificar se existe uma justificativa racional para o critério acolhido e, por fim, atribuir um tratamento jurídico especial em razão dessa desigualdade. Para ele, o agravo à isonomia não está na escolha de caracteres pessoais insuscetíveis de serem eleitos como fator de discriminação, mas na ausência de um vínculo de correlação lógica entre o fator erigido como determinante para a discriminação e a diversidade de tratamento atribuída em razão dessa diferença. Igualmente, a correlação lógica deve estar de acordo com os interesses constitucionalmente protegidos. Não é qualquer diferença que pode ser eleita como fator para discriminação; é preciso que haja compatibilidade com os interesses prestigiados pela Constituição⁵³. Assim, e.g. a discriminação a favor das pequenas empresas é constitucionalmente pertinente, mas aquela em favor de estrangeiros em desvalia dos nacionais não o é.

Ana Paula de Barcellos alertou ser “possível cogitar de situações nas quais o mesmo enunciado pode ser apresentado por partes em conflito, cada qual pretendendo extrair dele uma norma que atenda a seus interesses⁵⁴”. Políticas de cotas refletem esse conflito, na medida em que tanto seus defensores quanto seus opositores invocam o princípio da igualdade em seu favor. Trata-se do *paradoxo do princípio da igualdade* de que falou Alexy, para quem, se a intenção do princípio constitucional da igualdade é proteger a igualdade fática, haverá uma colisão entre a igualdade fática e a jurídica, pois aquilo que a vista da primeira promove a igualdade, a vista da segunda promove a desigualdade⁵⁵.

⁵²ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 403.

⁵³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15-21, 42, 43.

⁵⁴BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106.

⁵⁵ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 416-419.

Segundo Alexy, o enunciado geral do princípio da igualdade nem pode exigir do legislador que todos sejam tratados de forma absolutamente igual em todos os aspectos – algo que, além de impossível, seria especialmente indesejável –, tampouco pode valorar toda e qualquer diferenciação. “É necessário questionar ‘se’ e ‘como’ é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos⁵⁶”. Igualdade formal *versus* igualdade material, eis o paradoxo do enunciado da igualdade. Decidir quando é o caso de promover uma ou outra é a *clé de voûte* do enunciado geral do princípio da igualdade.

A igualdade pode estar relacionada ao ato ou às suas consequências. Relacionada ao ato, tem-se a igualdade formal; relacionada às consequências, a igualdade material⁵⁷. Uma norma para acesso à universidade, baseada exclusivamente no desempenho, está focada no ato em si e, como tal, decerto dispensa aos candidatos um tratamento formalmente igualitário. No plano das consequências, porém, o tratamento fático é desigual, porque o sistema exclusivamente meritório oferece maiores chances àqueles que tiveram acesso a condições financeiras e familiares auspiciosas.

O ideal seria renunciar totalmente ao modelo de igualdade jurídica formal? Não. A incomensurável diversidade fática frequentemente impõe o recurso a mais absoluta igualdade formal de tratamento, como quando se fixa um critério cronológico ou etário para se exercer um direito. Como afirma Dworkin, a lei não pode tratar as pessoas como indivíduos “distintos”, então promove uma igualdade jurídica, classificando-os. As regras pelas quais alguém é considerado eleitor, por exemplo, são fixadas por faixa etária, sem considerar o grau de maturidade individual⁵⁸.

Assim, devido à enorme diversidade fática existente entre as pessoas, não é possível descartar a igualdade formal. Com efeito, não há duas pessoas que sejam iguais em todos os aspectos. Na feliz expressão de Alexy, a igualdade fática é uma relação triádica: A é igual a B em relação à característica E₁; jamais A será igual a B

⁵⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 397.

⁵⁷*Ibid.*, p. 416.

⁵⁸DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 254.

em todas as características. Assim, a igualdade fática será sempre uma igualdade fática parcial.

[...] A igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências. Todo eleitor teria que ser eleito, e todo subordinado teria que ser também chefe. Todo vendedor teria não apenas o direito ao pagamento do preço da venda, mas também o dever de pagá-lo; etc. É também claro que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontra. Diferenças em relação à saúde, à inteligência e à beleza podem ser talvez um pouco relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais. A isso se soma o fato de que a igualização [sic] de todos, em todos os aspectos, seria, mesmo que possível, indesejável. A igualização [sic] de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado⁵⁹.

A igualdade jurídico-formal ganha no quesito simplicidade e segurança, porque está focada no ato e não despense tempo em infundáveis considerações sobre os efeitos desse mesmo ato. Ninguém há de negar que repartir um bolo para oito bocas em oito fatias iguais é bem mais simples que perder tempo em considerações sobre qual o quinhão do faminto e o do saciado. No entanto, para promover a igualdade formal, é preciso aceitar que as desigualdades materiais serão mantidas e até acentuadas.

O Estado promove a igualdade formal com frequência inaudita, e.g. quando fixa a idade mínima para se tornar eleitor, condutor, capaz, imputável, tudo isso sem considerar a igualdade material, que demandaria investigar o real grau de amadurecimento de cada pessoa, individualmente. Então, é impossível ter uma visão completa e um controle absoluto para a promoção da igualdade material⁶⁰. Assim, a igualdade formal é não só plausível, como necessária. Seu dilema é que, com ela, as desigualdades materiais não só são mantidas, como são acentuadas.

Assim, essa transição da igualdade formal para a material não se dá em todos os aspectos da vida, nem significa o ocaso da igualdade formal, que continuará a existir sempre que a política pública entender que é melhor nivelar as situações do que procurar atender às idiossincrasias. O contrário também é verdadeiro e sempre

⁵⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 396-397.

⁶⁰*Ibid.*, p. 399, 419.

que a nação entender que o melhor é promover uma igualdade material isso será legítimo. Assim, *a priori*, cabe à deliberação majoritária definir o espaço de expansão da igualdade material⁶¹. Deve-se ter em mente, apenas, que essa decisão legislativa não pode se revelar arbitrária na escolha das categorias ou na justificativa para o tratamento diferenciado, nem pode contrariar regras constitucionais.

No entanto, uma das valorações a que se submetem as normas jurídicas é saber se elas são justas ou injustas, algo que independe de sua validade ou eficácia. Questionar se uma norma é justa, significa considerar a existência de valores supremos, objetivamente evidentes, e indagar se a norma é idônea à realização desses valores⁶². O propósito do sistema de cotas é promover uma desigualdade formal a pretexto de promover a igualdade material. A suposição de sua injustiça resulta da concepção de que a nação não está na posição de decidir aquilo que considera justo e bom, segundo critérios que ela mesma estima⁶³.

Para Thomas Sowell, essa busca de igualdade material parte da concepção equivocada de “pessoas, no sentido abstrato”. Pessoas abstratas são iguais, embora as de carne e osso estejam longe de sê-lo. As desigualdades do mundo real têm sido causa de preocupação filosófica, como se a igualdade fosse algo tão natural e inato ao homem que sua ausência requeresse explicação. Muitas causas para essa desigualdade inexplicável foram sugeridas pela *intelligentsia* moderna como frutos de preconceito, machismo, racismo, globalização e quejandos. Contudo, poucos entendem necessário provar a existência de uma igualdade imanente ao homem a ponto de se tornar necessária uma explicação para a sua ausência. Por isso, Sowell conclui que a defesa que se faz da igualdade é a de uma igualdade em potencial e não a de uma igualdade empírica. Assim, ainda que essas pessoas abstratas sejam iguais na média, na grande agremiação humana esse potencial abstrato só existe até o momento da concepção. Apenas pessoas abstratas, vivendo em um mundo abstrato, podem ser consideradas iguais⁶⁴.

⁶¹BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 189.

⁶²BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25-26.

⁶³ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. São Paulo: Campus Jurídico, 2010, p. 115.

⁶⁴SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. Tradução: Maurício G. Righi. São Paulo: Realizações Editora, 2011, p. 179-187.

A concepção individualista da sociedade e da nação, compreendida a partir da doutrina dos direitos naturais, foi uma reação à vetusta concepção organicista, que via a sociedade como um todo, acima das partes. A concepção individualista foi uma conquista do homem, obtida a duras penas, pois era considerada fomentadora de discórdia, de desunião e de ruptura da ordem⁶⁵. É da contraposição entre o Estado garantidor das liberdades negativas e o Estado social que deriva o equilíbrio entre igualdade formal e material. Logo, essa relação varia segundo a visão que se defenda da filosofia do direito e do Estado⁶⁶. Portanto, é preciso observar como a nação se enxerga, quais são os seus objetivos, qual o modelo de Estado perceptível a partir de sua Constituição.

Após a Segunda Guerra Mundial, teve início um processo de multiplicação de direitos por especificação, que consistiu no aumento da quantidade de bens tutelados, na multiplicação dos sujeitos titulares de direitos e na consideração da diversidade de *status* do homem⁶⁷. A sociedade contemporânea é pluralista, prevalecendo a multiplicidade de cultura, de etnias, credos etc. em oposição ao antigo modelo de Estado nacional culturalmente homogêneo⁶⁸. A globalização pôs em evidência as diferentes culturas e reforçou o contato, dentro do Estado, entre seus diferentes povos, quando antes as nações tendiam a ver a si mesmas como étnicas e culturalmente homogêneas⁶⁹.

A Constituição Federal reflete essas ideias. Dedicou todo um capítulo aos índios, reconhecendo sua organização social, costumes, crenças, tradições e conferindo-lhes o direito de ação em defesa de seus interesses (art. 231). Às pessoas portadoras de deficiência, ofereceu assistência, saúde e garantia (art. 23, II), ao tempo em que conferiu aos entes federais competência para legislar sobre proteção e integração social delas (art. 24, XIV); também autorizou a adoção de critérios e requisitos diferenciados para as suas aposentadorias (art. 40, §4º, I; art. 201, §1º), um salário mínimo mensal em condições especiais (art. 203, V) e

⁶⁵BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª Ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 56-59.

⁶⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 420, 421.

⁶⁷BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p. 63-64.

⁶⁸HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 134.

⁶⁹SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 557-558.

educação especializada (art. 208, III). Em relação às mulheres, conferiu tratamento diferenciado quando entendeu necessário; e.g. determinou que o serviço militar não fosse obrigatório para elas (art. 143, §2º) e lhes conferiu uma licença maternidade maior que a de paternidade. Há todo um arcabouço legal protetor dos interesses das mulheres, como a Lei Maria da Penha, especializada em combate à violência doméstica. Pode-se dizer o mesmo das pessoas portadoras de deficiência. Os índios possuem uma fundação pública federal encarregada da proteção de seus interesses. Em relação à educação, o artigo 206 – topologicamente acima do artigo 208 – consagrou como princípios vetores do ensino público, a igualdade de condições para o acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática.

Nesse sentido, lobriga-se que a Constituição não cria obstáculos à adoção de políticas de grupo. Despida dos adereços, o que prevalece nas políticas de ação afirmativa é a consagração que elas fazem à igualdade material, algo que não é repudiado pela Constituição. Ao contrário, os objetivos que animam as políticas em favor das minorias surgem como princípios claramente valiosos para a Constituição⁷⁰. A força normativa da Constituição não está na eficiência de sua adaptação a uma realidade preexistente, mas na capacidade de ela mesma converter-se em força ativa sobre essa realidade. Ela não é apenas um reflexo das forças sociais e políticas que a moldaram, mas um veículo procurando ordenar e conformar a realidade sobre a qual atua⁷¹.

4.4.3 Os benefícios pretendidos com o sistema de cotas

Admitida a possibilidade de o direito atribuir tratamento diferenciado a categorias diferentes, interessa saber se a reserva de percentual de vagas nas universidades pode fazer parte dessa distinção. Nessa linha de consideração, ainda não importa a categoria beneficiada, mas, tão somente, saber se o benefício de reservar vagas nas universidades é legalmente viável.

⁷⁰GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 181.

⁷¹HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15; 19.

A Constituição Federal claramente contempla o sistema meritocrático quando aduz, no artigo 208, V, que o acesso aos níveis mais elevados de ensino dar-se-á segundo a capacidade de cada um. No entanto, o artigo 206, I, da Constituição, que está topologicamente acima do anterior, dispõe sobre a igualdade de condições para o acesso ao ensino. Portanto, não existe um direito inato que garanta o ingresso ao ensino público superior exclusivamente pelo mérito. Esse mérito, aliás, é relativo, pois depende de circunstâncias afortunadas que vão muito além da capacidade e persistência dos candidatos.

As cotas sociorraciais democratizam o acesso ao ensino superior, elevando diretamente as expectativas das categorias socialmente menos favorecidas e a Constituição Federal adotou a proteção dessas categorias quando traçou como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Poder-se-ia dizer que as ações afirmativas violam o princípio da igualdade se elas reduzissem as expectativas da categoria menos favorecida ou elevassem somente as expectativas das categorias mais favorecidas. No entanto, elevar as expectativas de todas as categorias (promoção do bem de todos) ou das categorias menos favorecidas não vai de encontro aos objetivos republicanos consagrados na Constituição, pois se trata do exercício de uma igualdade democrática⁷². Ainda que as ações afirmativas dificultem o acesso dos que não têm direito às cotas, a norma que reduz as expectativas da categoria mais favorecidas para beneficiar a menos favorecida não viola o princípio da igualdade. Os ricos não podem reclamar, por exemplo, que a criação de um imposto sobre grandes fortunas viola o princípio da igualdade. O que dizer, então, quando a diminuição das expectativas da categoria mais favorecida aumenta as expectativas da categoria menos favorecida? São as chamadas *expectativas excessivas*:

O esquema será injusto quando as expectativas mais elevadas, uma delas ou mais, são excessivas. Se essas expectativas diminuíssem, a situação dos menos favorecidos melhoraria. A medida da injustiça de um arranjo institucional depende de quão excessivas são as expectativas mais

⁷²RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91.

elevadas e até que ponto se apóiam na violação de outros princípios de justiça, por exemplo, a igualdade equitativa de oportunidades⁷³.

Nesse sentido, o critério exclusivamente baseado no mérito revela-se bem mais ofensivo ao princípio da igualdade do que se poderia imaginar, haja vista que ele constitui, para as categorias menos favorecidas, uma barreira praticamente intransponível para o acesso às universidades, especialmente para os cursos de alto prestígio social.

Finalmente, o sistema de cotas não elimina a meritocracia, apenas a flexibiliza. Há uma concorrência própria entre os candidatos às cotas e, ademais, trata-se apenas de um percentual, ficando as demais vagas destinadas à livre disputa dos candidatos, segundo a sua vocação à competição⁷⁴.

4.4.4 A escolha dos beneficiários

Admitida a constitucionalidade da instituição de cotas para o acesso às universidades, é o momento de se examinar a raça como critério eleito para definir a categoria beneficiária das cotas, uma questão deveras tormentosa. As pessoas que se insurgem contra o sistema de cotas o fazem, em sua maioria, não contra as cotas em si, nem contra o benefício que elas trazem, mas especialmente contra a categoria eleita como beneficiária delas. Prova disso é que vigora há décadas um sistema de cotas para deficientes físicos em concurso público sem que tenha provocado tantos questionamentos quanto os suscitados pelas cotas raciais. Tal fato revela que o pomo da discórdia não está na previsão de cotas em abstrato, nem nos benefícios que ela concede, mas na escolha de quais categorias serão favorecidas por ela.

Um equívoco assaz comum é arguir nesta etapa o elemento de indeterminação que a palavra raça representa, ou seja, a impossibilidade de se

⁷³RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 95.

⁷⁴ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 85-99, jul. 1996, p. 88, 99.

afirmar com segurança quem é negro no Brasil. Essa objeção deve ser reservada para apreciação posterior, quando da análise da norma secundária, que define os critérios para se ter acesso ao benefício. Antecipá-la é um erro, pois o que se discute aqui é, tão somente, se adotar a raça como critério – ou a etnia, o sexo, a orientação sexual – fere algum princípio. Não está em discussão, ainda, a dificuldade para se definir quem pertence à categoria eleita. Se houvesse cotas raciais para brancos e asiáticos, dificilmente alguém objetaria, logo de início, ser impossível definir quem é branco ou asiático. Provavelmente argumentaria que brancos e asiáticos não necessitam de cotas raciais. Então, este é o objeto da segunda etapa: discutir se há uma justificativa plausível para a criação desse benefício para negros, da mesma forma como se faria se a discussão envolvesse cotas para brancos ou asiáticos.

Os discursos contrários às políticas de ação afirmativa geralmente invocam em seu favor o artigo 5º da Constituição, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Invocam também o artigo 3º, IV, que consagra como objetivo da república a promoção do bem comum, sem preconceito de raça, origem, sexo, cor e idade. Antes de afirmar o que os precitados artigos são, deve-se afirmar o que eles definitivamente não são: eles não são a consagração da igualdade jurídica absoluta. Imaginar o contrário seria concluir que o direito deveria dispensar igual tratamento a infantes, adultos e idosos. O objetivo de consagrar uma igualdade formal renunciando à igualdade material é tão inalcançável quanto indesejável. Como afirmou Alexy:

O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. Mas o que isso significa? É fácil dizer o que isso não pode significar. Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. O legislador não apenas pode estabelecer o serviço militar somente para os adultos, penas somente para os criminosos, impostos baseados no nível de renda, assistência social somente para os necessitados e condecorações somente para os cidadãos distinguidos; ele tem o dever de assim proceder, se não quiser criar normas incompatíveis com sua finalidade (por exemplo: serviço militar para crianças), normas sem sentido (por exemplo: pena para todos), normas injustas (por exemplo: imposto *per capita*)⁷⁵.

⁷⁵ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 396.

Dito isto, é o momento de compreender o que esses dispositivos constitucionais de fato são. Foi mencionada anteriormente uma passagem de Bobbio, segundo a qual os direitos do homem, a partir do final da Segunda Guerra, desenvolveram-se na direção da multiplicação. Multiplicou-se a quantidade de bens considerados, com a passagem das liberdades negativas para os direitos políticos e sociais, os quais requerem uma participação ativa do Estado. O próprio homem deixou de ser considerado apenas como um ser em abstrato e passou a ser visto na diversidade de seu *status* social. Finalmente, houve a extensão da titularidade dos direitos, com a passagem do homem considerado singularmente para sujeitos diferentes, tais como a família, os grupos religiosos e as minorias étnicas⁷⁶.

Assim, quando a Constituição conclama, no artigo 3º, IV, a promoção do bem de todos, sem preconceito de raça etc. e o artigo 5º diz que todos são iguais perante a lei, essas normas não estão se referindo à titularidade do direito, mas à proteção da igualdade no exercício das liberdades negativas. Quando a Constituição proibiu, no art. 3º, IV, quaisquer discriminações em razão da cor, raça, sexo, idade e origem, ela quis proibir as *discriminações negativas* e não as *discriminações positivas*, tanto que começa o enunciado com a expressão “promover o bem de todos, sem preconceito” e termina com “e quaisquer outras formas de *discriminação*”.

A diferença entre discriminações positivas e negativas aqui referidas tem relação direta com duas concepções de igualdade: a igualdade relacionada ao respeito que se deve às pessoas, independente de sua posição social, e a igualdade relacionada à forma de distribuição dos bens e oportunidades. O enunciado do art. 3º, IV, está se referindo à igualdade relacionada ao respeito que se deve às pessoas, ou seja, aquele que garante iguais liberdades fundamentais a todos. Pode-se afirmar, a partir desse enunciado constitucional, e.g., que é preciso repudiar qualquer forma de escravidão ou racismo. É a essa forma de igualdade que o artigo 3º, IV, da Constituição se refere ao proibir que se dispense tratamento desigual em razão da raça, cor, idade, sexo ou origem. A igualdade relacionada à forma de distribuição dos bens e oportunidades diz respeito à distribuição de renda, riquezas e à estruturação de organizações e procura assegurar a distribuição igualitária dos

⁷⁶BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª Ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 62-64.

bens e a acessibilidade de todos aos cargos de autoridade e de responsabilidade⁷⁷. As políticas de cotas se referem a essa modalidade e o artigo 3º, IV, da Constituição Federal não a proíbe, absolutamente.

A despeito dos argumentos libertários contra esse tipo de atuação do Estado, deve-se levar em conta a linha de atuação política adotada pela Constituição do país. No caso do Brasil, é inegável que a Constituição propõe um modelo de Estado liberal-igualitário, conferindo um peso equivalente à noção de solidariedade. Nesse contexto, é evidente que a Constituição brasileira não se opõe às políticas de ação afirmativa, pois tem políticas semelhantes em favor de deficientes e mulheres. Fica patente, assim, que os pontos do sistema de cotas sociorraciais que mais causaram polêmica são constitucionais. O que se verá no capítulo seguinte é que pontos aparentemente incontestados ou que pareciam problemáticamente secundários são, na verdade, os mais propensos à controvérsia.

⁷⁷RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 74, 630, 631.

5. ASPECTOS CONTROVERSOS DO PROGRAMA DE COTAS SOCIORRACIAIS

Malgrado as barreiras culturais, filosóficas e jurídicas vencidas pelas ações afirmativas, elas enfrentam dificuldades na sua execução que põem em risco sua própria integridade e sua capacidade de atingir os objetivos almejados. Não é porque as leis se sucedem que as políticas públicas funcionam. Não raro a decisão política se dilui na ação coletiva. A execução dessas políticas revela atores inesperados, consequências imprevisíveis e processos caóticos. Também é preciso romper com a ideia de unicidade da nação, da figura da nação homogênea e imparcial, pois o que existe na sua intimidade são grupos heterogêneos, com estratégias que se confrontam regularmente, com objetivos e meios de ação próprios, sem mencionar os grupos de pressão que defendem seus interesses diante da burocracia estatal¹.

Este capítulo destina-se a examinar os aspectos controversos das ações afirmativas e suas implicações práticas. O tópico a seguir é dedicado ao percentual reservado às cotas, uma questão pouco debatida e tratada com certo descaso nos meios jurídicos, mas que tem potencial para colocar em xeque as próprias políticas de ação afirmativa. Em seguida, analisam-se os incomensuráveis problemas relacionados ao critério da heterodeclaração: a existência, admitida pelo Supremo Tribunal Federal, de comitês encarregados de corroborar o padrão racial de candidatos que se habilitem nas cotas para negros. Também se discute as cotas sociais, objeto de enormes controvérsias na sua execução. Finalmente, será analisada minudentemente a exigência de que o pretendente às cotas tenha cursado todo o ensino médio em escola da rede pública de ensino. Demonstrar-se-á que essa exigência não atende ao critério de baixa renda e tem sido fonte de exclusão social ao invés de integração.

¹LASCOURMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Tradução: George Sarmiento. Maceió: edUFAL, 2012, p. 50-51.

5.1 O percentual de vagas destinado às cotas

Dentre os itens que compõem a norma sobre cotas, nenhum foi tratado com mais indiferença do que o percentual de vagas reservado a elas. Muitos dos que se posicionam contrários às políticas de ação afirmativa, o fazem preocupados com a qualidade do ensino superior. No entanto, analisando-se racionalmente, esse detalhe esquecido do percentual de vagas reservadas às cotas tem um impacto na qualidade da vida acadêmica maior do que a própria existência do programa de cotas em si. De fato, esse aspecto pouco estudado pela comunidade jurídica, que é o percentual reservado às cotas, tem reflexos diretos e imediatos na vida universitária – quanto maior a porcentagem, maior o impacto na vida acadêmica. Aliás, o próprio nome “cota” está mais ligado à percentagem do que a qualquer outro elemento estudado até agora.

Ninguém irá negar que a fixação de um percentual excessivo reservado às cotas desafia o princípio da igualdade, prejudicando os que não fazem parte de nenhum grupo beneficiado por elas. Questão da maior importância é saber em que medida o percentual de vagas reservadas às cotas é aceitável e, por conseguinte, a partir de que ponto ele passa a ser excessivo, violando preceitos constitucionais. Um bom gradiente é o sentido que emula da palavra “cota”, que é o de uma parte menor que o todo. Na medida em que avança, essa porção determinada vai perdendo a noção de cota até chegar à qualidade de “metade”, a partir da qual já estará trilhando caminho em direção ao todo. O avanço das cotas da metade em diante já é um retrocesso em direção à desigualdade.

5.1.1 O patamar excessivo das cotas universitárias

A Lei n. 12.990/2014 fixou em 20% o percentual reservado às cotas raciais em concursos públicos promovidos pela União. Trata-se de um percentual elevado, mas não se pode acusá-lo de excessivo. Combinado com os 10% (dez por cento) de vagas tradicionalmente destinadas aos portadores de necessidades especiais, totalizam 30% das vagas. Risco ocorrerá se forem criadas novas cotas para outras minorias, caso em que a própria integridade do sistema estará ameaçada.

No caso do sistema de cotas universitárias, o caminho traçado foi absolutamente diferente. Começou com objetivos modestos, na ordem de 10% a 20% de reserva de vagas. No entanto, a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, simplesmente reservou metade das vagas universitárias para as cotas. Antes mesmo desta lei, muitos programas instituídos pelas próprias universidades já haviam cravado essa marca de 50%.

Não há muitos casos judiciais questionando esse item fundamental que é a porcentagem das cotas. Como foi dito, as pessoas preferiram litigar contra a própria existência das políticas de ação afirmativa e desprezaram esse relevante detalhe. É possível, porém, encontrar ações judiciais, especialmente junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com jurisdição sobre os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, em que o percentual excessivo reservado às cotas foi questionado. No entanto, o Poder Judiciário deixou de enfrentar a questão. As decisões, em sua maioria absoluta, são no sentido de que a estipulação da reserva de vagas faz parte da autonomia universitária. Nenhuma delas, ao atribuir a fixação das cotas à autonomia universitária, levou em conta o advento da Lei n. 12.711, que fixou esse percentual à revelia das universidades.

Na Apelação Cível 505797-SE, ficou assentado que a reserva de cinquenta por cento das vagas em todos os cursos era compatível com a autonomia de que gozam as universidades. No voto condutor, foi dito que o número de vagas reservadas não se manifestava excessivo, pois remanesce ampla oportunidade de

acesso aos candidatos não-optantes. Não havia ofensa ao princípio da razoabilidade ou à proporcionalidade (dimensão da proibição do excesso)².

A decisão daquele sodalício na Apelação Cível n. 510829-SE foi no mesmo sentido³. Na Apelação Cível n. 507421-SE, foi dito que o percentual de 50% adotado pela Universidade Federal de Sergipe, embora parecesse aparentemente elevado, era um critério que se encontrava dentro da esfera de discricionariedade legalmente aceita⁴. A exceção ficou por conta do acórdão proferido por aquele tribunal na Apelação Cível n. 509269, quando ficou assentado que a destinação de 50% das vagas para alunos oriundos de escolas públicas exacerbava a razoabilidade, criando uma situação fática de inquestionável desigualdade⁵. O tema não chegou a ser apreciado pelos tribunais superiores, porque as ações que lá chegaram questionavam ou as próprias cotas ou a sua metodologia, mas não o seu percentual.

Estadear a autonomia universitária para não apreciar a alegação de reserva excessiva de vagas destinadas às cotas sociorraciais equivale à negação do direito.

²BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Vestibular. Sistema de cotas. Reserva de cinquenta por cento das vagas em todos os cursos. Critérios sociais (sistema público de ensino) e étnicos (negros, pardos e índios). Compatibilidade com o texto constitucional. Autonomia universitária. Inversão da sucumbência. Artigo 20, §4º, do CPC. Apelação Cível n. 505797-SE. Apelante: Universidade Federal de Sergipe. Apelado: Guilherme Maciel de Oliveira. Relator: Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (convocado). Recife, 07 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/10/00019858720104058500_20101007_3672011.pdf>. Acesso em 12.02.2013.

³BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Vestibular. Sistema de cotas. Reserva de cinquenta por cento das vagas em todos os cursos. Critérios sociais (sistema público de ensino) e étnicos (negros, pardos e índios). Compatibilidade com o texto constitucional. Autonomia universitária. Questão de evidente interesse social. Efetividade à isonomia. Indenização. Danos morais. Inocorrência. Inversão da Sucumbência. Sem ônus. Beneficiário da justiça gratuita. Apelação Cível n. 510829-SE. Apelante: Universidade Federal de Sergipe. Apelado: Kleiton Fabian Santos. Relator: Des. Federal Margarida Cantareli (convocada). Recife, 03 de dezembro 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/12/00030199720104058500_20101203_3773323.pdf>. Acesso em 12.02.2013.

⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Administrativo. Ensino superior. Matrícula. Sistema de cotas. Constitucionalidade. Percentual de reserva. Autonomia da universidade. Apelação improvida. Apelação Cível n. 507421-SE. Apelante: Mariana Menezes Mattos. Apelada: UFS – Universidade Federal de Sergipe. Relator: Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (convocado). Recife, 10 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/processo/00011015820104058500>>. Acesso em 12.02.2013.

⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Administrativo. Universidade. Acesso. Sistema de cotas. Litisconsórcio Passivo Necessário. Descabimento. Resolução n. 80/UFS. Razoabilidade. Ausência. Apelação desprovida. Apelação Cível n. 509269-SE. Apelante: Universidade Federal de Sergipe. Apelada: Igor Alves Santa Rosa. Relator: Des. Federal Edilson Pereira Nobre Jr. Recife, 03 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/12/00013873620104058500_20101203_3739231.pdf>. Acesso em 12.02.2013.

Se esse argumento fosse válido, a Lei n. 12.711/2012 seria inconstitucional, por violar a autonomia universitária, já que fixou um percentual destinado às cotas à revelia das universidades. Se o argumento da autonomia universitária justificasse qualquer percentual de cotas, *reductio ad absurdum*, as universidades poderiam fixá-lo em qualquer patamar até 99%, acima do qual não haveria mais cota e sim o todo. Os demais candidatos, de maioria, tornar-se-iam minoria, mas não poderiam reclamar que a norma subvertia a ordem, porque se trataria da autonomia universitária.

O que há em comum nas decisões precitadas é a ausência de motivação e o apelo à autoridade, desprovido de argumentação. Inexiste órgão ou entidade autônoma ou até independente, cujos atos sejam imunes à revisão judicial. Não há ato administrativo que não se possa sindicá-lo. A alegação vazia de que as universidades têm autonomia para reservar um percentual às cotas, descabendo ao judiciário intervir, se encontra no âmbito daquilo que Juarez Freitas judiciosamente realçou ser um equívoco assaz comum, que é a crença de que existe uma zona cinzenta interdita à sindicabilidade jurídica. A ideia da decisão administrativa imune à revisão judicial é inaceitável⁶.

O que se percebe das considerações supracitadas é que o cerne da questão não é a indiscutível autonomia da universidade, mas os “critérios” que ela elegeu para fixar o percentual de cotas em 50%. Juarez Freitas chama a isso de *controle do demérito*. Só estão dispensados de motivação os atos discricionários que sejam de mero expediente, autodecifráveis e aqueles previstos na Constituição, a exemplo da nomeação e exoneração para cargos comissionados. Nos demais, a motivação há de ser congruente, no sentido de consistente, coerente e, sobretudo, proporcional, pois o Estado das escolhas administrativas legítimas é o “Estado da proporcionalidade⁷”. Assim, o percentual reservado não pode ser puramente arbitrário, porque tratamentos desiguais aplicados de forma arbitrária violam o princípio da igualdade.

⁶FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

⁷*Ibid.*, p. 17-23.

Na verdade, ao optar por destinar metade das vagas universitárias às cotas sociorraciais, os ideólogos do programa ignoraram o sentido emulado pela expressão “cota”, como uma parte menor que o todo, e se basearam em dados demográficos, como o percentual de pretos e pardos na população brasileira e o de estudantes no ensino médio da rede pública.

No julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n. 12.664/01/SE, o pleno do TRF da 5ª Região rejeitou o argumento do elevado percentual de vagas reservadas ao sistema de cotas sociorraciais. Um dos argumentos suscitados pela 4ª Turma ao Plenário foi o seguinte:

O percentual de vagas reservadas para o sistema de cotas aos alunos egressos de escolas públicas, ao menos a um primeiro olhar, é excessivo. Contudo, a fixação desse percentual não foi aleatória, sendo ‘fruto de um longo período de discussão (cerca de cinco anos) e amadurecimento do programa no meio acadêmico daquele Estado, que envolveu professores, alunos, funcionários e associações, de acordo com informações prestadas pelo Ministério Público Federal’, como destacado pelo ilustre Des. Fed. Manoel Erhardt, relator do EINFAC 507.085, julgado pelo Pleno desta Corte, por maioria, em 11/05/2011. Dados estatísticos do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), que realiza o ENEM (Exame Nacional de Ensino Médio), demonstram que, no Estado de Sergipe, em 2008, 9.510 alunos concluíram o ensino médio (segundo grau), dos quais 7.584 estudaram em escolas públicas, ou seja, 79,74% do total. Como o percentual de vagas reservadas para o regime de cotas é bastante inferior ao percentual de alunos egressos de escolas públicas, não há que se falar em manifesta irrazoabilidade [SIC] do parâmetro adotado pela Universidade Federal de Sergipe⁸.

Pelo critério utilizado, as vagas reservadas não só estavam dentro do razoável, como eram “bastante inferiores”, o que significa que elas poderiam muito bem chegar a patamar de 80%, que é o percentual de alunos da rede pública de ensino no Estado de Sergipe. Com esse argumento, é possível reservar cotas eminentemente raciais de 50%, porque este é o percentual dos cidadãos que se declararam negros e pardos no Censo IBGE de 2010⁹.

⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Arguição de Inconstitucionalidade. Sistema de cotas. Alunos egressos de escolas públicas federais, estaduais e municipais. Razoabilidade. Constitucionalidade. Arguição de Inconstitucionalidade em APELREEX n. 12664/01/SE. Relator p/ acórdão: Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto. Recife, 08 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 12.02.2013.

⁹UCHINAKA, Fabiana. **Mais brasileiros se assumem negros, diz IPEA**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/05/12/mudanca-na-divisao-racial-do-brasil-e-reflexo-de-mais-pessoas-se-assumindo-negros-diz-ipea.htm>>. Acesso em 12.02.12.

O mesmo critério presidiu a feitura da Lei n. 12.711/12, que dispôs sobre cotas para ingresso nas universidades federais e escolas técnicas. Ela determinou a reserva de, pelo menos, 50% das vagas aos estudantes egressos do ensino médio de escolas públicas. Também determinou que essas cotas fossem destinadas a negros, pardos e índios em proporção igual ao de membros desses grupos presentes na população de cada Estado, de acordo com o último censo do IBGE.

Ao apelar para a estatística do IBGE e não estabelecer uma cota racial única para todo o território nacional, a Lei n. 12.711/12 levou em consideração as especificidades regionais, já que o percentual de negros e pardos varia muito de acordo com cada região – e.g. 83,97% dos habitantes de Santa Catarina se declaram brancos. Com isso, procurou-se evitar qualquer arguição de inconstitucionalidade circunstancial da norma, situação na qual um enunciado normativo constitucional torna-se inconstitucional em face de casos específicos¹⁰.

Se prevalecer o critério de reservar um número de vagas proporcional ao de alunos da rede pública de ensino, o percentual das cotas certamente irá aumentar, pois dados do PNAD¹¹ indicam que oito em cada dez alunos estudam em escolas públicas¹². A própria Lei n. 12.711 admite essa possibilidade ao afirmar no artigo 1º que será reservada, “no mínimo”, metade das vagas. Da mesma forma, no artigo 3º a lei diz que essas cotas sociais serão preenchidas por pretos, pardos e índios, observando-se, “no mínimo”, a proporção atribuída pelo IBGE em cada Estado, o que também permite a ampliação das cotas raciais dentro das cotas sociais¹³. A

¹⁰ Isso ocorreu no julgamento da ADI 223, em que uma norma processual que proibia liminares contra a Fazenda Pública foi declarada constitucional no caso de pagamento de atrasado ou enquadramento de servidor, mas inconstitucional, em face do art. 5º, XXXV, da CF, se fosse para proibir liminar para compelir o Estado a custear cirurgia urgente. Igualmente, na ADI 4068, a OAB pediu a declaração de inconstitucionalidade circunstancial da lei que criou a super-receita enquanto novos procuradores da fazenda nacional não fossem nomeados para fazer face à grande demanda processual vindoura. [MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 1300, 1301].

¹¹ SAÇASHIMA, Edilson. **Maioria estuda em escola pública, mas cursa faculdades particulares**. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/especiais/pnad/2010/ultimas-noticias/2010/09/08/majoria-estuda-em-escola-publica-mas-cursa-faculdades-particulares.jhtm>>. Acesso em 12.02.2013.

¹² Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios apontam que o percentual no ensino médio é de 86,4% no Brasil. O maior percentual é no norte do país, onde 91,5% dos estudantes do ensino médio freqüentam escola pública. O menor é no sul do país, onde os estudantes do ensino médio em escola pública representam 84,3%. No nordeste, esse índice é de 88,8%.

¹³ BRASIL. Lei federal n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá**

Portaria Normativa n. 18, de 11 de outubro de 2012, do Ministério da Educação, que regulamentou a lei supracitada, deixa isso bem claro no artigo 12:

Art. 12. As instituições federais de ensino poderão, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir reservas de vagas:
I - suplementares, mediante o acréscimo de vagas reservadas aos números mínimos referidos no art. 10; e
II - de outra modalidade, mediante a estipulação de vagas específicas para atender a outras ações afirmativas¹⁴.

Aliás, dir-se-ia ser essa a tendência, pois as políticas públicas têm vocação expansiva. Logo que uma política pública elege clientelas, ela tende a expandir e diversificar seus programas¹⁵.

Esse critério demográfico já foi defendido na doutrina por Roger Raupp, para quem as cotas desproporcionais “para cima” violam direito do grupo não-minoritário e as “para baixo” premiam-no. Segundo ele, “cota justa é aquela que observa a composição da população assim como distribuída entre as raças”. A isso ele chama de *Princípio da Proporcionalidade das Cotas*¹⁶, numa clara confusão entre proporcionalidade numérica e proporcionalidade jurídica. O critério demográfico, na verdade, não é um critério válido para fixar o percentual das cotas. Aliás, o critério demográfico, como se mostrará, é a própria negação das cotas como políticas públicas.

outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 ago. 2011. Seção 1, p. 3. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12711-29-agosto-2012-774113-veto-137504-pl.html>>. Acesso em 10.02.2013.

¹⁴BRASIL. Portaria Normativa n. 18, de 11 de outubro de 2012. **Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto n. 7.824, de 11 de outubro de 2012**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 out. 2012. Seção 1, p. 16. Disponível em: <<http://www1.ifro.edu.br/selecao/psu2013-1/editais/PORTARIA%20NORMATIVA%20No%2018,%20de%2011%20de%20outubro%20de%2012.pdf>>. Acesso em 10.02.2013.

¹⁵LASCOURMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Tradução: George Sarmiento. Maceió: edUFAL, 2012, p. 180.

¹⁶RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 187-188.

5.1.2 A ofensa à Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

Um dos objetivos declarados da inclusão de minorias em espaços que lhes eram negados antes é a neutralização dos efeitos da discriminação injusta¹⁷. Esse aspecto incontornável das ações afirmativas foi lustrado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no seu voto condutor, no julgamento da ADPF n. 186, quando afirmou que os programas ainda traziam o bônus de antecipar mudanças comportamentais dos grupos beneficiados, aumentando-lhes a auto-estima e aplainando o terreno para uma futura integração social plena¹⁸. O também Ministro do STF, Marco Aurélio Mello, em competente artigo sobre o tema, chamou as leis sobre ação afirmativa de “normas integrativas¹⁹”.

Ora, nenhuma norma que institua um percentual de cotas de 50% tem a pretensão de ser uma norma integrativa. Seu propósito é nitidamente classificativo. O que a Lei n. 12.711 faz é repartir as vagas universitárias, fatiando-as em diversas categorias: o estudante de escola particular e o de escola pública; o preto, o pardo, o índio e o branco; o estudante de alta-renda e o de baixa-renda. Não há nenhum propósito de combater a discriminação nesse proceder. Quando uma cota chega à metade, não há mais cota. Simplesmente as vagas são divididas em duas bandas: a da “minoridade” discriminada e a dos outros.

Na medida em que avançam a partir da metade, os genuínos cotistas passam a ser os candidatos do grupo “não minoritário”, pois os grupos minoritários passam a deter a parcela maior das vagas disponíveis. Com isso, os candidatos às cotas são

¹⁷GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 03. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf>>. Acesso em 08.02.2013>.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

¹⁹MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Rio de Janeiro, Ano I, n. 1, abr. 2006, p. 88.

transmutados em gênero e os “não cotistas” em exceção, de sorte que estes podem reclamar que passaram a ser o grupo minoritário, carecedor de proteção estatal.

Para evitar que os candidatos não habilitados às cotas declarem que estão sendo sobrecarregados imoderadamente, a Portaria Normativa n. 18, do MEC, no artigo 17, §2º, franqueia às instituições federais de ensino a possibilidade de não permitir que os candidatos que optarem pelas cotas concorram também às demais vagas. É o que se depreende da leitura desse artigo:

Art. 17. *Omissis*.

§1º Até que sejam integralmente implementadas as reservas de vagas de que trata esta Portaria, os estudantes que optarem por concorrer às vagas reservadas e que não forem selecionados terão assegurado o direito de concorrer às demais vagas.

§2º Após a integral implementação das reservas de vagas, as instituições federais de ensino poderão estabelecer regras específicas acerca do disposto no §1º deste artigo.

A Lei n. 12.711 e a sobredita portaria violam o artigo 1º, §4º, da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o qual dispõe:

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, **contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais** e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos²⁰. [não há grifo no original].

O sistema adotado faz precisamente o que a norma acima veda: procura assegurar o progresso de algumas minorias à custa da manutenção de direitos separados; confere perenidade à discriminação por raça, engessando as categorias; e contribui para uma situação de permanente divisão por raça e por classe social, tanto que admite a possibilidade de quem se inscrever no grupo dos cotistas não concorrer pelo outro. Por isso, quando Dworkin afirma ser falsa a crença de que nas

²⁰BRASIL. Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Seção 1, p. 10536. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-norma-pe.html>>. Acesso em 10.02.2013.

ações afirmativas os grupos raciais têm direito a percentuais proporcionais de oportunidade²¹ é porque não viu o caso brasileiro.

Uma vez subscrito um tratado sobre direitos humanos, o Estado assume a obrigação de adotá-lo e protegê-lo em seu ordenamento jurídico e na Constituição. O compromisso de submissão a esses tratados tem fundamento constitucional. Ampara-se na prevalência dos direitos humanos, princípio que orienta o Brasil nas relações internacionais (art. 4º, II, CF), e na previsão textual de que o catálogo de direitos humanos contidos na Constituição não é exaustivo, nem excludente²². O artigo 5º, §2º, da Constituição dispõe que os direitos fundamentais expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela inspira e dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte. A disposição reforça a ideia de bloco de constitucionalidade, que, nas palavras de Barroso, “significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos²³”.

A Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição, dispondo que os tratados sobre direitos humanos aprovados segundo o rito processual para aprovação de emendas constitucionais terão o mesmo *status* delas. Em relação aos tratados de direitos humanos recepcionados antes da referida emenda constitucional, como é o caso da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Supremo Tribunal Federal evoluiu seu entendimento e passou a defender o *status* supralegal dos tratados, situando-os abaixo da Constituição e acima das leis²⁴.

²¹DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 443.

²²SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 15,22. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em 02.01.2013.

²³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 32, 359.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703-RS. Recorrente: Banco Itaú S.A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 05 de junho de 2009. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703.NUME.+OU+349703.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnq4bae>>. Acesso em 22.08.2012.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, esses tratados foram reconhecidos como tendo uma estatura supralegal: subordinados à Constituição, mas pairando sobranceiros sobre as demais leis. Assim, toda lei deve possuir *dupla compatibilidade vertical*, quer dizer, deve estar de acordo com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos. Esses tratados paralisam a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional que conflite com suas normas, como é o caso da Lei n. 12.711 e da respectiva portaria normativa do Ministério da Educação.

5.1.3 A ofensa à igualdade e à meritocracia na fixação do percentual das cotas

O dispositivo da Lei n. 12.711/12 que fixa as cotas em patamar elevado também contraria o enunciado da igualdade. Nas políticas de ação afirmativa, a noção de cotas é intuitiva. Pressupõe-se que elas sejam uma parte menor do todo, estabelecidas em um patamar mínimo, indutor de um processo de inclusão e convivência que permita a redução do preconceito. Sobre esse tema, é de suma importância a opinião lúcida de Carmen Lúcia:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das majorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência obrigada [...]. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade²⁵.

²⁵ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 85-99, jul. 1996, p. 88.

Das preleções da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha é possível extrair as seguintes premissas:

a) o objetivo das ações afirmativas é romper preconceitos contra as minorias e propiciar condições de superação através da convivência obrigada;

b) o sistema de cotas deve primar pela fixação de percentuais mínimos, garantidores da presença das minorias;

c) a maior parcela de vagas nas universidades e nos cargos públicos deve ser deixada à disputa livre da maioria;

d) violar o preceito anterior implica na quebra da garantia democrática da liberdade pessoal e do princípio da não discriminação, contido no enunciado da igualdade.

No escólio de Carmen Lúcia, as ações afirmativas são o primado do interesse da sociedade sobre o do indivíduo, mas sem menoscabo do direito individual.

A ação afirmativa traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem se deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos, oportunidades gerais para a obtenção das condições necessárias para cada qual segundo a sua vocação à competição e à coordenação de todos [...]”²⁶.

A reserva excessiva de vagas, padrão eleito pela Lei n. 12.711/12, também viola a igualdade de algumas minorias. Para entender isso, é preciso compreender a complexa trama de engenharia social estabelecida pela Lei nº 12.711, destinada a agradar a gregos e troianos. Primeiro, ela reserva metade das vagas universitárias para estudantes egressos do ensino médio de escolas públicas – ou seja, aliou uma porcentagem alta a um critério de grande aceitação e de fácil comprovação. Em seguida, ela cria uma cota social dentro da outra, estabelecendo que metade daquela cota, ou seja, cinquenta por cento do total de vagas reservadas, seja destinada àqueles alunos de escola pública cuja renda *per capita* familiar não seja

²⁶ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 85-99, jul. 1996, p. 99.

superior a 1,5 salários-mínimos – um critério possível de ser comprovado, mas um tanto quanto difícil, na prática. Finalmente, a lei determina que desses 50% reservados às cotas, seja destinado um percentual a negros, pardos e índios, em proporção semelhante ao aferido pelo IBGE na população de cada Estado. Em suma, a norma possui uma cota social dentro da outra, permeada por cotas étnicas e raciais.

Assim, a lei divide os candidatos em cinco categorias estanques: a) o estudante de escola pública; b) o estudante negro, pardo ou índio de escola pública; c) o estudante pobre de escola pública; d) o estudante negro, pardo ou índio e pobre, de escola pública; e) os demais estudantes. Os candidatos estão adstritos às categorias de cotas nas quais se inscreveram. Estar adstrito à categoria de cotas escolhida significa que o candidato que se inscrever na categoria 1, por exemplo, não concorre nas demais categorias e assim por diante. Dessume-se isso da Portaria n. 18, de 11 de outubro de 2012, que regulamentou a matéria. No artigo 14, ela diz que as vagas reservadas às cotas serão preenchidas segundo as notas obtidas por cada estudante, dentro de cada um dos grupos inscritos, de modo que uma categoria não concorre com a outra.

Art. 14. As vagas reservadas serão preenchidas segundo a ordem de classificação, de acordo com as notas obtidas pelos estudantes, dentro de cada um dos seguintes grupos de inscritos:

I - estudantes egressos de escola pública, com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita:

a) que se autodeclararam pretos, pardos e indígenas;

b) que não se autodeclararam pretos, pardos e indígenas.

II - estudantes egressos de escolas públicas, com renda familiar bruta superior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita:

a) que se autodeclararam pretos, pardos e indígenas;

b) que não se autodeclararam pretos, pardos e indígenas.

III - demais estudantes.

Um candidato de uma categoria só concorre às vagas de outra categoria se, e somente se, essas vagas não lograrem ser preenchidas pelos seus aspirantes originais. É o que se extrai do artigo 15 da referida portaria ministerial.

Art. 15. No caso de não preenchimento das vagas reservadas aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas, aquelas remanescentes serão preenchidas pelos estudantes que tenham cursado integralmente o ensino

fundamental ou médio, conforme o caso, em escolas públicas, da seguinte forma:

I - as vagas reservadas para o grupo de estudantes indicado na alínea "a" do inciso I do art. 14 serão ofertadas, pela ordem:

a) aos estudantes do grupo indicado na alínea "b", do inciso I do art. 14; e
b) restando vagas, aos estudantes do grupo indicado no inciso II do art. 14, prioritariamente aos estudantes de que trata a alínea "a" do mesmo inciso;

II - as vagas reservadas para o grupo de estudantes indicado na alínea "b", do inciso I do art. 14 serão ofertadas, pela ordem:

a) aos estudantes do grupo indicado na alínea "a", do inciso I do art. 14; e
b) restando vagas, aos estudantes do grupo indicado no inciso II do art. 14, prioritariamente aos estudantes de que trata a alínea "a" do mesmo inciso;

III - as vagas reservadas para o grupo de estudantes indicado na alínea a, do inciso II do art. 14 serão ofertadas, pela ordem:

a) aos estudantes do grupo indicado na alínea "b", do inciso II do art. 14; e
b) restando vagas, aos estudantes do grupo indicado no inciso I do art. 14, prioritariamente aos estudantes de que trata a alínea "a" do mesmo inciso;

IV - as vagas reservadas para o grupo de estudantes indicado na alínea "b", do inciso II do art. 14 serão ofertadas, pela ordem:

a) aos estudantes do grupo indicado na alínea "a", do inciso II do art. 14; e
b) restando vagas, aos estudantes do grupo indicado no inciso I do art. 14, prioritariamente aos estudantes de que trata a alínea a do mesmo inciso;

Parágrafo único. As vagas que restarem após a aplicação do disposto nos incisos I a IV do caput serão ofertadas aos demais estudantes.

Finalmente, o artigo 17, §2º, da assaz citada portaria, admite a possibilidade de candidatos que optarem por concorrer às vagas reservadas não poderem concorrer às vagas não reservadas, ou seja, “cotistas” não poderem concorrer com “não cotistas”.

Art. 17. *Omissis.*

§1º Até que sejam integralmente implementadas as reservas de vagas de que trata esta Portaria, os estudantes que optarem por concorrer às vagas reservadas e que não forem selecionados terão assegurado o direito de concorrer às demais vagas.

§2º Após a integral implementação das reservas de vagas, as instituições federais de ensino poderão estabelecer regras específicas acerca do disposto no §1º deste artigo.

Percebe-se que a política de reservar vagas por categorias chegou aqui ao paroxismo. Com ela, é possível que estudantes de escolas públicas que não se encaixem na categoria de cota racial sejam irremediavelmente prejudicados. Um exemplo prático ajuda a ilustrar esse problema. Suponha-se um curso de Direito com 100 vagas numa universidade federal em cujo Estado o censo do IBGE afirma que a população é composta por 40% de pardos, 20% de negros, 20% de índios e 20% de brancos. 50 vagas do curso de direito destinar-se-ão às cotas sociais para alunos do ensino público (cotas de ensino público), metade das quais destinadas

àqueles alunos cuja família possua uma renda de até 1,5 salários-mínimos (cotas de ensino público e renda). De acordo com o censo do IBGE, dentro de cada uma dessas categorias, serão destinadas, respectivamente, 20 vagas para pardos, negros e índios e apenas 5 vagas para os demais alunos de escola pública. Atente-se para o esforço ingente de obter números inteiros em cada categoria, algo que dificilmente ocorrerá na prática. A divisão, então, obedecerá ao complexo esquema proposto abaixo:

Categorias	Alunos de escola pública com renda familiar inferior a 1,5 s.m. <i>per capita</i> .	Alunos de escola pública com renda familiar superior a 1,5 s.m. <i>per capita</i> .	Total de vagas
Estudantes do ensino público, pardos, negros e índios	20	20	40
Demais estudantes da rede de ensino público	5	5	10
Estudantes do ensino privado e não optantes das cotas	-	-	50
Total de vagas	25	25	100

Supondo que a universidade impeça que estudantes cotistas desclassificados concorram com os não-cotistas e supondo que os estudantes da rede pública componham 80% do total de candidatos, como demonstram as estatísticas, está-se diante de um quadro absolutamente iníquo para os estudantes da rede pública de ensino que não se encaixarem nas cotas raciais. Sem poder concorrer pelas cotas raciais, nem à metade não reservada, restar-lhes-iam cinco vagas de um total de cem.

Nesse caso, esses estudantes poderão alegar que seu direito à igualdade de tratamento foi violado. No campo dos direitos fundamentais existe o direito das minorias, que são os direitos coletivos especiais, relacionados à sua identidade e forte sentimento de pertença e partilha, e os direitos do indivíduo pertencente às minorias que, como pessoa, pode reivindicar igualdade de tratamento²⁷. Não a

²⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 387.

igualdade de tratamento que separa os candidatos “cotistas” dos “não-cotistas”, mas a igualdade dentro do programa de cotas.

5.1.4 O padrão excessivo das cotas e a ameaça à qualidade da vida acadêmica

Além de violar o direito à igualdade dos não-cotistas e de alguns cotistas, a Lei n. 12.711, ao estabelecer um percentual de 50% de vagas reservadas, contraria também o artigo 208, inciso V, da Constituição, que dispõe:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V – acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Dispositivo idêntico ao supracitado se encontra na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996²⁸, em cujo artigo 4º, V, está consignado que o acesso ao ensino superior far-se-á segundo a capacidade de cada um.

No julgamento da ADPF n. 186, o Min. Ricardo Lewandowski, relator da matéria, referiu-se a esse preceptivo constitucional em seu voto, do seguinte modo:

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”.

Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.

²⁸BRASIL. Lei federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Seção 1, p. 27833. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9394-20-dezembro-1996-362578-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 13.02.2013.

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno²⁹.

Da leitura do trecho acima, aprovado na íntegra pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, extrai-se que a Constituição acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção ao ensino superior, temperando o rigor desse critério com o princípio da igualdade material, a fim de permitir também a igualdade de acesso, a gestão democrática e a pluralidade de ideias.

Destinar metade das vagas às cotas põe em xeque o critério do concurso universal, baseado na meritocracia. Se esse critério do mérito pode ser mitigado nas condições de acesso, dentro da sala de aula ele prepondera nas avaliações das disciplinas. Quando os candidatos aprovados pelo sistema de cotas ingressam na universidade, eles se deparam com um ambiente que prima pela excelência acadêmica, onde as pessoas são constantemente avaliadas pelo mérito. Esse ambiente fornece as condições propícias a que os alunos provenientes das cotas aprimorem o seu desempenho. A reserva excessiva de vagas quebra essa premissa e coloca em risco a qualidade da vida acadêmica.

Pesquisa realizada por Fábio Waltenberg e Márcia de Carvalho, pela UFF – Universidade Federal Fluminense, procurou verificar se o sistema de cotas consegue aumentar a diversidade de estudantes nas universidades sem comprometer o desempenho. O levantamento foi realizado com base no teste de conhecimentos específicos aplicado no ano de conclusão do curso de graduação e nos dados do Enade – Exame Nacional de Ensino Médio, de 2008, o primeiro a identificar os alunos que ingressaram no ensino superior por intermédio das ações afirmativas³⁰.

Analisando o desempenho de 167.704 alunos concluintes da graduação em treze cursos superiores, a exemplo de ciências sociais, filosofia, engenharia,

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

³⁰FRAGA, Érica. Cotistas têm desempenho inferior entre universitários. **Folha de São Paulo**, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2013/04/1269984-cotistas-tem-desempenho-inferior-entre-universitarios.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

matemática e história, os pesquisadores chegaram à conclusão de que o desempenho dos concluintes que ingressaram por meio de ação afirmativa foi inferior aos dos que ingressaram sem recorrer a elas. Nas universidades estaduais, os alunos cotistas tiraram nota em média 8,8% inferior aos alunos que não recorreram às cotas. Nas instituições privadas essa diferença foi insignificante. Nas universidades federais, nos cursos de prestígio social médio – letras, biologia, química, física, história, geografia, filosofia e sociologia – o desempenho dos que ingressaram pelo sistema de cotas foi 13,7% inferior aos dos demais. Já nos cursos federais considerados de baixo prestígio social o desempenho foi 10,9% menor. Nos cursos de alto prestígio social a diferença foi de 10,1%³¹.

Uma pesquisa realizada entre os estudantes que ingressaram na UFBA – Universidade Federal da Bahia, a partir de 2006, em 18 cursos considerados de alto prestígio social, constatou que a porcentagem de cotistas com notas médias entre 7,0 e 10 era inferior a dos não-cotistas, ou seja, um maior número de não-cotistas tirou notas superiores, de acordo com a tabela abaixo³²:

Tabela - 1

Percentual dos alunos cotistas e não cotistas com coeficiente de rendimento entre 7,0 e 10,0 em cursos de prestígio, ingressos em 2006, e cursado o sétimo semestre

Curso	Cotistas	Não cotistas
Arquitetura	32,6	51,4
Ciências da Computação	33,3	60,0
Engenharia Elétrica	37,5	51,6
Engenharia Civil	26,4	43,4
Engenharia Química	17,6	45,0
Engenharia Mecânica	44,4	63,6
Medicina	71,4	95,5
Odontologia	51,8	81,2
Administração	67,6	71,7
Comunicação – Jornalismo	46,1	63,0
Direito	55,5	77,0
Psicologia	66,6	78,0

Fonte: Centro de Processamento de Dados.

³¹WALTENBERG, Fábio D.; CARVALHO, Márcia de. Cotas aumentam a diversidade dos estudantes sem comprometer o desempenho? **CEDE – Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento**. Texto para Discussão nº 73. Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/TD73.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2014.

³²SANTOS, Jocélio Teles dos; QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. O impacto das cotas na Universidade Federal da Bahia (2004-2012). In: SANTOS, Jocélio Teles dos (Org.). **O Impacto das Cotas nas Universidades Brasileiras (2004-2012)**. Salvador: CEAO, 2013. p. 37-66.

Não é surpresa que as pesquisas demonstrem uma diferença de desempenho entre estudantes cotistas e não cotistas. Se essa distância existe no exame de admissão, é natural que se reflita nas avaliações durante o curso. Se não houvesse tal discrepância não haveria necessidade de um sistema de cotas, pois sua finalidade é precisamente contrabalançá-la.

No entanto, o ideal é que a disparidade de notas entre os dois grupos suma ou pelo menos se reduza no decorrer do curso. Isso só é possível se o desempenho dos não-cotistas cair ou se melhorar o desempenho dos cotistas. Para o programa só interessa esta última alternativa. Nesse ponto, a excelência acadêmica, o convívio diário com os melhores em sua área e a competitividade faz toda a diferença no incremento do desempenho de quem inicia o curso em desvantagem.

Essas pesquisas foram feitas antes do advento da Lei n. 12.711/2012, quando o percentual de vagas universitárias destinadas às cotas costumava oscilar entre 10% e 20%. A Lei 12.711/2012 fixou um patamar de 50%, a ser implantado paulatinamente pelas universidades. Na medida em que ele for implantado, com a metade das salas de aulas ocupadas por alunos cotistas, a realidade se imporá. O professor terá que reduzir o ritmo de aula e o nível de exigência na correção das provas para se adaptar às novas classes. Com o tempo, a distância que separa as notas dos cotistas e dos não-cotistas sumirá, não porque a nota dos cotistas melhorou, mas porque a dos demais diminuiu.

Dessume-se, portanto, o quão delicado pode ser um tema que passou ao largo dos debates jurídicos, que é o percentual de vagas reservadas, nas políticas de ação afirmativa. A seguir, será abordado um problema ainda mais candente, a metodologia utilizada na execução do programa de cotas raciais para definir quem pode ter acesso a elas.

5.2 A identificação da raça

Ao estudar o conteúdo jurídico das cotas raciais observou-se que alguns sistemas de cotas requerem a presença de duas normas jurídicas: a que cria as cotas e a que estabelece as condições para se ter acesso a elas. São dois preceitos jurídicos distintos: o que cria o direito e o que estabelece as condições para o seu exercício. A primeira norma jurídica, a que cria as cotas, indica os beneficiários, o tipo de benefício e o percentual de vagas reservadas. Já a segunda norma, complementar à primeira, estabelecerá os critérios para se ter acesso às cotas.

Também restou demonstrado anteriormente que nem todo sistema de cotas exige a presença da segunda norma supracitada. Essa norma complementar só será necessária naqueles casos em que o conceito da minoria beneficiada não é unívoco. Em um sistema de cotas estabelecido em prol das mulheres, por exemplo, o conceito de sexo feminino é auto-explicativo; inexistente controvérsia sobre quem pertence a esse gênero, o que torna a segunda norma desnecessária. Todavia, naqueles casos em que a identificação do beneficiário é controversa, será necessária a segunda norma para definir as regras para se ter acesso às cotas. Assim, cotas para deficientes físicos exigirão uma norma que defina que tipo de deficiência ela abarca, desprezando aquelas menores, como a simples miopia. Cotas raciais pertencem a essa segunda categoria, em que a identificação de seus beneficiários encontra obstáculos.

Identificar os integrantes das cotas étnicas e raciais suscita mais dúvidas do que certezas. Uma norma que institua cotas raciais necessitará de outra que defina os critérios a partir dos quais alguém pode concorrer a elas. O tema, certamente, é o que suscita mais questionamentos. Destarte, muitos dos que proclamam a inconstitucionalidade das cotas raciais, se insurgem, na verdade, contra o critério adotado para se definir quem tem direito a elas e não contra elas, propriamente.

Se hoje é consabido que a divisão racial da humanidade carece de qualquer base científica, é certo que a relevância da raça persiste como fenômeno social, em razão mesmo do racismo. Esse tema foi debatido à exaustão no julgamento do Caso

Ellwanger, em que o Supremo Tribunal Federal examinou o significado jurídico de *racismo*, abrigado no artigo 5º, XLII, da Constituição, e concluiu que *raça*, conquanto seja um conceito cientificamente desprezível, ainda persiste enquanto concepção história, política e social³³. Assim, o sentido de *raça* ainda é juridicamente relevante no combate ao racismo e, por que não, nas ações afirmativas. Como afirmou Edward Telles, da mesma forma que a falsa crença em bruxas no feudalismo, a crença na superioridade racial também fez suas vítimas, inclusive no Brasil, provando que ideias e crenças equivocadas podem ser letais³⁴.

Se *raça* é um termo que não traduz uma ideia científica, senão política, histórica e social, seu conceito se encontra em permanente construção, inclusive variando no tempo e no espaço. Diante disso, separar as pessoas pela *raça* será sempre um problema, mesmo que seja para adotar programas de ação afirmativa.

Esse problema já existia antes mesmo de se falar em discriminação reversa, em países assumidamente racistas. Na África do Sul sob *apartheid*, por exemplo, a Lei de Registro da População, de 1950, instituiu a divisão racial a partir de critérios étnicos. A população negra foi dividida segundo suas etnias tribais originárias, a partir da língua nativa. Todavia, esse critério não tinha nenhuma utilidade no caso dos mestiços, de forma que, para distingui-los, foram criados testes constrangedores, como o do grau de crespidão, pelo qual o recenseador, munido de um pente fino, definia a *raça* a partir do teor de aspereza do cabelo³⁵.

No caso do Brasil e Estados Unidos, o exemplo a seguir ilustra bem a maneira diferente no modo de enxergar a *raça*: Roberto da Matta fazia o doutorado em antropologia em Harvard, nos Estados Unidos, nos idos de 1968, e foi assistir a uma apresentação sobre as conquistas das ações afirmativas para os negros norte-americanos, dirigida a um grupo de estudantes brasileiros. Finda a apresentação, os

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.+OU+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/buppjs3>>. Acesso em 16.02.2013.

³⁴TELLES, Edward. **Racismo à Brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003, p. 38.

³⁵MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue**: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009, p. 72.

brasileiros começaram a criticar o programa americano, ao que os palestrantes, irritados, rebateram afirmando que achavam curioso que os brasileiros se orgulhassem tanto do seu modelo de democracia racial e naquela turma, em meio a oitenta alunos, não se via mais do que sete ou oito negros. No final do debate, os brasileiros se reuniram em colóquio, mas o que mais se discutia era sobre quem eram os sete ou oito negros da comitiva, aos quais os americanos se referiram, pois, por mais que contassem, não viam senão um ou dois³⁶.

As idiossincrasias resultam das diferenças históricas e sociais que separam esses dois países e o modo como eles lidaram com a miscigenação. Quando as políticas de ação afirmativa começaram a ser introduzidas nos Estados Unidos, a identificação racial já não constituía um problema relevante, pois fora resolvida por quase um século de vigência de leis de restrição aos direitos civis dos negros – as chamadas leis *Jim Crow*. Essas leis multifárias tiveram seus variegados conceitos raciais unificados pelo menos meio século antes das ações afirmativas, com a Lei de Integridade Racial da Virgínia, de 1924, quando Madison Grant concebeu a regra da gota de sangue única, pela qual uma única gota de sangue não caucasiano era suficiente para que a pessoa não fosse considerada branca³⁷. O critério adotado foi decididamente a ancestralidade. As pessoas mestiças eram designadas por *half-blood*. Quando as ações afirmativas foram implantadas por lá, bastou criar o benefício e aproveitar todo o arcabouço jurídico e ideológico de definição, já sedimentado.

No caso do Brasil, o mestiço funcionou como elemento de acomodação e intermediação para evitar conflitos de classe. Trata-se do que Everett Stonequist apelidou de grupo-tampão. O mestiço absorve os choques provenientes de ambos os lados, pretos e brancos, ao mesmo tempo em que liga as duas raças. Ele ganha um status social intermediário, entre um grupo e outro, criando uma válvula de

³⁶KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 246

³⁷U.S. Racial Integrity Act, 1924. An Act to Preserve Racial Integrity. Disponível em <http://www2.vcdh.virginia.edu/encounter/projects/monacans/Contemporary_Monacans/racial.html>. Acesso em 04.10.2010.

segurança para os ambiciosos e descontentes, que enxergam ali uma oportunidade de ascensão, casando-se com uma mulata e incorporando-se à estrutura social³⁸.

Em certas áreas coloniais onde os brancos se estabelecem temporariamente, ou vivem como classe capitalista – não como classe trabalhadora – o grupo mestiço atinge quase o “status” de uma classe média. O grupo branco é pequeno, ocupa os postos de liderança e pode achar útil uma classe média de mestiços, tanto do ponto de vista econômico, como porque funciona como grupo-tampão, separando as duas raças não misturadas. Neste caso, em que prevalece a acomodação e não o conflito, o mestiço assume os traços do conformista ansioso por preservar o seu “status” superior. [...] ³⁹.

O Brasil nunca adotou um sistema rígido de divisão racial. Aqui havia sempre categorias intermediárias de mistura. A observância rigorosa da endogamia inexistiu no Brasil, enquanto nos Estados Unidos foi consagrada por lei e beatificada pelo Judiciário. Não é que naquele país não houvesse miscigenação. A população de mestiços americanos cresceu de 10% para 21% entre 1850 e 1910, o que demonstra que a miscigenação por lá era amplamente praticada, como de resto em toda sociedade escravagista das Américas. A diferença não está na existência ou não de miscigenação, mas na forma como ela era encarada. O que a sociedade branca americana fez foi colocar seus mestiços na mesma categoria dos negros, formando uma nação bicolor⁴⁰.

O preconceito racial no Brasil não teve o condão de dividir a sociedade em grupos raciais paralelos e impermeáveis, como ocorreu nos Estados Unidos. No Brasil, os indivíduos são situados ao longo de uma seleção que vai do extremamente negro ao completamente branco, entremeando-se esses extremos por mulatos claros e escuros, variando-se os tipos reconhecidos e as designações de acordo com a região do país e a concentração de traços africanos. O índio, encaixado numa posição variável, pode ir do branco ao pardo⁴¹.

³⁸STONEQUIST, Everett. **O Homem Marginal**: estudo de personalidade e conflito cultural. Tradução: Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins Editôra, 1948, p. 60-61.

³⁹*Ibid.*, p. 57.

⁴⁰SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 82,118.

⁴¹NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca**: as relações raciais em Itapetininga. São Paulo: Edusp, 1998, p. 199.

5.2.1 O dilema da heteroidentificação

A PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, feita em 1976, constatou que muitos dos ditos “moreno-claros” optavam pela categoria de branco e os “moreno-escuros” pela de negros. A mesma pesquisa revelou pelo menos 136 expressões diferentes usadas pelas pessoas para definir sua cor. Daí porque o termo “pardo” foi considerado uma definição mais apropriada do que “moreno”. Não obstante, pesquisa do Datafolha realizada em 1995, mostrou que os brasileiros não gostavam do termo “pardo” e continuavam a preferir o “moreno”⁴². Esta ausência de distinção nítida entre negros e brancos fez com que o reconhecimento racial sempre fosse tratado oficialmente no Brasil como uma questão de autoidentificação.

A autoidentificação é um modelo baseado na responsabilidade moral, no qual o indivíduo declara a raça à qual se imagina pertencer. Ela vem sendo utilizado há décadas pelo IBGE para definir a cor e a raça dos recenseados, sem contestação. No entanto, quando a definição racial deixou de ser meramente uma avaliação censitária e passou a ser uma questão de atribuição de direitos, houve uma preocupação por parte dos idealizadores das políticas públicas de que essa forma despreziosa com que os brasileiros tratavam a definição racial servisse de pretexto para fraudar o programa de ação afirmativa. A solução encontrada foi mesclar o critério da autoidentificação com o da heteroidentificação, submetendo os candidatos às cotas raciais a um comitê encarregado de ratificar a sua inscrição.

Esse critério heterodoxo para os padrões nacionais foi adotado por várias universidades, em especial a Universidade de Brasília, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Paraná, universidade Federal de Santa Maria e Universidade Federal de Santa Catarina. A maior parte das universidades que adotou a heterodeclaração fica no sul do país.

Na justiça, é possível encontrar copiosa jurisprudência sobre o tema no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja jurisdição abarca os Estados do Rio

⁴²GRILLO, Cristina. Brasil quer ser chamado de moreno e só 39% se autodefinem como brancos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 1995. Especial. Racismo Cordial. P. 5. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismo05.pdf>>. Acesso em: 16.02.2013.

Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Em 19 de dezembro de 2007, por exemplo, a 4ª Turma daquele tribunal entendeu que a comissão que reexaminava a identidade racial do candidato inscrito nas cotas do vestibular da Universidade Federal do Paraná não era arbitrária e sua atuação evitava o uso indevido da autodeclaração⁴³. Outra decisão, da 3ª Turma, considerou possível a realização de entrevistas para avaliação efetiva da raça. Alegou-se, também, que o judiciário não poderia substituir o mérito da entrevista e avaliação pessoal daquela comissão⁴⁴. É interessante transcrever um trecho do voto proferido pelo Desembargador-Relator Fernando Quadros da Silva, e acolhido à unanimidade pela 3ª turma do TRF da 4ª Região, em decisão proferida em 14 de setembro de 2011:

Como se vê, não bastava apenas a autodeclaração, fazendo-se necessária a comprovação da afirmação constante na autodeclaração. Tal procedimento se mostra razoável, pois visa a evitar o uso indevido da autodeclaração e garantir a efetividade do princípio da isonomia.

Portanto, inexistiu arbitrariedade na decisão da Comissão que procedeu à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afrodescendentes, reputando-os não preenchidos. Como a própria autodeclaração exige a comprovação de tal fato, a impetrante não logrou êxito em comprová-lo para a Comissão de Implantação e Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas.

A decisão da Comissão, por conseguinte, não se mostra irrazoável quando reputou não apresentar a autora traços de identificação com o grupo de afrodescendentes.⁴⁵

⁴³BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Administrativo. Concurso Público. Vestibular. Cotas Raciais. Auto-declaração de grupo racial. Posterior análise por comissão. Previsão do Edital. Legalidade. Processual civil. Agravo retido. Produção de prova pericial. Apelação Cível n. 2005.70.00.007180/PR. Apelante: Rodger Luiz Alves Ferreira. Apelado: Universidade Federal do Paraná. Relator: Juiz Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1966381&termosPesquisados=cotas|raciais|auto-declaracao>. Acesso em 16.02 2013.

⁴⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Agravo de Instrumento. Cotas Raciais. Realização de entrevistas. Possibilidade. Não é possível substituir-se a entrevista e avaliação pessoal efetivada pela Comissão de Implementação e Acompanhamento de Programas de Ações Afirmativas de Inclusão Racial e Social da UFSM. Agravo n. 5004749-74.2010.404.0000/RS. Agravante: Universidade Federal de Santa Maria. Agravado: Mauro Correa Rodrigues. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Porto Alegre, 05 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3722876>. Acesso em 16.02 2013.

⁴⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação / Reexame Necessário. Administrativo. Vestibular. Ações Afirmativas. Cotas Raciais. Autodeclaração. Cancelamento de matrícula pela Universidade. Legalidade. Apelação / Reexame Necessário n. 0002572-96.2009.404.7102/RS. Apelante: Universidade Federal de Santa Maria. Apelada: Julie dos Santos. Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de setembro de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4462962>. Acesso em 16.02 2013.

Sequer se poderia invocar a desqualificação técnica ou qualquer interesse pessoal dos membros da Comissão para a análise que lhe competia, mormente porquanto a Comissão de Implementação e Acompanhamento é constituída por professores e representantes de entidades de defesa dos direitos dos afrodescendentes, que lutaram pela implementação do Programa de Ações Afirmativas, dos quais se presume que possuam domínio sobre o assunto.

No voto acima, sua excelência, numa penada, inverteu o ônus da prova, atribuindo-o a quem tem apenas o dever de declarar, e legitimou a decisão do comitê utilizando-se do apelo à autoridade, posto tratar-se de professores e representantes de entidades de defesa dos negros, possuidores de um domínio inaudito na arte da identificação racial.

Em sentido contrário, destacam-se os votos do Des. Roger Raupp Rios. Em 2009, ele conduziu um voto-vista junto à 3ª turma do TRF da 4ª Região, levando aquele sodalício, por maioria, a acolher a apelação e julgar ilegal a adoção do critério da heterodeclaração. Alegou-se que o brasileiro adota a autodeclaração como técnica de identificação racial; que essa técnica não obsta que a Administração syndique a honestidade do declarante se houver razões suficientes para tanto, mas que o risco de fraude não a invalida; sustentou que o processo de revisão estaria sujeito ao contraditório e à ampla defesa; e que a comprovação do declarante ter sofrido discriminação no passado, bem como considerações de ordem biológica, são relativas e imprestáveis para fundamentar a exclusão do candidato⁴⁶.

Em 2011, em um novo julgamento do TRF da 4ª Região, igualmente com o voto-vista do Des. Roger Raupp Rios, relator para o acórdão, a 4ª Turma, por maioria, deu provimento a um agravo de instrumento para anular a decisão da Banca de Validação e de Orientação da Auto-Declaração da Universidade Federal

⁴⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Direito Constitucional. Direito da Antidiscriminação. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas. Proteção contra discriminação de identidades e de escolhas fundamentais. Cotas Étnico-Raciais. Reserva de Vagas. Autodeclaração de identidade racial. Compreensão e relevância constitucional de raça. Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Revisão Administrativa. Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR. Apelante: Angélica Xavier de Miranda Ribas Vianna. Apelado: Universidade Federal do Paraná. Relator p/ Acórdão: Des. Federal Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 05 de agosto de 2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2980829>. Acesso em 16.02 2013.

do Paraná, por entender que o direito brasileiro adota a autodeclaração como técnica de identificação racial⁴⁷.

A questão finalmente chegou à cúria do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da assaz mencionada ADPF n. 186, ocasião em que o Ministro-Relator Ricardo Lewandowski declarou que tanto a autoidentificação quanto a heteroidentificação, sozinhas ou combinadas, “são plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional⁴⁸”. O voto foi aprovado pelo plenário na íntegra, sem contestação alguma, a não ser uma pequena referência feita pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes sobre a seleção ficar a critério de uma espécie de tribunal racial; referência logo afastada, por entender tratar-se de um programa pioneiro, suscetível de aperfeiçoamento⁴⁹.

5.2.2 Os comitês de identificação racial e a ofensa ao devido processo legal e à dignidade humana

Dir-se-ia que a decisão do Supremo Tribunal Federal em favor dos comitês universitários de identificação racial resolveria definitivamente o dilema da heteroidentificação, considerando-se o caráter *erga omnes* da decisão e o efeito vinculante para os demais órgãos judiciais. Todavia, não foi o que ocorreu. Os casos

⁴⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Direito Constitucional. Direito da Antidiscriminação. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas. Proteção contra discriminação de identidades e de escolhas fundamentais. Cotas Étnico-Raciais. Reserva de Vagas. Autodeclaração de identidade racial. Compreensão e relevância constitucional de raça. Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Revisão Administrativa. Apelação Cível n. 5003280-56.2011.404.0000/PR. Agravante: Ricardo Augusto Bittencourt Cabral. Agravada: Universidade Federal do Paraná. Relator p/ Acórdão: Des. Federal Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 28 de outubro de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4613173>. Acesso em 16.02.2013.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

⁴⁹Sétimo a votar, ministro Gilmar Mendes julga improcedente a ADPF 186. **Notícias STF**, Brasília, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=206031>>. Acesso em: 17.02.2013.

continuam a se repetir no judiciário e os julgamentos têm sido iterativos, no sentido de rejeitar as decisões tomadas por esses comitês.

Em 17 de maio de 2012, por exemplo, a 3ª Turma do TRF da 4ª Região, à unanimidade, manteve a decretação de nulidade da decisão da Comissão de Validação de Autodeclaração dos Negros, da Universidade Federal de Santa Catarina. Em seu voto, a Desembargadora-Relatora Maria Lúcia Luz Leiria alegou que, embora não visse ilegalidade na realização da entrevista, a decisão da comissão carecia de motivação, não estava baseada em qualquer critério objetivo, era omissa quanto às características que estariam a afastar a condição de afrobrasileiro do candidato, feriu o direito à ampla defesa e, por fim, rejeitou o candidato utilizando-se de um critério injustificável: o fato de ele jamais ter vivenciado uma situação de racismo. Alfim a relatora conclui: “o histórico da vida do Autor não pode levar a uma conclusão tão drástica e prejudicial ao candidato aprovado, ou seja, de que é falsa a declaração de condição de ‘afrobrasileiro’⁵⁰”.

No mesmo sentido, há outras três decisões daquela 3ª Turma: a primeira, de 23 de maio de 2012, da lavra do Des. Sebastião Ogê Muniz⁵¹; as outras duas, do Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz⁵². Em uma delas, uma apelação cível⁵³, o voto do desembargador deixou assentado:

⁵⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Agravo em agravo de instrumento. Mandado de Segurança. Antecipação de Tutela. UFSC. Cotas raciais. Validação de autodeclaração. Assegurado o direito à matrícula. Agravo legal em agravo de instrumento n. 5004889-40.2012.404.0000/SC. Agravante: Adalberto Costa Oliveira. Agravada: Universidade Federal de Santa Catarina. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 16 de maio de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4994830>. Acesso em 16.02 2013.

⁵¹BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Agravo. Agravo em agravo de instrumento. UFSC. Sistema de cotas raciais. Definição de afrodescendente. Ausência de critérios objetivos prefixados. Agravo de instrumento n. 5005796-15.2012.404.0000/SC. Agravante: Guilherme Vinicius de Lima. Agravada: Universidade Federal de Santa Catarina. Relator: Des. Federal Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 23 de maio de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5020376>. Acesso em 16.02 2013.

⁵²BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Agravo. Direito Administrativo. Universidade Federal de Santa Maria. Cotas Raciais. Cancelamento de matrícula pelo não preenchimento dos requisitos do edital. Ilegalidade. Processo Administrativo que afronta a ampla defesa e o contraditório. Agravo de instrumento n. 5005219-37.2012.404.0000/RS. Agravante: Universidade Federal de Santa Maria. Agravado: Andrius Moreira Bueno. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 26 de julho de 2012. Disponível em: <

Ora, não restam dúvidas de que a Administração deve coibir ilegalidades no âmbito das ações afirmativas; contudo, em tais casos, exige-se o pleno atendimento ao devido processo legal, especialmente em atenção aos valores envolvidos, como o acesso à educação. *In casu*, a requerente teve a sua matrícula impedida e sua condição de afrodescendente afastada com base em decisão carente de motivação. Assim, como sequer há clareza nos motivos que determinaram o indeferimento da declaração firmada pela aluna, resta evidente o prejuízo à ampla defesa e à possibilidade de que pudesse recorrer de tal decisão.

Portanto, caberia à Universidade, especialmente por se tratar de área de difícil delimitação, ampliar o debate com os interessados em concorrer às vagas de ações afirmativas, tornando públicas as razões de recusa de matrícula, agregando mais profissionais no exame dos casos concretos e possibilitando o pleno exercício do contraditório dentro dos procedimentos administrativos.

Andou bem o judiciário, anulando atos administrativos que negam a ampla defesa e carecem de motivação. O direito fundamental à boa administração é um conceito dentro do qual se abrigam outros, especialmente o que Juarez Freitas chamou de direito à administração pública dialógica; é dizer, a que respeita o devido processo legal, com os consectários da ampla defesa e do contraditório, além do dever de motivação consistente e proporcional, sem a qual o contraditório não se realiza⁵⁴.

Com efeito, mais e mais o procedimento administrativo é jurisdicionalizado, ganhando ares de verdadeiro processo administrativo, com todos os seus consectários. Em brilhante artigo sobre as dificuldades contemporâneas da democracia, Celso Antônio Bandeira de Mello chama atenção para a tendência mundial de transferência de poderes legislativos para o Executivo. É o caso em exame, onde uma miríade de resoluções, provindas das mais diversas universidades, cada qual à sua maneira, regula a forma como o cidadão poderá ter acesso aos bancos universitários e, quiçá, ao futuro promissor. Bandeira de Mello

http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5148114>. Acesso em 16.02 2013.

⁵³BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Direito Administrativo. Universidade Federal de Santa Maria. Cotas Raciais. Cancelamento de matrícula pelo não preenchimento dos requisitos do edital. Ilegalidade. Processo Administrativo que afronta a ampla defesa e o contraditório. Improvimento da apelação. Apelação Cível n. 5006414-28.2011.404.7102/RS. Apelante: Universidade Federal de Santa Maria. Apelada: Daniele Cristiane Silva Rodrigues. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 02 de agosto de 2012. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5169158>. Acesso em 16.02 2013.

⁵⁴FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

aponta como um dos exemplos de tentativas de respostas à crise democrática, o controle restrito sobre o processo administrativo:

Na esfera administrativa, ganha relevo crescente o procedimento administrativo, obrigando-se a Administração a formalizar cuidadosamente todo o itinerário que conduz ao processo decisório. Passou-se a falar na 'jurisdicionalização' do procedimento administrativo (ou processo, como mais adequadamente o denominam outros), com a ampliação crescente da participação do administrado no *iter* preparatório das decisões que possam afetá-lo. Em suma: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração⁵⁵. [Grifos no original].

Acontece que o cerne do problema, na hipótese em exame, não está na falta de motivação ou na ausência de contraditório e de ampla defesa, mas na absoluta impossibilidade de atendê-los. Até que ponto a Comissão de Validação de Autodeclaração dos Negros, Comissão de Implementação e Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas de Inclusão Racial e Social, Comissão de Implantação e Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas, Banca de Validação e de Orientação da Auto-Declaração ou qualquer outro desses "comitês" de nomes pretensiosos poderá admitir o exercício do contraditório sem incorrer na pantomina e na sátira? Até que ponto poderá motivar suas decisões, sem se reduzir a um arremedo de corte racial e se tornar motivo de escarninho?

As decisões dos comitês raciais, imotivadas e carentes de contraditório, não são sequer aprovadas numa abordagem procedimental do princípio da igualdade, baseada na *proibição geral de arbitrariedade*, segundo a qual o enunciado da igualdade é violado quando uma decisão é arbitrária, quer dizer, não é possível encontrar uma justificativa minimamente razoável para o tratamento diferenciado. Certa é a necessidade de um critério racional, a fim de se evitar tratamentos desiguais arbitrários.

Não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, mas apenas o tratamento arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais. [...] 'o enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o

⁵⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 106.

tratamento igual feito pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária⁵⁶.

No caso em exame, não se espere que baseados numa avaliação visual das características físicas de um indivíduo e numa mera entrevista, uma comissão de próceres possa determinar com precisão quem é negro sem apelar para decisões puramente arbitrárias.

Finalmente, o critério de se criar uma comissão para avaliar as características físicas e culturais dos candidatos à cota racial viola o princípio da dignidade humana, pois submete o pretendente à cota a uma verdadeira corte racial. Corte racial ilegítima, decerto, mas com autoridade para negar a própria identidade racial do pretendente, podendo levá-lo ao que Zygmunt Bauman chamou de “dilemas inquietantes e escolhas obsedantes que tendem a fazer da ‘identidade’ um tema de graves preocupações e agitadas controvérsias⁵⁷”.

Canotilho expressa essa faceta do princípio da dignidade humana de forma lapidar:

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de *comunidade constitucional inclusiva* pautada pelo multiculturalismo multivisional, religiosos ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta idéia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderia conceber-se como *ordem livre* na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida⁵⁸. [Grifo do autor].

O racismo contra os negros sempre foi uma questão de heteroidentificação. Não se deve deixar à cúria de uma comissão estatal de próceres o poder de negar a imagem que as pessoas têm de sua própria raça, a pretexto de combater “fraudadores étnicos”. O dano social é maior que o benefício que esse modelo de combate à fraude pretende proporcionar. Como disse Bauman, o sentimento de

⁵⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 403.

⁵⁷BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 16.

⁵⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225-226.

pertença e a identidade são revogáveis; eles não possuem a solidez de uma rocha, nem são garantidos por toda a vida⁵⁹. Há que se preservá-los, portanto.

Há, no caso, uma violação ao postulado da proporcionalidade em sentido estrito. É sabido que, enquanto os postulados da exigibilidade e da adequação são mandados de otimização dos princípios em face das possibilidades fáticas, o postulado da *proporcionalidade em sentido estrito* é um mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas dos princípios⁶⁰. Ele é invocado quando o meio utilizado produz um gravame incompatível e desproporcional ao benefício que a norma visa a alcançar. Neste caso, o gravame de se encarregar uma comissão para avaliar quem possui características físicas suficientes para se inscrever em cotas raciais excede, em muito, o benefício que se busca evitar, que é alguém se passar por negro.

5.2.3 A inconsistência dos parâmetros aceitos pelo STF para identificação racial

No julgamento da ADPF n. 186, no Supremo Tribunal Federal, o voto do Ministro-Relator em relação à heteroidentificação foi enxuto, em que pese a relevância do tema. Limitou-se a afirmar a constitucionalidade das duas modalidades de identificação racial, aplicadas sozinhas ou separadamente. No entanto, ele fez menção expressa à adoção dos critérios estabelecidos por Daniela Ikawa, em seu livro *Ações Afirmativas em Universidades*, o que permite esmiuçar suas razões a partir dos argumentos daquela autora.

Daniela Ikawa defende a combinação de autoidentificação com heteroidentificação. Isso gera uma contradição no acórdão da ADPF n. 186, o qual admite o uso de ambos, combinados ou isoladamente, desde que se respeitem os critérios daquela autora. Só que os critérios daquela autora se baseiam estritamente

⁵⁹BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 17.

⁶⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 118.

na conjugação de ambos. Para Ikawa, a autoidentificação é essencial, porque permite que o indivíduo consinta em participar do benefício, evita o perigo da identificação exclusivamente externa e estimula o reconhecimento da pessoa como pertencente a uma raça secularmente discriminada, o que é um passo firme para a superação dessa discriminação⁶¹.

Adotando o sistema utilizado pelo Censo para a definição das raças – branco, pardo e preto –, a autora parte da premissa do preconceito de marca para concluir que a identificação baseada no fenótipo é a ideal. Ela prescreve que essa identificação seja feita, inicialmente, pelo próprio indivíduo. Contudo, considerando o grau de mestiçagem e as incertezas que ele gera, bem como a possibilidade de fraude, ela elabora alguns mecanismos adicionais, que são, precisamente, aqueles eleitos pelo STF no julgamento, a saber: elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça, visando a checar a coerência da autoidentificação; a exigência de declaração assinada pelo interessado; entrevistas, para constranger o candidato que estiver mentindo; apresentação de fotos, já que o critério é baseado na aparência; e, por último, a formação de comitês para avaliar os candidatos⁶².

O trabalho dos tais comitês de reavaliação dos candidatos às cotas raciais – que a própria autora reconhece como um ponto controverso – baseia-se nas seguintes premissas, igualmente adotadas pelo Supremo Tribunal Federal: a avaliação pelos comitês deve ocorrer posteriormente a autoidentificação, para se coibir a predominância da classificação por terceiros; o critério adotado pelos comitês deverá ser o fenótipo; o grupo inscrito nas cotas raciais deverá ter sua inscrição ratificada por uma banca, utilizando-se das fotos, formulário e entrevista, antes de chegar aos comitês; por último, seus membros devem ter mandato curto e sua composição deverá observar a variedade de raça, classe econômica, orientação sexual e gênero⁶³. Foram estas as orientações da autora, que serviram de norte para a mais alta corte de justiça do país. As críticas a esse procedimento serão feitas a seguir.

⁶¹IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123-125.

⁶²*Ibid.*, p. 127-130.

⁶³*Ibid.*, p. 129-130.

Os critérios estabelecidos por Daniela Ikawa e adotados pelo Supremo Tribunal Federal padecem de contradições incontornáveis. Ela coloca a autoidentificação como um anteparo que, necessariamente, deve preceder à identificação por um comitê, alegando que isso evita o risco da identificação exclusiva por terceiros. Acontece que essa identificação por terceiros pode até não ser exclusiva, mas é determinante. Imaginando-se que o candidato esteja de boa-fé – pressuposto que é preciso considerar –, a decisão do comitê termina por negar a imagem que ele tem de sua própria identidade racial.

De fato, o modelo estimula o candidato a declarar sua raça, para depois negá-la. O que esse modelo faz com o candidato às cotas é obrigá-lo a assinar uma declaração, submetê-lo a perícias em fotos, questionamentos, questões de múltipla escolha e a uma decisão plenária que, se não pode partir do pressuposto de que ele agiu de má-fé – porque aí haveria crime de falsidade ideológica – terá de supor que ele não tem ideia de sua própria identidade racial.

A autora elege o fenótipo e adota a classificação do IBGE – pardo, preto, branco, amarelo e indígena – para cotas raciais que parecem destinadas a beneficiar negros e suas misturas com outras raças. Acontece que “pardo”, pelo critério do IBGE, designa todos os que não se encaixam em nenhuma das outras categorias. Assim, todos os descendentes de uniões mistas são pardos: o filho de um casal formado por oriental e branco terá a tez branca, mas será considerado tão pardo quanto o filho de índio e negro⁶⁴.

Além disso, se o elemento definidor do acesso às cotas raciais for o fenótipo, como Daniela Ikawa afirmou, é desnecessária a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre raça, para “chechar a coerência” da autoidentificação; a resposta, dir-se-á, está à flor da pele. A assinatura de declaração pelo candidato também é desnecessária. Seu propósito parecer não ser outro senão o de reforçar o grau de responsabilidade com um apelo à formalidade. A entrevista é despicienda. Em um processo cujo critério determinante é a aparência, fica difícil avaliar qual a importância dessa entrevista. De todos os sentidos que uma entrevista pode

⁶⁴GRILLO, Cristina. “Pardo é um saco de gatos”, diz estatística. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 1995. Especial. Racismo Cordial. P. 5. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismo05.pdf>>. Acesso em: 16.02.2013.

despertar no entrevistador, o principal deles é a audição. Mas tem-se aqui um caso em que o sentido mais aguçado dos entrevistadores será a visão, perscrutando o entrevistado, a fim de se certificar de que ele não é branco. Uma entrevista que a própria autora admite ser feita com o propósito de constranger o interessado que estiver mentindo, mesmo que também constranja os que não estão.

5.2.4 O fenótipo como elemento de identificação racial e o preconceito de marca

O Supremo tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 186, aceitou o fenótipo como o elemento principal de identificação racial do candidato negro ao sistema de cotas raciais, baseando-se expressamente nas considerações tecidas por Daniela Ikawa⁶⁵. O critério de identificação racial a partir do fenótipo baseia-se no conceito de preconceito de marca. Trata-se de uma expressão celebrizada por Oracy Nogueira para distinguir o preconceito no Brasil daquele praticado nos Estados Unidos, o preconceito de origem. Segundo o autor, o preconceito de marca induz à discriminação; o de origem, à segregação. No preconceito de marca o que vale é a aparência física; no de origem, como o mestiço carrega as potencialidades hereditárias do negro, filia-se racialmente a ele. Se no preconceito de origem basta alguém ter um ascendente negro para ser considerado negro, no de marca não interessa a hereditariedade, mas a presença de traços negroides.

Acontece que o preconceito de marca não se resume à cor da pele e agrega elementos sociais que vão muito além do fenótipo. Assim, segundo Oracy Nogueira, a concepção nacional da cor da pessoa varia em função do grau de mestiçagem, da classe social, da região, da condição econômica, da capacidade do indivíduo de contrabalançar a intensidade da cor com outros traços como a polidez, a elegância, a instrução, o talento etc⁶⁶. Não se trata, portanto, de uma questão eminentemente

⁶⁵IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 113; 120; 130.

⁶⁶SCHWARCZ, Lilia Moritz. A questão racial brasileira vista por três professores: Florestan Fernandes, João Batista Borges Pereira, Oracy Nogueira. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p. 169-179, dez/fev. 2005-2006, p. 176,178,179. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/68/14-florestan-joao-oracy.pdf>>. Acesso em 02.02.13.

cromática. A cor é apenas um traço distintivo, uma das muitas marcas raciais. Também não é uma questão apenas de fenótipo, pois no preconceito de marca a raça é identificada a partir da soma dos caracteres físicos, sociais e até econômicos, e varia segundo a região. No dizer de Skidmore:

“a cor da pele, a textura do cabelo e os traços faciais, além de outras características físicas visíveis, eram os elementos determinantes da categoria racial em que uma pessoa seria inserida. O patrimônio e a posição social aparentes da pessoa observada, indicados por seus trajes ou por seu círculo social, também afetavam a reação do observador, como indicava um adágio popular brasileiro, segundo o qual o “dinheiro embranquece” – embora os casos observados em geral se aplicassem a mulatos claros. O somatório dos caracteres físicos (o “fenótipo”) era o fator determinante, embora sua percepção pudesse variar de acordo com a região, a área e o observador⁶⁷ .

Na descrição do próprio Oracy, o brasileiro se enxerga em uma seleção que vai do branco ao extremamente negro, entremeado por mulatos, dos claros aos escuros, variando-se tanto o reconhecimento racial como as designações de acordo com a região e a aparência final do indivíduo, ou seja, da proeminência de traços africanos ou europeus⁶⁸ .

Stonequist já havia observado na década de 1940, traços dessa singularidade nas relações raciais e dessa forma peculiar de preconceito em outras sociedades, como a jamaicana:

A sociedade jamaicana tem uma forma complexa de semi-estratificação [...] a população branca forma uma espécie de aristocracia social; os mestiços constituem em geral a classe média, ao passo que os pretos são camponeses e trabalhadores. Há dentro de cada uma dessas grandes classes numerosas subdivisões onde o nível econômico, linhagem, educação e qualidades pessoais, juntamente com traços de raça determinam o “status” de certo indivíduo. Os sinais físicos (raciais) do indivíduo são sempre importantes; mas a desvantagem da pele escura ou dos cabelos encarapinhados pode ser parcialmente compensada por outras qualidades. Assim, são as relações raciais “humanizadas⁶⁹” .

Desse modo, as marcas raciais com que se identifica o preconceito no Brasil não se limitam a cor da pele ou à aparência física. A ênfase na cor da pele como

⁶⁷SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 81-82.

⁶⁸NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca**: As relações Raciais em Itapetininga. São Paulo: Edusp, 1998, p. 199.

⁶⁹STONEQUIST, Everett. **O Homem Marginal**: estudo de personalidade e conflito cultural. Tradução: Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins Editôra, 1948, p. 58.

uma espécie de marca quem a fez foi Florestan Fernandes, mas não para distinguir os negros dos brancos, mas como um estereótipo da condição social do indivíduo. Assim, a matiz da pele serviria como uma espécie de índice da condição social da pessoa, um ponto de referência visível e inelutável da classe social do indivíduo⁷⁰. Não foi sua intenção estabelecer um parâmetro para definir quem é negro e quem não é com base na cor da pele, o que, aliás, seria inviável, pois no preconceito de marca, o limiar entre negros e brancos é indefinido, variando subjetivamente.

Onde o preconceito é de marca, como no Brasil, o limiar entre o tipo que se atribui ao grupo discriminador e o que se atribui ao grupo discriminado é indefinido, variando subjetivamente, tanto em função dos característicos de quem observa como dos de quem está sendo julgado, bem como, ainda, em função da atitude (relações de amizade, deferência etc.) de quem observa em relação a quem está sendo identificado, estando, porém, a amplitude de variação dos julgamentos, em qualquer caso, limitada pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem.

Assim, a concepção de branco e não-branco varia, no Brasil, em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região⁷¹.

Portanto, é absolutamente equivocado eleger a matiz da pele ou quaisquer traços físicos raciais como critério para distinguir negros e brancos. Para distinguir raças no Brasil, a cor da pele e as características físicas são apenas alguns dos elementos a serem levados em conta, pois o limiar entre o negro e o branco é indefinido, variando segundo a região, a classe social e a prevalência de traços africanos.

Analisar um direito subjetivo do indivíduo exclusivamente pelo fenótipo vai de encontro ao que a própria autora disse ao fazer a crítica ao modelo liberal, chamado por ela de atomista, acusado de só enxergar o outro de forma descontextualizada, sem observar os vínculos de solidariedade que ligam um indivíduo aos seus pares⁷².

⁷⁰BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branco e Negro em São Paulo**: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008, p. 95.

⁷¹NOGUEIRA, Oracy. Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, jun. 2007, disponível em <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/index.php/edicoes-anteriores/22-volume-19-numero-1->>. Acesso em 13.08.2013, p. 293-294.

⁷²IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36.

É supor que toda união interracial só pode gerar indivíduos pardos, ignorando que dessa união resultam filhos de cor escura e branca no mesmo núcleo familiar; o de tez morena podendo concorrer às cotas e o de pele branca excluído dela por uma banca racial universitária, que o descontextualiza do núcleo familiar, ignora sua linhagem e até sua posteridade. No dizer da própria autora, criticando o instrumentalismo atomista do liberalismo, mas cujas palavras podem ser muito bem aplicadas ao critério de avaliação de candidatos às cotas raciais:

O grau de descontextualização e, portanto, o apego ao formalismo em teorias de direitos que têm como base um ser dotado de razão instrumental descontextualizada decorre de um conceito de ser humano isento de preocupação com a diferença e de preocupação com o outro.⁷³

O modelo de sua preferência, o multiculturalismo, que ela prefere chamar de *teoria da escolha contextualizada*, em que o ser humano é “[...] um ser cuja essência deve ser ainda desvendada, pois constituída de conceitos de bem e valores que foram muitas vezes absorvidos sem reflexão e sem escolha [...]”⁷⁴, não é o ser humano eleito pelo caráter fenotípico. Se o conceito de raça não é científico, mas cultural, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, e a própria autora assume ser uma construção histórico-social, não se admite que essa construção complexa seja reduzida a uma questão de cor da pele ou de aparência, apenas para garantir objetividade, como justificou a autora⁷⁵.

Ademais, uma vez adotado o critério baseado no fenótipo, o direito à redistribuição econômica fica relegado ao segundo plano. Afinal, o indivíduo de tez branca pertencente a uma família negra ou parda poderá objetar, com razão, que lhe foi sonegado o projeto de inclusão social, sendo também ele um filho da desigualdade estrutural.

O fenótipo ignora até o rescaldo de gerações de discriminações e perseguições que resultaram em baixas expectativas no presente. Não há como justificar, em termos igualitários, um projeto de cotas com enfoque nesse critério. Os exames inspirados no mérito utilizam critérios objetivos de correção. Dentro deles é

⁷³ IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 66.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 105, 113.

muito pouco provável que um candidato se diga prejudicado pela aparência. Assim, o fenótipo só se ampara no multiculturalismo e sua proposta de presença institucional e diversidade cultural. É muito pouco, afinal. E não sobra nenhum argumento convincente que justifique por que não é melhor optar pela cota social para os pobres, nesse caso.

5.2.5 A autoidentificação

A autoidentificação continua sendo o melhor critério para se definir o acesso às cotas raciais no Brasil. Pode-se objetar que por ela não é possível conferir a veracidade da afirmação, o que poria em xeque a efetividade da própria política pública. Todavia, outros critérios ferem o princípio da dignidade humana, da proporcionalidade e da igualdade a que fazem jus os candidatos às cotas, pois geram decisões puramente arbitrárias, transferindo a subjetividade do candidato para terceiros. A autoidentificação possui a vantagem de não ser um critério autoritário e não violar a dignidade das pessoas.

A autoidentificação sempre gozou de ampla aceitação no Brasil. As liberdades religiosas e de convicção filosófica, por exemplo, são posições constitucionalmente protegidas por normas de direitos fundamentais, para cujo exercício se necessita de não mais que uma declaração. O artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, e.g., aduz que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta⁷⁶”. A escusa de consciência contenta-se com a declaração do cidadão. Ninguém jamais iria propor, nesse caso, que fosse constituída uma banca examinadora para avaliar a fidelidade de suas convicções filosóficas, políticas ou religiosas, utilizando-se de entrevistas e munida de questionários com testes de conhecimento.

⁷⁶BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

A autoidentificação também vem sendo aplicada há décadas pelo censo do IBGE. Ela está presente, igualmente, nas normas de acesso à justiça, pois o artigo 16 da Lei 1.060⁷⁷, de 1950, dispõe que o acesso ao benefício da assistência judiciária será feito mediante uma “simples afirmação” de que não se está em condições de pagar custas e honorários, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. O Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento de demarcação das terras ocupadas por remanescentes da comunidade dos quilombos, elegeu o critério da autoidentificação, quando dispôs, no artigo 2º:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, *segundo critérios de auto-atribuição*, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida⁷⁸.

No plano internacional, a autoidentificação foi utilizada pela Convenção n. 169-OIT, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. O artigo 1º, item 2, desta Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais destaca: “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”⁷⁹.

A autoidentificação também foi o método recomendado pelo Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial, órgão das Nações Unidas encarregado de interpretar e aplicar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

⁷⁷BRASIL. Lei federal n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. **Estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1950. Seção 1, p. 2161. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1060-5-fevereiro-1950-363465-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 13.02.2013.

⁷⁸BRASIL. Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003. **Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 2003. Seção 1, p. 04. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em 10.02.2013.

⁷⁹BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Seção 1, p. 01. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2004/decreto-5051-19-abril-2004-531736-publicacaooriginal-13709-pe.html>>. Acesso em 10.02.2013.

The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, having considered reports from States parties concerning information about the ways in which individuals are identified as being members of a particular racial or ethnic group or groups, is of the opinion that such identification shall, if no justification exists to the contrary, be based upon **self-identification** by the individual concerned⁸⁰.

Em um país marcado pela discriminação, em que as pessoas, até pouco tempo, relutavam em se reconhecer como negros, apelando a eufemismos, o critério da autodeclaração tem o mérito de provocar no outro o dever de reconhecer publicamente sua identidade racial; evidentemente, sem ter que submeter sua decisão à avaliação alheia.

Então, mesmo havendo a chance de que alguns mintam sobre sua condição, a autodeclaração é um conceito eticamente válido, porque amparado na noção republicana de responsabilidade moral do cidadão. Pode não ser o critério mais justo e mais indene a fraudes, mas certamente é o mais justo dentre os disponíveis e o risco de fraude é um dano menor que o dano causado ao se atribuir a terceiros poderes para definir questões dessa ordem. Para a realidade brasileira, a autoidentificação é o melhor critério, senão o único, para as cotas de difícil definição, por se amparar na responsabilidade moral.

Ajudaria à causa da autoidentificação racial baseada na responsabilidade moral do cidadão se as universidades abandonassem a ideia de manter em segredo a relação dos aprovados pelas cotas, a pretexto de protegê-los de quaisquer discriminações na vida acadêmica e profissional. É ilógico que políticas públicas estimulem as pessoas a ter orgulho de sua raça e depois escondam o nome dos cotistas como se eles devessem se envergonhar por participar de programas que lhes são destinados. Esse tipo de sigilo só favorece os fraudadores. O sigilo que paira sobre o nome dos beneficiados é o anel de Giges das ações afirmativas⁸¹. Afinal, é mais difícil resistir à tentação quando se sabe que seus atos não serão testemunhados, nem será preciso se submeter ao escrutínio alheio.

⁸⁰U.S. **CERD General Recommendation VIII**, August 22, 1990. Concerning the Interpretation and Application of Article 1, Paragraphs 1 and 4 of the Convention Identification with a Particular Racial or Ethnic Group. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/453882fd22.pdf>>. Acesso em 09.02.2013.

⁸¹Giges, um pastor da Lídia que encontra um anel que torna seu portador invisível e com esses poderes seduz a rainha, mata o rei e lhe toma o trono. Segundo Platão, semelhante anel no dedo de um homem, justo ou injusto, irá corrompê-lo por deixá-lo imune ao julgamento alheio.

5.3 Cotas sociais e seus requisitos

Analisar a implantação de uma política pública não é apenas estudar sua concepção e estrutura, mas também a forma como ela é apropriada por terceiros, pois cada dispositivo legal de seu programa – sobretudo aqueles que contêm condições a serem atendidas para se integrar a ele – configura instrumentos para aqueles que conseguem apoderar-se dela e utilizá-la em proveito pessoal⁸². De que modo os programas de cotas sociorraciais vêm beneficiando uma clientela que dele não necessita e sistematicamente negando acesso a quem dele carece é a questão a ser discutida.

Uma das maiores preocupações a nortear os ideólogos das políticas públicas de ação afirmativa foi que o programa de cotas favorecesse àqueles que realmente necessitassem dele. Urgia afastar de imediato o candidato com boa condição econômica, independente da sua raça. O acesso às universidades públicas, no Brasil, é baseado em testes objetivos de conhecimento e correção impessoal, o que torna improvável que um candidato seja recusado pela cor da sua pele. A questão, portanto, é a má-qualidade do aprendizado, o que sói acontecer com alunos de baixa-renda, não por coincidência a maioria negra. Assim, um modelo baseado na equidade deveria levar em conta essa dimensão sócio-econômica. Nesse contexto é que foram idealizadas as cotas sociorraciais.

O elemento social dessas cotas deveria levar em conta a renda familiar do candidato. No entanto, talvez porque as universidades não estivessem preparadas para aferir essa renda, talvez porque houvesse uma vasta clientela ávida por ter acesso aos programas, o critério escolhido terminou sendo o ensino público. Em uma dessas raras coincidências, as mais diversas universidades do país adotaram como condição de acesso às cotas o curso integral do ensino médio em escola da rede pública.

⁸²LASCOUMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Tradução: George Sarmiento. Maceió: edUFAL, 2012, p. 66;85.

Políticas de cotas universitárias para estudantes de escolas públicas sempre sofreram críticas acerbadas, emperrando vários projetos de lei tratando sobre a matéria. Em uma reportagem publicada na Folha de São Paulo, em 14 de setembro de 1999, o então reitor da UNESP – Universidade do Estado de São Paulo, Arthur Roquete de Macedo, criticou o Projeto de Lei n. 298/99, que destinava metade das vagas nas universidades para estudantes provenientes da rede pública de ensino. Macedo chamou a proposta de *tratamento equivocado*, por partir de uma premissa correta, mas oferecer a terapêutica errada, cujo efeito é semelhante ao do remédio que acaba com a doença matando o paciente. Dentre os efeitos colaterais nocivos que Arthur Roquete citou, estão⁸³:

a) perda de qualidade acadêmica, decorrente do ingresso de estudantes com formação educacional deficiente;

b) formação de classes heterogêneas, com alunos com preparo acadêmico distintos, determinando um nivelamento por baixo do curso a ser ministrado;

c) possibilidade de marginalização e segregação dentro da própria instituição, com a formação de grupos de alunos inseridos e excluídos;

d) possibilidade de disseminação da dupla cidadania escolar para aqueles que podem cumular o estudo em escola pública com o reforço em escolas privadas;

e) inutilidade do incomensurável esforço econômico feito por muitas famílias de baixa-renda para manter seus filhos em escolas particulares, visando a assegurar o acesso às universidades.

As universidades conseguiram implantar por edital um modelo para favorecer estudantes de escolas públicas que até então nenhum projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional lograra. Este fato resultou na aprovação da Lei Federal n. 12.711/2012, que veio com o propósito de unificar a matéria, evitando que cada universidade criasse requisitos próprios, ao seu alvedrio e por meio de editais.

⁸³MACEDO, Arthur Roquete de. Tratamento Equivocado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 set. 1999. Tendências/Debates. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1409199910.htm>>. Acesso em: 24.02.2013.

Esta lei se originou do Projeto de Lei n. 73⁸⁴, de autoria da Deputada Federal Nice Lobão, que tramitava no Congresso Nacional desde 1999. Tal projeto, a exemplo de tantos outros semelhantes tramitando no Congresso Nacional, visava simplesmente a retalhar as vagas universitárias entre as redes de ensino público e privado. Portanto, ele não tinha nenhuma relação com políticas de ação afirmativa em sua concepção original, talhe este que só veio a ganhar nos últimos anos, na esteira do sistema de cotas, cujo verniz racial incorporou para lograr aprovação. Com isso, a lei em questão consagrou definitivamente o requisito do estudo integral do ensino médio em escola da rede pública como condição de ingresso no sistema de cotas. Toda a rede pública de ensino foi prestigiada, sem exceção, como se houvesse uma presunção *jures et de jure* de déficit de ensino em todas as escolas públicas⁸⁵.

5.3.1 Estudante de escola pública: o falso recorte social

O estudo em escola da rede pública não é um critério idôneo para medir condição sócio-econômica. A Constituição previu a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, incondicionalmente (art. 206, IV). Sempre que a Constituição quis oferecer um serviço gratuito aos reconhecidamente pobres, fez a necessária ressalva. Foi o caso do artigo 5º, LXXIV, onde se lê que o Estado deverá prestar assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos⁸⁶. Em se tratando de ensino público, porém, qualquer pessoa, de qualquer

⁸⁴BRASIL. PROJETO DE LEI n. 73, de 24 de fevereiro de 1999. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 mar. 1999, p. 09545. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAR1999.pdf#page=78>>. Acesso em: 24.02.2013.

⁸⁵BRASIL. Lei federal n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 ago. 2011. Seção 1, p. 3. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12711-29-agosto-2012-774113-veto-137504-pl.html>>. Acesso em 10.02.2013.

⁸⁶As Defensorias Públicas também não possuem estrutura para investigar a condição econômica de sua clientela. Felizmente a Lei de Assistência Judiciária [Lei n. 1.060/50], não exigiu o curso em rede de ensino público, mas uma simples declaração do pretendente de que não está em condições de arcar com os custos de um processo.

condição social, pode estudar em escola pública. E isso é mais comum do que se imagina, quando se sabe que existem redes federais elitizadas, como as escolas técnicas, colégios militares e escolas de aplicação.

Em dezembro de 2009, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou essa questão em uma ação movida contra a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, acusada de desvirtuamento do programa. À época, o tribunal reconheceu que o programa de ações afirmativas deixara de adotar critérios seguros de averiguação sócio-econômica dos candidatos beneficiados, pois alunos do Colégio Militar de Porto Alegre, habituados a viajar para o exterior nas férias e frequentar cursinhos pré-vestibulares caros, foram aprovados através do programa de cotas⁸⁷.

Em meados de 2012, o Supremo Tribunal Federal teve a primeira oportunidade de enfrentar o problema. Estava em julgamento o Recurso Extraordinário n. 597.285-RS⁸⁸, movido por um vestibulando contra a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e que atacava o sistema de cotas sociorraciais como um todo. Na ocasião, o STF julgou constitucional o programa adotado por aquela universidade, na linha que já havia adotado no julgamento da ADPF n. 186.

Infelizmente, a discussão sobre a exigência de estudo integral em escola pública foi relegada ao segundo plano por aquele sodalício. A exceção ficou por conta do Min. Gilmar Ferreira Mendes, que protestou, alegando que o critério de aluno de escola pública pode se revelar discriminatório, pois algumas escolas gaúchas, como as de aplicação e as militares, são mais elitistas que as escolas privadas. No entanto, mencionou isso apenas a título de meditação e seguiu a maioria.

⁸⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Constitucional. Ensino Superior. Universidade. Cotas. Apelação Cível n. 2008.71.00.002224-2/RS. Apelante: Danielle Crescenti. Apelada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3263177>. Acesso em 08.02.2013. Esta decisão viria a ser reformada posteriormente em sede de embargos infringentes ao pleno do tribunal, que seguiu a linha de orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 597.285-RS. Recorrente: Giovane Pasqualito Fialho. Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 09 de maio de 2012. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 24.02.2013.

O Min. Marco Aurélio Mello foi o único a votar pelo provimento do recurso, pois não viu motivos para haver cotas destinadas a alunos de escolas públicas. Segundo o ministro, “uma coisa é a busca do tratamento igualitário levando em conta a raça e o gênero. Outra coisa é fazer distinção pela escola de origem⁸⁹”. O ministro sustentou não ser possível presumir que o ensino público inviabiliza o acesso à universidade. Segundo ele, o critério econômico não poderia ser aventado, pois os colégios públicos não são exclusivos dos menos afortunados.

A verdade é que ser estudante de escola pública sequer significa pertencer a uma minoria, condição necessária a um programa de ação afirmativa. Minoria pode ser definida como um grupo de cidadãos em posição não dominante no Estado, dotado de características religiosas, linguísticas, étnicas que os distinga, unidos pelo laço da solidariedade e animados pela vontade de sobrevivência e afirmação da igualdade de fato e de direito⁹⁰. O termo é empregado para os grupos étnicos, homossexuais, mulheres, negros, deficientes ou outro que demande reconhecimento público por discriminações pretéritas. Nesse sentido, os estudantes de escolas públicas não são minorias. Aliás, sequer é preciso ser pobre para frequentar uma escola pública, se o argumento for o de reduzir a pobreza. Estudantes de escolas públicas não são necessariamente de baixa renda, nem são os únicos de baixa renda. Se, amanhã, estudantes de classe média se maticularem na rede pública para garantir acesso às cotas, nada poderá ser feito para evitar essa atitude arrivista.

É perceptível o caráter absolutamente arbitrário da exigência de estudo em escola pública como condição de acesso às políticas de cotas. Como foi dito alhures, o parâmetro do enunciado da igualdade é a proibição geral do arbítrio. Essa proibição está ligada ao critério material objetivo, ou seja, há que se perquirir se a decisão foi tomada com base em fundamentos sérios e motivos que justifiquem a solução diferenciada⁹¹. Sob este aspecto, não há motivo para se beneficiar o

⁸⁹STF confirma a validade de sistema de cotas em universidade pública. **Notícias STF**, Brasília, 9 mai. 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207003>>. Acesso em: 17.02.2013.

⁹⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 387.

⁹¹*Ibid.*, p. 428-429.

estudante de escola pública, que, sob esta exclusiva condição, não é necessariamente pobre, tampouco pertence a uma minoria.

5.3.2 A transfiguração das cotas sociorraciais em cotas para o ensino público

A defesa intransigente da destinação das cotas para alunos de escolas públicas fez com que as políticas de ação afirmativa fossem paulatinamente desfiguradas. Concebidas, a princípio, como programa de cotas raciais, elas foram redefinidas como um sistema de cotas sociorraciais e finalmente desvirtuadas para um programa simplesmente destinado a compensar a defasagem do ensino público.

A alegação de que o objetivo das políticas de ação afirmativa é favorecer alunos de escolas públicas em defasagem é uma dessas sandices que de quando em vez assomam à mente dos idealizadores do programa de cotas. Ações afirmativas visam, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento. A primeira é a redistribuição econômica e a segunda, o enfrentamento da injustiça resultante dos preconceitos e padrões discriminatórios⁹². Estudantes da rede pública não atendem a nenhum desses dois critérios; nem são necessariamente pobres, tampouco vítimas de preconceito por serem alunos de escola pública.

O pior é que esse argumento canhestro foi amplamente aceito no judiciário. Em um julgamento realizado no Tribunal Regional Federal da 4ª região, mencionou-se que as cotas para estudantes do ensino público partem do entendimento de que “a base teórica alcançada pelos estabelecimentos privados é mais consistente do que aquela fornecida pelas instituições públicas⁹³”.

⁹²Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193; IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78-79.

⁹³BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Administrativo. Processual Civil. Mandado de Segurança. Ensino superior. Matrícula em universidade pelo sistema de cotas sociorraciais. Inconstitucionalidade. Desatendimento ao requisito previsto pela instituição. Ensino médio cursado em escola privada com bolsa. Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.029451-5/RS. Agravante: Jaci Alcântara. Agravada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Relator: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 9 de novembro de 2009. Disponível em:

Além de desviar as políticas de ação afirmativa dos seus verdadeiros objetivos, a destinação das cotas aos estudantes de escolas públicas parte de uma premissa absolutamente falsa, ao supor que toda escola pública é defasada. Atente-se para o caso das escolas federais. As escolas técnicas federais, os colégios aplicados e os militares sempre primaram por um excelente nível de ensino. Os dados do Enem 2012 são esclarecedores. No Estado do Amazonas há três escolas federais no ranking das dez melhores, sendo uma militar e duas técnicas. Das vinte melhores escolas de Minas Gerais, seis delas são federais: três militares, duas técnicas e um colégio de aplicação, ligado à Universidade Federal de Viçosa. No Pará, a primeira colocada do *ranking* é uma escola federal militar. Em Pernambuco, a melhor nota foi para o Colégio de Aplicação da UFPE. Além disso, o Colégio Militar do Recife ficou em quarto lugar. No Rio Grande do Norte, o primeiro colocado foi o Instituto Federal de Educação de Mossoró. Aliás, há cinco escolas federais dentre as trinta melhores no Rio Grande do Norte. No Rio Grande do Sul, os dois primeiros colocados são colégios públicos: o Colégio Politécnico da Universidade Federal de Santa Maria e o Colégio Militar de Porto Alegre⁹⁴.

No início, a solução encontrada por algumas universidades para resolver esse dilema foi simplesmente banir a rede pública federal de ensino médio das políticas de cotas. Foi o que fez, por exemplo, a Universidade Federal de Pernambuco. A solução encontrou respaldo no Tribunal Regional Federal da 5ª região, que considerou não haver violação ao princípio da isonomia na restrição, porque o incentivo fora concedido apenas a alunos de escolas públicas em defasagem⁹⁵.

Acontece que essa exclusão de escolas federais parte de outra premissa falsa: a suposição de que toda escola da rede pública estadual ou municipal é deficitária. Ocorre que também há centros de referência no ensino público na seara

<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3088194>. Acesso em 08.02.2013.

⁹⁴ As 30 escolas de cada Estado com melhor desempenho no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-30-melhores-escolas-de-cada-estado-no-enem>>. Acesso em: 08 set. 2014.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Administrativo. Incentivo para ingresso no vestibular pelo regime de cotas. Aluno de escola pública federal. Impossibilidade. Princípio da Isonomia. Ausência de violação. Agravo de Instrumento n. 77575-PE. Agravante: José Soares Coutinho. Agravada: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Recife, 06 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 08.02.2013.

estadual e municipal, e.g. o Colégio Técnico de Campinas, ligado à Unicamp-SP, em 72º no ranking nacional do Enem 2012; o Colégio Técnico Industrial Unesp, em Bauru (140º) e Guaratinguetá (216º); a Escola Técnica de São Paulo (59º)⁹⁶. De acordo com ranking do Enem 2012, das trinta melhores escolas do Amapá, vinte são da rede pública estadual de ensino, ou seja, 2/3 delas; algo semelhante ocorre no Pará⁹⁷.

Sucedeu, então, em 2010, que a Escola do Recife, um tradicional colégio da rede pública estadual de Pernambuco, ficou em 3º lugar no Enem, dentre todas as instituições de ensino médio pernambucanas, incluindo nessa conta as escolas particulares. Como prêmio, seus alunos foram excluídos do programa de cotas sociorraciais da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. A Defensoria Pública da União tentou reverter a decisão, ajuizando uma ação civil pública. Em vão. O pedido foi rechaçado pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao argumento de que a escola se encontrava bem posicionada, não justificando que seus alunos tivessem acesso às políticas de cotas, um benefício destinado àqueles estudantes de escolas públicas deficitárias⁹⁸.

Quando o judiciário consente que o poder público adote soluções casuísticas, o resultado é o mais completo estado de anomia. Em decorrência, a UFPE começou a estabelecer bonificações especiais para estudantes que concluíram os três anos do ensino médio exclusivamente em escola pública estadual ou municipal de

⁹⁶As 300 melhores escolas do Brasil no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-500-melhores-escolas-do-pais-no-enem?page=1>>. Acesso em: 08 set. 2014.

⁹⁷As 30 escolas de cada Estado com melhor desempenho no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-30-melhores-escolas-de-cada-estado-no-enem>>. Acesso em: 08 set. 2014.

⁹⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Administrativo. Ação Civil Pública. Escola do Recife, vinculada à Universidade Estadual de Pernambuco. Ensino superior. Sistema de bonificação. Sistema de cotas. Compatibilidade com o texto constitucional. Autonomia didática e científica. Impossibilidade de reanálise [sic] pelo poder judiciário. Benefício de 10% sobre a nota final. Critério de ingresso adotado pela universidade que exclui a Escola do Recife. Possibilidade diante da peculiaridade da escola, classificada em 3º lugar no ENEM (2010) entre todas as escolas do Recife. Impossibilidade de privilegiar aquela instituição. Apelação Cível n. 00010027220114058300-PE. Apelante: Defensoria Pública da União. Apelada: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Relator: Des. Federal Élio Wanderlei de Siqueira Filho. Recife, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2011/10/00010027220114058300_20111026_4257749.pdf>. Acesso em 08.02.2013.

Pernambuco ou em escola particular do interior de Pernambuco⁹⁹. Essa decisão foi objeto de inúmeras ações judiciais por ferir o princípio da razoabilidade e da federação, desprestigiando as escolas públicas das outras unidades federativas. Ficou patente o caráter arbitrário desse programa universitário, pois uma escola pernambucana de Bom Conselho não é pior que a de Cacimbinhas, sua vizinha do sertão alagoano.

A pretexto de restabelecer a unicidade das regras para ingresso nas universidades públicas, em 2012 foi promulgada a Lei Federal n. 12.711, que consagrou as ações afirmativas como uma reserva de vagas destinadas ao uso exclusivo dos estudantes de quaisquer escolas públicas, ainda que de alto padrão de eficiência.

5.3.3 Escolas públicas de alto rendimento: fonte de iniquidade nas ações afirmativas

As políticas de ação afirmativa nas universidades tornaram-se ineficazes ao exigirem que todo candidato interessado em concorrer pelo sistema de cotas tenha estudado todo o ensino médio em escola pública. A ineficiência decorre do fato de que a verdadeira clientela do programa não será beneficiada. Os estudantes lotados nos bolsões de eficiência da rede pública de ensino provavelmente ocuparão as vagas destinadas às cotas nos cursos considerados de alto prestígio social – medicina, direito, engenharia, ciências da computação etc. Ao restante dos cotistas, que representa a quase totalidade dos estudantes de escolas públicas, restarão os demais cursos, aos quais, de certa forma, eles já tinham acesso antes mesmo das ações afirmativas.

Já há indícios de que os alunos do ensino médio de escolas federais levam vantagem na hora de concorrer com os demais cotistas. Antônio Beraldo e Eduardo Magrone publicaram um estudo revelador sobre os beneficiados do programa de ação afirmativa da Universidade Federal de Juiz de Fora, no período de 2006 a

⁹⁹COVEST. Vestibular 2010 UFPE. Manual do Candidato. Disponível em <http://www.covest.com.br/manual_vest_2010/normas_03.html>. Acesso em: 24.02.2013.

2011. Esse estudo é relevante porque o programa da UFJF antecipou os efeitos da Lei n. 12.711/2012 e desde 2008 oferece metade das vagas disponíveis para estudantes de escolas públicas, metade das quais exclusivamente para negros. Foram mais de treze mil alunos que ingressaram na universidade no período estudando.

Os pesquisadores concluíram pela necessidade de se excluir os alunos de escolas federais do sistema de cotas, para atender à finalidade do programa de ação afirmativa. No tópico “O efeito de escolas públicas de melhor conceito”, os pesquisadores afirmam que os alunos oriundos de escolas públicas federais enviesam as estatísticas de avaliação e distorcem a compreensão da eficácia das políticas de ação afirmativa. Embora representem menos de 2% dos concluintes do ensino médio em Minas Gerais¹⁰⁰, os alunos dessas escolas públicas federais ficaram com 25% das vagas destinadas às cotas, o que significa uma em cada quatro vagas¹⁰¹.

Quando se vai para as estatísticas dos cursos de alto prestígio social é que se percebe que a opção desses alunos por concorrer pelas cotas tem se revelado uma estratégia bem sucedida. No curso de Direito da UFJF, os alunos das escolas federais ocuparam até 43% das vagas ofertadas pelas cotas. No curso de Medicina, 50% das vagas para cotistas foram ocupadas por eles¹⁰². Possivelmente essas estatísticas estão se repetindo em outras partes do país, pois sempre há alguma escola pública de melhor conceito, com alto rendimento de aprendizado.

O aspecto mais iníquo de tudo isso é a desvantagem tanto dos demais cotistas quanto dos não-cotistas, que pode ser demonstrada em números. Segundo dados do Inep 2012, no ranking das 30 melhores escolas de Minas Gerais, havia seis escolas federais: o CEFET do Campus de Divinópolis (17º), o Campus 1-BH (13º), o Colégio Militar de Juiz de Fora (12º), a Escola Preparatória de Cadetes do Ar (10º), o Colégio Militar de Belo Horizonte (8º) e o Colégio de Aplicação da

¹⁰⁰Aluno de escola federal leva vantagem. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2013. Cotidiano, p. 3.

¹⁰¹BERALDO, Antonio Fernando; MAGRONE, Eduardo. Política de Cotas na Universidade Federal de Juiz de Fora: avaliação 2006-2011. In: SANTOS, Jocélio Teles dos (Org.). **O Impacto das Cotas nas Universidades Brasileiras (2004-2012)**. Salvador: CEAQ, 2013. p. 105-136.

¹⁰²*Ibid.*, p. 105-136.

Universidade Federal de Viçosa (3^o)¹⁰³. Segundo o resultado da avaliação SAEB-2011 para a região Sudeste, onde fica Minas Gerais, os alunos das escolas federais tiraram notas com médias superiores à dos alunos das escolas da rede privada¹⁰⁴. Portanto, além de se encontrarem bem posicionadas no rol das melhores, as escolas federais também ganham pela média. No entanto, na hora do vestibular ou seu equivalente, enquanto os não-cotistas se engalfinham numa concorrência atroz para os cursos mais visados, os das escolas federais disputam as vagas destinadas às cotas com os alunos das escolas estaduais e municipais.

A tabela a seguir dá uma dimensão exata do problema. Ela apresenta a concorrência – relação candidato/vaga – para o vestibular da Universidade Federal de Juiz de Fora nos anos de 2001, 2003 e 2005, quando ainda não existia o sistema de cotas, e no ano de 2012, já sob o sistema de cotas. Neste caso, é apresentada a concorrência, em cada curso, para os não-cotistas e para as duas categorias de cotistas: os alunos de escola pública e os alunos negros de escola pública¹⁰⁵.

Tabela - 2
Relação candidatos/vaga, concurso vestibular

Cursos	Ano			2012		
	2001	2003	2005	Cotistas Escola Pública Negros	Cotistas Escola Pública	Não cotistas
Medicina	24,89	31,66	47,8	18,9	22,8	74,7
Direito (diurno)	8,18	11,43	15,47	10,0	10,7	23,1
Engenharia Civil	4,25	4,3	5,59	8,1	11,3	19,6
Farmácia	13,21	13,75	17,46	2,7	4,0	4,4
Fisioterapia	21,33	21,83	20,82	10,0	9,8	6,9
Psicologia (noturno)	21	21,68	20,54	14,0	13,5	13,3
História (noturno)	11,93	10,63	10,62	5,3	3,6	2,9
Pedagogia (diurno)	7,83	6,83	6,5	4,0	3,6	1,6
Geografia (noturno)	8,6	9,67	9,52	3,0	3,8	2,1

Fonte: dados fornecidos pela UFJF, processados pelos autores.

¹⁰³As 30 escolas de cada Estado com melhor desempenho no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-30-melhores-escolas-de-cada-estado-no-enem>>. Acesso em: 08 set. 2014.

¹⁰⁴RESULTADOS Saeb/Prova Brasil 2011. Disponível em <<http://sistemasprovabrasil2.inep.gov.br/resultados/>>. Acesso em: 10.06.2014.

¹⁰⁵BERALDO, Antonio Fernando; MAGRONE, Eduardo. Política de Cotas na Universidade Federal de Juiz de Fora: avaliação 2006-2011. In: SANTOS, Jocélio Teles dos (Org.). **O Impacto das Cotas nas Universidades Brasileiras (2004-2012)**. Salvador: CEAQ, 2013. p. 105-136.

No curso de Medicina, os alunos das escolas federais concorreram com os egressos das escolas municipais e estaduais na proporção de 22,8 candidatos por vaga. Para os alunos negros dessas escolas a proporção foi de 18,9. Enquanto isso, os alunos das escolas privadas – as boas e as más – disputaram na base de 74,7 candidatos para cada vaga. O mesmo ocorreu nos cursos de Direito e Engenharia, onde a concorrência entre os alunos da rede particular de ensino foi, pelo menos, o dobro daquela reservada aos alunos cotistas.

Observando a tabela de cima para baixo, percorrendo os cursos desde os de alto prestígio social aos de médio e baixo prestígio social, verifica-se que, na medida em que se desce, a concorrência diminui entre os não-cotistas (alunos das escolas particulares) e aumenta entre os cotistas, a ponto de a ordem se inverter. No curso noturno de história, por exemplo, enquanto a concorrência para os alunos de escolas públicas foi de 5,3 candidatos por vaga, o de não-cotistas foi de apenas 2,9 candidatos por vaga. O mesmo aconteceu no curso de geografia. No curso de pedagogia a concorrência entre os cotistas chegou a ser o quádruplo da verificada entre os não-cotistas.

Os dados acima revelam com clareza o destino reservado aos verdadeiros destinatários das políticas públicas de ação afirmativa. Continuarão ingressando nos cursos de médio e baixo prestígio social, nem sempre por vocação profissional, mas por vislumbrar ali a chance de entrar no ensino público superior através de áreas menos concorridas, para as quais a classe média e alta, em busca de retorno financeiro, já não se interessa. A ironia é que essas pessoas já eram a clientela preferencial desses cursos antes mesmo da existência das ações afirmativas. A diferença é que agora a concorrência para eles ficou maior.

Este é o primeiro aspecto da ineficiência dos programas de cotas sociorraciais. Os cursos de alto prestígio social continuarão elitizados: metade das vagas para a elite das escolas privadas e a outra metade para a elite das escolas públicas – colégios aplicados, colégios militares e escolas técnicas. Para a quase totalidade dos estudantes restarão os demais cursos, como sempre ocorreu. Nenhum poder transformador se pode atribuir ao programa sob essa formatação. Mas há outro aspecto que não é possível olvidar. A aplicação dogmática do critério

do ensino em escola pública tem gerado outro tipo de iniquidade, violador do princípio da igualdade.

5.3.4 As cotas para escolas públicas como fator de exclusão da clientela das ações afirmativas

Concebida como uma “reserva de mercado” para estudantes de escolas públicas, as políticas de ação afirmativa têm recusado acesso a uma parcela considerável de candidatos naturais às cotas sociorraciais. São pessoas que por variegadas razões não freqüentaram a escola pública, ou pelo menos não freqüentaram a escola pública em todo o ensino médio, como exige a lei.

A Constituição consagrou a educação básica como direito público subjetivo, oponível contra o Estado, cujo descumprimento acarreta a responsabilidade do gestor público (artigo 208, I e IV, §§ 1º e 2º). Com relação ao ensino médio, porém, o artigo 208, II, da Constituição prevê apenas a sua progressiva universalização. Enquanto os municípios devem oferecer prioritariamente a educação infantil e o ensino fundamental (art. 211, §2º), aos Estados, além de também prover o ensino fundamental, resta arcar prioritariamente com todo o ensino médio (art. 211, §3º), pois a atuação da União nessa seara é apenas redistributiva e supletiva (art. 211, §1º).

Como resultado, a realidade demonstra que a oferta de vagas no ensino médio da rede pública está aquém da demanda. Boa parte dessa demanda é absorvida por cursos supletivos e por entidades não governamentais, através de bolsas de estudo em escolas particulares, escolas filantrópicas, sistema SESI de educação, fundações privadas, escolas pias e escolas “cenecistas”, mantidas pelo programa CNEN – Campanha Nacional de Escolas da Comunidade. Todo esse contingente tem sido barrado no acesso aos programas de cotas sociorraciais, embora seja tão carente dessas cotas quanto seus pares da rede pública e a qualidade dessas escolas não seja superior a das escolas públicas de elite, cujos alunos participam livremente das cotas.

O judiciário vinha dividido entre estender o direito de acesso ao programa de cotas a esses alunos ou simplesmente negá-lo, alegando tratar-se de ato condizente com a autonomia de que gozam as universidades públicas. Na linha favorável à equiparação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, estendeu o direito de participar do programa de cotas a uma aluna que havia estudado apenas um ano em escola particular, na condição de bolsista¹⁰⁶. Outro exemplo é o do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que concedeu o benefício a um aluno do curso supletivo, por considerar que os alunos desses cursos integram a mesma clientela que o incentivo à inclusão social pretende favorecer¹⁰⁷. No mesmo sentido, uma decisão desse tribunal, proferida em 2012, que estendeu o direito a aluno de escola comunitária “cenecista”, ao argumento de que esses colégios desempenham atividades equiparadas às das escolas públicas¹⁰⁸.

Infelizmente essas decisões favoráveis à extensão do benefício das cotas a quem delas carece têm sido exceção. A maioria das decisões dos tribunais tem acompanhado o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2009, no julgamento do Recurso Especial n. 1132476/PR, 2ª Turma. A partir dele, pacificou-se naquela Corte o entendimento de que a definição das políticas de ação afirmativa é matéria que integra a autonomia universitária e ao poder judiciário não é dado criar exceções subjetivas, sob pena de pôr em risco a segurança jurídica e inviabilizá-las. A decisão, cujo precedente tem balizado as decisões dos tribunais federais, conclui:

¹⁰⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1ª. Ensino superior. Vestibular. Lei distrital n. 3.361/2004 e Decreto Distrital n. 25.394/2004. Sistema de cotas. Aluna egressa de escola pública que cursou um ano de ensino fundamental como bolsista em escola particular. Carência demonstrada. Direito à matrícula no curso pleiteado. Agravo em Agravo Regimental n. 0013024-18.2009.4.01.000. Agravante: Fundação de Ensino e Pesquisa em Ciência da Saúde. Agravado: Jaqueline Pereira do Nascimento. Relatora: Des. Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 03 de julho de 2009. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em 24.02.2013.

¹⁰⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5ª. Administrativo. Vestibular. Incentivo de inclusão social e desenvolvimento regional. “Sistema de cotas”. Candidatos que concluíram o ensino médio mediante supletivo. Apelação Cível n. 450984-PE. Apelante: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Apelado: Ana Cláudia de Melo Amorim. Relator: Des. Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2009/03/200883000054512_20090318.pdf>. Acesso em 24.02.2013.

¹⁰⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5ª. Constitucional e Administrativo. AGTR. Sistema de cotas. Ingresso em universidade pública. Aluno que estudou em escola cenecista. Entidade de direito privado de natureza equiparada à escola pública. Atendimento das exigências legais para ingresso pelo sistema especial de cotas reservadas aos alunos egressos da escola pública. Razoabilidade. AGTR provido. Agravo de Instrumento n. 123365/PB. Agravante: Caio Germano Martins de Medeiros. Agravada: Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Relator: Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Recife, 26 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 24.02.2013.

O poder normativo do Poder Judiciário não pode, em regra, afastar a autonomia universitária exercida nos limites da lei, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de se tornar agente normativo positivo e invadir o poder regulamentar de órgãos e entidades do Poder Executivo¹⁰⁹.

Além dos alunos carentes de escolas filantrópicas, outro contingente pobre e negro sumariamente excluído das políticas públicas de ação afirmativa tem sido o dos alunos de escolas privadas *low cost*. A questão tem sido tratada como se o fato de estudar na rede privada de ensino conferisse ao aluno, incontinenti, uma vantagem considerável em relação aos alunos da rede pública. Há dois equívocos nesse raciocínio. Primeiro, o bom desempenho escolar de um aluno não depende apenas de uma escola excelente, mas de circunstâncias sociais, econômicas e familiares afortunadas¹¹⁰; segundo, é equivocado imaginar que a rede particular de ensino possui uma qualidade inerentemente superior a da rede pública. Esse equívoco é assaz comum porque se costuma analisar as estatísticas a partir do ranking de desempenho, ao invés de se analisar pela média.

Com efeito, observando-se o *ranking* das 300 melhores escolas do país, de acordo com o Enem-2012, verifica-se que 275 escolas são particulares, um percentual acachapante de 91,66%¹¹¹. Todavia, quando os dados são observados pela média das notas e não pelo *ranking* de desempenho, as escolas públicas federais se saem melhor que as escolas particulares em geral. Segundo os dados da avaliação de 2011 do SAEB – Sistema de Avaliação da Educação Básica, enquanto a rede privada de ensino médio tirou 312,7 em português e 332,8 em matemática, as escolas federais de ensino médio tiraram, respectivamente, 325,4 e 359,0. Comparando o desempenho por região, os alunos das escolas federais de ensino médio se saíram melhor que o das escolas particulares em todas elas. No Sul, a nota das escolas públicas federais foi 330,0 em português e 364,3 em

¹⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial. Ensino superior. Cotas para egressos de instituição pública. Impossibilidade de equiparação dos alunos beneficiários de programa educacional assistencial. Recurso Especial n. 1206619/PR. Recorrente: Universidade Federal do Paraná. Recorrido: Diego Motta Ramos. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 21 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6070455&sReg=200900623896&sData=20091021&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 24.02.2013.

¹¹⁰RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 89.

¹¹¹As 300 melhores escolas do Brasil no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-500-melhores-escolas-do-pais-no-enem?page=1>>. Acesso em: 08 set. 2014.

matemática, enquanto nas escolas privadas foi de 319,4 e 346,2, respectivamente. No Nordeste, os alunos das escolas de ensino médio federal tiraram 322,6 em português e 346,5 em matemática, contra 304,6 e 320,4 nas escolas da rede privada. No Sudeste, os alunos das escolas federais tiraram 324,3 em português e 361,9 em matemática, ao passo que os alunos das escolas particulares tiraram 317,4 e 339,2. No Norte, a situação é ainda pior: enquanto as federais tiraram 320,5 e 342,7 em matemática e português, o desempenho dos alunos das instituições privadas foi de 301,4 e 310,6, respectivamente¹¹².

Os dados acima revelam que o elenco de escolas particulares é bastante eclético. Embora nele figurem as melhores escolas, há um imenso rol de escolas privadas com baixo desempenho. Assim, as escolas particulares formam um grupo demasiadamente amplo, que compreende desde escolas de elite e de altíssimo padrão de ensino a um amplo leque de escolas de baixo-custo, que promete um ensino um pouco acima da média das escolas públicas estaduais, mas inferior ao das escolas federais de ensino médio.

São escolas de pequeno porte, que se instalam nas periferias, visando a uma clientela de baixa-renda que não consegue vaga para os filhos nas escolas públicas próximas de casa ou que procura fugir da violência e das constantes greves no ensino público ou que acredita realmente que está propiciando aos filhos um ensino melhor e faz um esforço ingente para colocá-los numa escola particular, gastando parcela considerável da renda familiar. Pesquisa realizada pela Unicamp revela que 53% dos estudantes brasileiros são provenientes das classes baixa e média baixa; destes, 68% são alunos de escolas privadas, o que evidencia um alto grau de comprometimento econômico de famílias de baixa-renda com investimento na educação de seus filhos, algo semelhante ao que faz a classe média¹¹³. O que essas famílias estão descobrindo agora é que seus filhos estão fora das políticas de ação afirmativa, apenas porque não estudaram todo o ensino médio em escola pública.

¹¹²RESULTADOS Saeb/Prova Brasil 2011. Disponível em <<http://sistemasprovabrasil2.inep.gov.br/resultados/>>. Acesso em: 10.06.2014.

¹¹³MACEDO, Arthur Roquete de. Tratamento Equivocado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 set. 1999. Tendências/Debates. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1409199910.htm>>. Acesso em: 24.02.2013.

O programa de cotas aplicado aos estudantes de escolas públicas fere o princípio da igualdade por violar a cláusula de proibição da arbitrariedade, haja vista que essa categoria nem atende ao conceito de minorias, tampouco ao critério sócio-econômico. O programa necessita ser corrigido, pondo cobro a essa distorção excludente.

Nesse ínterim, cabe ao judiciário suprir a lacuna que malfez o princípio da igualdade. O judiciário é a última fronteira entre o cidadão e o arbítrio do poder público. Quando o judiciário restaura a igualdade, não está atuando como legislador positivo, pois a igualdade não é um bem suscetível de amesquinamento pela legislação¹¹⁴. Aliás, foi essa a lição demonstrada pela Corte Suprema de Pretória em 2008, quando equiparou os chineses étnicos da África do Sul aos negros, para efeitos legais. A ação foi movida pela Associação Chinesa da África do Sul, que alegou que os descendentes chineses sul-africanos eram considerados *coloured* e também foram discriminados durante o *apartheid* tanto quanto os negros¹¹⁵.

A isonomia é o mais fundamental dos direitos fundamentais e poderá sempre ser invocada. Sua aplicação imediata é uma das mais relevantes atribuições do judiciário. A Constituição oferece remédio para os claros de integração legislativa. Negar isso ao cidadão é negar-lhe o próprio acesso à justiça. Tem-se que ater à finalidade das ações afirmativas e incluir todos aqueles que vivem situação materialmente idêntica e que foram excluídos do programa.

¹¹⁴BORGES, José Souto Maior. Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, jul. 1996, p. 31-32.

¹¹⁵MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 246

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ações afirmativas são políticas públicas voltadas à inclusão social das minorias e ao combate à discriminação. O próprio nome “ação afirmativa” representa a mudança do ideal de uma igualdade estática, meramente formal, para uma igualdade dinâmica ou material. A forma básica de atuação das ações afirmativas é a discriminação reversa. Ela consiste em oferecer às minorias, vítimas históricas de discriminação e perseguição, oportunidades onde antes só havia obstáculos.

A origem das ações afirmativas em sua conformação atual, com objetivos e cronogramas específicos para a discriminação reversa, está na Lei de Oportunidade Igual no Emprego, promulgada nos Estados Unidos por Richard Nixon, em 1972, como parte do Plano Filadélfia, cujo objetivo era reduzir a violência racial que assolava a sociedade estadunidense, ameaçando dividir o país. Portanto, as ações afirmativas foram uma reação governamental a uma situação delicada e não uma ideia originada dos movimentos sociais ou haurida em teses acadêmicas.

No entanto, o debate intelectual nos Estados Unidos de há muito tem como eixo as modernas teorias políticas normativas, com destaque para o libertarianismo, o liberalismo-igualitário, o comunitarismo e o multiculturalismo, cada um defendendo sua visão ideal de Estado e de justiça. Consideradas pelos libertários uma intromissão inaceitável do governo, as ações afirmativas sofreram influência do igualitarismo e do multiculturalismo. No liberalismo-igualitário, as ações afirmativas foram percebidas como um programa de justiça redistributiva, com vistas à inclusão social das minorias. Sob a óptica do multiculturalismo, elas passaram a enfatizar a luta pelo reconhecimento da diversidade cultural e o respeito à identidade dos grupos minoritários. Em sua conformação atual, as ações afirmativas refletem essas duas tendências: do liberalismo-igualitário herdou o ideal de justiça redistributiva e do multiculturalismo a ideia de respeito à diversidade cultural. A isso se convencionou chamar de caráter bidimensional da justiça nas ações afirmativas: redistribuição econômica e reconhecimento de identidades.

A tentativa de harmonizar em um só programa filosofias com pontos inconciliáveis resultou em incongruências. É que o modelo liberal-igualitário busca uma pauta material, consistente na inclusão social das minorias, enquanto o multiculturalismo almeja principalmente o reconhecimento das minorias, com a preservação de suas tradições. Assim, para o liberalismo-igualitário as ações afirmativas são uma política temporária, mas para o multiculturalismo trata-se de um programa permanente. No caso das cotas raciais no Brasil, para o liberalismo-igualitarismo a aparência física do cotista importa menos do que o fato de ele possuir uma origem negra e pertencer à camada social mais baixa. Já no multiculturalismo o fenótipo, a cor da pele, é essencial para seus propósitos, pois o grupo minoritário precisa reconhecer-se naquele representante. Por outro lado, como o multiculturalismo considera a demanda material um aspecto secundário, será possível admitir ações afirmativas destinadas a minorias, independentemente da condição sócio-econômica dos beneficiários.

A despeito das idiosincrasias, é preciso questionar se a importação das políticas de ação afirmativa necessita realmente vir acompanhada dos debates sobre teorias políticas que há tempos animam o meio acadêmico norte-americano, opondo liberais e comunitários. Esse confronto intelectual reducionista, que divide o mundo entre atomistas e coletivistas, foi extraído das particularidades históricas e tradições singulares dos Estados Unidos e não necessita ser universalizado, sob uma roupagem aparentemente neutra.

No Brasil, o ideal da liberdade nunca teve esse poder demiúrgico e arrebatador que se lhe atribui nos Estados Unidos; especialmente a liberdade em face do Estado. O modelo norte-americano do Estado neutro não encontra paralelo no Brasil, onde liberdade e igualdade material sempre tiveram um peso equivalente no anseio nacional – sem que na prática o povo tivesse conseguido o suficiente de uma coisa ou outra. As aspirações da nação estão cristalizadas na Constituição, sob a forma da solidariedade e redução das desigualdades materiais. O povo brasileiro só recentemente alcançou uma identidade e agora luta para concretizar a democracia. Não a democracia no aspecto político, mas democracia social. Uma

nação buscando saldar seu enorme *déficit* de cidadania; é com esse espírito que se deve analisar as ações afirmativas.

A própria questão racial se desenvolveu no Brasil de uma maneira absolutamente diferente da divisão birracial e segregacionista que caracterizou a sociedade norte-americana. Quando as escolas de teorização racistas chegaram ao Brasil, provenientes da Europa e Estados Unidos, a sociedade já era demasiadamente miscigenada para aceitar o pressuposto da degenerescência do mulato sem abalar um aspecto estabelecido da sociedade e lançar uma sombra sobre muitos membros da elite. A solução foi alimentar a crença de que a miscigenação racial promoveria o progressivo embranquecimento da população, dando início à ideologia do branqueamento, com forte investimento na implantação de colônias de imigrantes europeus.

Quando as premissas racistas se tornaram anacrônicas, a nação iniciou a busca por uma identidade própria e por uma explicação para o seu atraso econômico que não recorresse ao discurso fácil do determinismo racial. Clássicos como *Casa-Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre, compuseram um painel positivo da sociedade brasileira, em que a miscibilidade era vista sob um enfoque original e otimista. *Formação do Brasil Contemporâneo*, de Caio Prado Jr., procurou explicar o atraso econômico e político a partir das relações mercantilistas estabelecidas entre a metrópole e a colônia. Sérgio Buarque de Holanda teceu um retrato original do brasileiro como um *homem cordial*, alguém que age por uma ética de fundo emotivo e personalista, e não atribuiu esse fator negativo ao determinismo racial, mas a traços herdados e adaptados do povo lusitano.

No campo político, o que caracteriza essa fase é o tom ufanista com que se celebrou a existência de uma fraternidade racial no Brasil, como se fosse um exemplo de superioridade moral da nação. Ocorre que essa suposta fraternidade racial adotava o velho pressuposto da ideologia do branqueamento, segundo o qual o Brasil era um país livre de preconceito racial. Além disso, apesar de reconhecer a contribuição valiosa do negro e do índio na formação do povo brasileiro, o branco continuava a ser o modelo ideal, reforçando a ideia de embranquecimento. Assim, a terceira fase na evolução do pensamento racial no Brasil procurou desconstruir o

que chamou de mito da democracia racial para, a partir do reconhecimento da existência de racismo, procurar erigir uma proposta real de democracia racial.

A grande contribuição desta etapa do pensamento racial no Brasil não se resume à desconstrução dos mitos da democracia racial e da escravidão benigna. Ela expôs a face oculta do preconceito racial no Brasil, com suas formas sub-reptícias de discriminação, disfarçadas em relações raciais complexas. Foi nessa fase que se revelou a diferença entre o preconceito de origem, praticado nos Estados Unidos e baseado na hereditariedade, e o preconceito de marca, existente no Brasil e baseado na aparência física. Uma distinção que se tornou referência na abordagem das relações raciais. É também fruto dessa fase a revelação de que a cor da pele serve como índice de condição social no país, exprimindo simbolicamente a distância que separa as camadas sociais.

A etapa atual na evolução do pensamento racial no Brasil se iniciou na década de 1980 e é marcada pela luta da sociedade civil organizada pelo reconhecimento oficial do racismo como uma marca da sociedade brasileira. O reconhecimento oficial de que a comunidade política contribuiu para a prática de injustiças históricas contra a minoria negra abriu espaço para expressões tangíveis de reparação dos efeitos deletérios dessa injustiça nas gerações presentes, através das ações afirmativas.

As ações afirmativas no Brasil são fundamentalmente baseadas no sistema de cotas rígidas, o que reflete mais uma necessidade do que uma opção. Institutos como a licitação, o concurso público e o vestibular são baseados em um critério meritocrático e impessoal, visando à neutralização de influências do nepotismo e do fisiologismo, o que oferece pouca margem para outras modalidades de ação afirmativa.

Concebidas inicialmente como políticas públicas em favor da minoria negra, as ações afirmativas para o acesso ao ensino superior converteram-se em cotas sociorraciais, a baixa condição social atuando como condição preponderante à raça. Isto ocorreu porque o critério meritocrático é um modelo excludente, mas a exclusão que ele promove é determinada pela condição social do candidato e não por suas

características físicas, que são desconhecidas do avaliador. Outra razão é que as cotas sociais são mais bem assimiladas por uma parcela da população que insiste em negar a existência de preconceito racial no Brasil. Uma última explicação é que o preconceito de marca termina por se confundir com o preconceito social, a luta do grupo discriminado coincidindo com a luta de classes.

As cotas sociorraciais se expressam juridicamente através de duas normas, a que cria o sistema de cotas – indicando o benefício, os beneficiários e o percentual de vagas reservadas – e a que define as condições para que alguém seja beneficiário do programa. Esta segunda norma jurídica é necessária sempre que não existir um padrão certo e estreme de dúvidas sobre a identificação de membros de determinadas minorias, como sói ocorrer em culturas onde prevalece o preconceito de marca, em que o limiar entre o negro, o mulato e o branco é indefinido, variando subjetivamente. É essa falta de parâmetros de identificação que a segunda norma pretende superar.

Em uma relação sintática, que estabeleça uma ordem de relevância entre ambas, a norma que cria o sistema de cotas é primária, porque tem por objeto a própria ação, e a que estabelece os critérios para se concorrer pelas cotas é uma norma secundária, pois tem por objeto a norma anterior. Isto significa que a segunda norma não tem a pretensão de oferecer um conceito definitivo sobre raças, mas apenas fornecer elementos para que alguém possa concorrer ao programa de cotas sociorraciais. Ela não estabelece conceitos, mas condições. Pode, por exemplo, afirmar que para concorrer às cotas raciais basta o candidato declarar-se preto ou pardo.

Sobre a norma primária, responsável pela concepção das ações afirmativas, observa-se que um ponto nodal do sistema de cotas passou praticamente despercebido do sistema judiciário e completamente alheio ao debate acadêmico e doutrinário. Trata-se do percentual reservado às cotas. Embora tratado com indiferença pela doutrina e jurisprudência, ele tem um impacto direto na qualidade da vida acadêmica, maior até que a existência das cotas em si. O próprio nome “cota” diz mais sobre percentual do que qualquer outro elemento do programa.

A Lei n. 12.711 destinou metade das vagas nas universidades federais às cotas. Seus idealizadores ignoraram o sentido emulado da palavra “cota”, como uma parte que é menor que o todo, e utilizaram como parâmetro a proporção de pretos e pardos na população brasileira e de estudantes no ensino médio da rede pública, numa evidente confusão entre proporcionalidade numérica e jurídica. Ocorre que o critério demográfico não é válido para fixar o percentual das cotas. Aliás, ele é a própria negação das cotas como políticas públicas.

O critério adotado na fixação do percentual das cotas não é válido porque refoge ao propósito de neutralização dos efeitos da discriminação injusta, um dos objetivos declarados das ações afirmativas. Ele viola o artigo 1º, §4º, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que não permite discriminações positivas que conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos sociais.

Além disso, é o ambiente de excelência acadêmica com que os candidatos aprovados pelo sistema de cotas se deparam nas universidades que os motiva a buscar qualidade profissional. Embora a meritocracia possa ser mitigada nas condições de acesso ao ensino superior para atender a propósitos democráticos, ela continua a ser o parâmetro primordial. A reserva excessiva de vagas quebra essa premissa. Comprometer ou colocar em risco a qualidade da vida acadêmica vai de encontro ao artigo 208, V, da Constituição, o qual dispõe que o acesso aos níveis mais elevados de ensino far-se-á segundo a capacidade de cada um.

Finalmente, a reserva excessiva de vagas contraria o enunciado da igualdade. O sistema de cotas deve primar pela fixação de percentuais mínimos, em um patamar que assegure a presença das minorias. A maior parcela das vagas deve ser deixada à disputa da maioria, ficando abertas ao talento pessoal e à disputa geral por oportunidades, sob pena de quebra do princípio da não discriminação, contido no enunciado da igualdade, e da garantia democrática da liberdade pessoal.

Por outro lado, o debate mais profícuo sobre as ações afirmativas se limitou à norma primária, responsável pela própria concepção do sistema de cotas. A norma secundária, destinada a estabelecer as condições para que o interessado possa

concorrer às cotas, ficou relegada a um segundo plano. Deve-se compreender, no entanto, que ao fornecer elementos que se referem ao reconhecimento das pessoas, essa norma a princípio irrelevante pode levar a batalhas políticas e ideológicas acerbadas, porque lida com uma ideia inapelavelmente ambígua que é a identidade.

O julgamento da ADPF n. 186 é um caso emblemático. Ao autorizar a heteroidentificação racial, legitimando a prática universitária de criar comitês de identificação racial, o Supremo Tribunal Federal pôs em risco a própria finalidade das ações afirmativas como política pública que visa ao reconhecimento de identidades. A heteroidentificação, aplicada sozinha, repete um padrão condenável: todas as formas odiosas de discriminação racial vistas na história partiram de uma heteroidentificação. Precedida da autoidentificação – um modelo em que o candidato primeiro declara a sua raça e alfin uma comissão checa a veracidade da declaração – a heteroidentificação é tão agressiva quanto: ela estimula o cidadão a reconhecer sua raça, para depois negá-la.

Além de autorizar a heteroidentificação, aquele sodalício também elegeu o fenótipo como critério para a identificação racial e estabeleceu requisitos que padecem de contradições incontornáveis. Destarte, ao assumir que o padrão de identificação são as marcas raciais, especialmente a cor da pele, não há porque estabelecer requisitos despiciendos e até ladinos. Desnecessária a elaboração de formulários com questões sobre raça para checar a coerência da autoidentificação do candidato se a resposta está na sua aparência. A assinatura de uma declaração formal pelo candidato não tem outra intenção senão a de intimidá-lo. A entrevista é sem sentido, a menos que tenha o propósito oculto de checar a cor do candidato, à custa de constrangimento.

Ademais, a identificação da raça pela aparência física da pessoa é típica de culturas onde predomina o preconceito de marca, como é o caso do Brasil. No entanto, o preconceito de marca agrega elementos que vão muito além do fenótipo e da cor da pele. Nele, a identificação racial varia em função do grau de miscigenação, da condição sócio-econômica, do nível intelectual e até da região, ou seja, da soma de caracteres físicos, culturais, sociais, econômicos e regionais. Se o limiar entre negros e brancos é indefinido, sua confirmação não pode ficar à porfia de uma

banca de analistas que só poderá produzir decisões arbitrárias, insuscetíveis de motivação e fundamentação.

Se o conceito de raça não é científico, mas cultural, essa construção complexa não pode ser reduzida a uma questão de aparência física, precipuamente de cor da pele, apenas para garantir objetividade no julgamento por terceiros. Permitir que comitês avalizem a raça dos pretendentes às cotas raciais viola o princípio da dignidade humana, pois submete os candidatos a uma corte racial ilegítima, dotada de autoridade para negar sua identidade racial, podendo levar cidadãos honestos a dilemas morais e crises de identidade.

O melhor método disponível para a identificação racial é a autoidentificação. Não é um critério autoritário, não viola a dignidade das pessoas e é amplamente aceito no Brasil, sendo usado pelo censo do IBGE, para o acesso ao benefício da assistência judiciária (Lei 1.060/50), para regulamentar a demarcação quilombola (Decreto n. 4.887/03) e para garantir o exercício das liberdades religiosas e de convicção filosófica (Art. 5º, VIII, CF). No plano internacional, a autoidentificação é utilizada pela Convenção n. 169-OIT, que vem a ser a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, e foi o método recomendado pelo Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial, órgão das Nações Unidas encarregado de interpretar e aplicar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Além de ser um critério eticamente válido, a autoidentificação é amparada na noção de responsabilidade moral do cidadão. Pode não ser o critério mais justo, nem o mais indene a fraudes, mas certamente é o mais justo dentre os disponíveis e o risco de fraude é um dano menor do que aquele causado ao se atribuir a terceiros poderes para definir questões de raça.

Problema igualmente relacionado à má aplicação da norma secundária encontra-se na Lei n. 12.711, destinada a estabelecer as condições para alguém poder concorrer às cotas sociorraciais nas universidades. Houve uma evidente incompreensão acerca da identificação do candidato de baixa condição sócio-econômica. Ao destinar as cotas exclusivamente aos alunos de escolas públicas, a lei não só desatendeu ao critério social que ela mesmo elegeu, como se tornou um instrumento de exclusão social. É que alunos de escolas públicas não são

obrigatoriamente pessoas de baixa-renda, nem são os únicos de baixa-renda. O ensino público é gratuito no Brasil, independentemente da condição sócio-econômica do aluno.

O argumento de que a medida visa a compensar a defasagem do ensino público em relação à rede privada de ensino é leviana, pois parte da falsa premissa de que toda escola pública é defasada e toda a rede particular de ensino tem alto nível de excelência. Escolas técnicas federais, colégios militares e de aplicação têm um excelente nível de ensino e são disputados por alunos de classe média. Enquanto isso, todo um contingente de alunos de cursos supletivos, bolsistas de escolas privadas, estudantes do sistema SESI de educação, de fundações privadas como a Fundação Bradesco, de escolas mantidas pelo programa CNEN – Campanha Nacional de Escolas da Comunidade, de escolas pias e de escolas privadas *low cost*, de baixo custo e qualidade idem, têm sido sistematicamente barrados nos programas de cotas sociorraciais, embora sejam tão carentes dessas cotas quanto seus colegas da rede pública e mais carentes até que muitos alunos de escolas públicas elitizadas.

A exigência de que o candidato às cotas tenha estudado todo o ensino médio em escola da rede pública necessita de reforma legal, porque não é medida idônea para aferição da condição social. Enquanto essa mudança não ocorre, o Judiciário precisa rever sua postura diante dos casos que lhe chegam. Atualmente, prevalece o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, de que não é possível interpretar extensivamente as normas relativas às políticas de ação afirmativa, sob pena de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, inviabilizando-as. É necessário reforçar a ideia de que o judiciário não está atuando como legislador positivo quando restaura a igualdade, pois a igualdade não é um bem suscetível de amesquinamento pela legislação. Todos aqueles que vivem situação materialmente idêntica têm direito ao acesso às cotas sociorraciais. É preciso se ater à finalidade das políticas públicas de ação afirmativa e incluir todos aqueles que vivam situação materialmente idêntica, mas que ficaram de fora por equívoco ou por capricho dos que conceberam o programa.

Lobrigam-se erros graves nos programas de cotas sociorraciais. Nos moldes atuais, eles são um mecanismo de exclusão de significativa parcela da população de baixa-renda que não estudou em escolas públicas. Doutra banda, não haverá democratização dos cursos de alto prestígio social, como Direito, Medicina, Engenharia etc., os quais continuarão a ser redutos exclusivos de elites, doravante aquelas enquistadas nas escolas públicas de melhor conceito.

O alto percentual de vagas reservadas às cotas, por sua vez, depõe contra o primado da excelência acadêmica e viola convenções internacionais que não permitem que discriminações positivas de qualquer forma conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos sociais. Finalmente, a permissão conferida pelo STF para que comitês universitários procedam à heteroidentificação racial do pretendente às cotas lança uma sombra sobre as ações afirmativas como política de reconhecimento de identidades.

As ações afirmativas necessitam de reformulação legislativa urgente, a fim de incluir toda uma clientela que hoje se encontra alijada do sistema universitário de cotas. É preciso, também, reduzir o percentual de vagas destinadas às cotas a um patamar que assegure a presença das minorias, mas deixando a maior parcela de vagas acessível à livre disputa, sob pena de se violar o princípio da não-discriminação e da garantia democrática da liberdade pessoal. Nesse ínterim, é imprescindível que o Poder Judiciário reveja seus precedentes e permita incluir nas políticas públicas de ação afirmativa todo um contingente de alunos negros e pobres que não estudou em escolas públicas. Impende, igualmente, que o Supremo Tribunal Federal reveja sua decisão de consentir com a existência de comitês com poderes para avaliar a raça dos interessados em concorrer às cotas, sob pena de violação do princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS CIENTÍFICOS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Formação da Diplomacia Econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império**. 2ª Ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo.

ALVES FILHO, Aluizio. **Manoel Bomfim: combate ao racismo, educação popular e democracia radical**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Livia. **Igualdade e Meritocracia: A ética do desempenho nas sociedades modernas**. 4ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

_____. **O Jeitinho Brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branços e Negros em São Paulo: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana**. 4ª ed. São Paulo: Global, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

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.

BERALDO, Antonio Fernando; MAGRONE, Eduardo. Política de Cotas na Universidade Federal de Juiz de Fora: avaliação 2006-2011. In: SANTOS, Jocélio Teles dos (Org.). **O Impacto das Cotas nas Universidades Brasileiras (2004-2012)**. Salvador: CEAO, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A Era dos Direitos**. 9ª Ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11ª Ed. V. 1. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **O Tempo e os Homens**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BORGES, José Souto Maior. Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 29-34, jul. 1996.

BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. Sobre as Artimanhas da Razão Imperialista. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 15-33, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n1/a02v24n1.pdf>>. Acesso em: 04.01.2013.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Brasileira: Será esse o caminho?** Campinas: Autores Associados, 2005 (Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, 92).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CATÃO, Adrualdo. **A Fundamentação dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. (org.). **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: EDUFPB, 2012, v. 1, p. 283-305.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões: Campanha de Canudos**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

DRESCHER, Seymour. **Escravidão – Uma história da escravidão e do antiescravidão**. Tradução: Antônio Penalves Rocha. São Paulo: UNESP, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **O Direito da Liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto:** estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2008.

_____. **Ulisses y las Sirenas:** estúdios sobre racionalidad e irracionalidad. Tradução: Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão e dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional.** Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global Editora, 2010.

_____. **O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX.** 4ª Ed. São Paulo: Global Editora, 2010.

_____. **Sobrados & Mucambos:** decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 15ª ed. São Paulo: Global Editora, 2004.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em: 08.02.2013.

_____. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional.** Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08.02.2013>.

_____. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 09.02.2013.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional.** Tradução: Márcio S. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2011.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWN, Eric. **Tempos Fraturados**: cultura e sociedade no Século XX. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1936 (Coleção Documentos Brasileiros, 1).

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

JAMES, William. **Pragmatismo**. Tradução: Jorge Caetano da Silva. Martin Claret: São Paulo, 2006. 175p. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 188)

KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira**: necessidade ou mito? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KYMLICKA, Will. , **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASCOUMES, Pierre; GALÈS, Patrick le. **Sociologia da Ação Pública**. Tradução: George Sarmento. Maceió: edUFAL, 2012.

LUKES, Steven. **O Curioso Iluminismo do Professor Caritat**: uma comédia de ideias. Tradução: Teresa Curvelo. Lisboa: Gradiva, 1995.

MAFFETONE, Sebastiano; SALVATORE, Veca (Orgs.). **A Idéia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue**: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 100-111, jul. 1996.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Rio de Janeiro, Ano I, n. 1, p. 82-91, abr. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NABUCO, Joaquim. **Discursos Parlamentares** (1789-1889). Vol XI. São Paulo: Instituto Progresso Editorial. [19?] (Obras Completas de Joaquim Nabuco), p. 60-67. Disponível em: <<http://www.brasiliana.usp.br/bbd/handle/1918/024049-11#page/7/mode/1up>>, Acesso em: 24.05.2014.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca: as relações raciais em Itapetininga**. São Paulo: Edusp, 1998.

_____. Preconceito Racial de Marca e Preconceito Racial de Origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social** – Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 1

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **O Liberalismo Político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: *wmf* Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 85-99, jul. 1996.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª Ed. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Direito e Ciências Afins, 6).

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 5ª Ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Jocélio Teles dos; QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. O impacto das cotas na Universidade Federal da Bahia (2004-2012). In: SANTOS, Jocélio Teles dos (Org.). **O Impacto das Cotas nas Universidades Brasileiras (2004-2012)**. Salvador: CEAO, 2013.

SARMENTO, George. **As gerações dos Direitos Humanos e os Desafios da Efetividade**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 02.02.2013.

_____. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 15,22. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 02.01.2013.

SCHLICHTHORST, Carl. **O Rio de Janeiro Como É (1824-1826)**: uma vez e nunca mais. Tradução: Emmy Dodt e Gustavo Barroso. Brasília: Senado Federal, 2010. (Edições do Senado Federal, 154).

SCHWARCZ, Lilia Moritz. A questão racial brasileira vista por três professores: Florestan Fernandes, João Batista Borges Pereira, Oracy Nogueira. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p. 169-179, dez/fev. 2005-2006. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/68/14-florestan-joao-oracy.pdf>>. Acesso em: 02.02.13.

SEN, Amartya. **A Idéia de Justiça**. Tradução: Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco**: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução: Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SORTO, Fredys Orlando; BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; LOSANO, Mario G. **Solidaridad y Derechos Humanos en Tiempos de Crisis**. Madrid: Dykinson S. L., 2011 (Cuadernos Bartolomé de Las Casas).

SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. Tradução: Maurício G. Righi. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

_____. **Conflito de Visões**: Origens Ideológicas das Lutas Políticas. Tradução: Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

STONEQUIST, Everett. **O Homem Marginal**: estudo de personalidade e conflito cultural. Tradução: Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins Editôra, 1948.

TELLES, Edward. **Racismo à Brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003.

WALSH, Robert. **Notícias do Brasil** (1828-1829). Vol. I e II. Tradução: Regina Régis Junqueira. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1985. 2v. (Coleção Reconquista do Brasil; nova sér., 74).

WALTENBERG, Fábio D.; CARVALHO, Márcia de. Cotas aumentam a diversidade dos estudantes sem comprometer o desempenho? **CEDE – Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento**. Texto para Discussão nº 73. Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/TD73.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2014.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial. Ensino superior. Cotas para egressos de instituição pública. Impossibilidade de equiparação dos alunos beneficiários de programa educacional assistencial. Recurso Especial n. 1206619/PR. Recorrente: Universidade Federal do Paraná. Recorrido: Diego Motta Ramos. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 21 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6070455&sReg=200900623896&sData=20091021&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 24.02.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf> >. Acesso em: 22.08.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.+OU+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/buppjs3>>. Acesso em: 16.02.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703-RS. Recorrente: Banco Itaú S.A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 05 de junho de 2009. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703.NUME.+OU+349703.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnq4bae>>. Acesso em: 22.08.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 597.285-RS. Recorrente: Giovane Pasqualito Fialho. Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 09 de maio de 2012. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1ª. Ensino superior. Vestibular. Lei distrital n. 3.361/2004 e Decreto Distrital n. 25.394/2004. Sistema de cotas. Aluna egressa de escola pública que cursou um ano de ensino fundamental como bolsista em escola particular. Carência demonstrada. Direito à matrícula no curso pleiteado. Agravo em Agravo Regimental n. 0013024-18.2009.4.01.000. Agravante: Fundação de Ensino e Pesquisa em Ciência da Saúde. Agravado: Jaqueline Pereira do Nascimento. Relatora: Des. Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 03 de julho de 2009. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 24.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Administrativo. Concurso Público. Vestibular. Cotas Raciais. Auto-declaração de grupo racial. Posterior análise por comissão. Previsão do Edital. Legalidade. Processual civil. Agravo retido. Produção de prova pericial. Apelação Cível n. 2005.70.00.007180/PR. Apelante: Rodger Luiz Alves Ferreira. Apelado: Universidade Federal do Paraná. Relator: Juiz Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1966381&termosPesquisados=cotas|raciais|auto-declaracao>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Administrativo. Ensino Superior. Matrícula. Vaga prevista no sistema de cotas sociorraciais. O fato de o impetrante ter cursado duas disciplinas em estabelecimento particular, com o fim de concluir o segundo grau, não afasta sua condição de aluno do ensino público. Aplicação dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apelação/Reexame necessário n. 2008.71.00.020459/RS. Apelante: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Apelado: Sergio Luiz dos Santos Escarel. Relator: Des. Federal Valdemar Capeletti. Porto Alegre, 29 de julho de 2009. Disponível em <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2927581&termosPesquisados=cotas|ensino|superior>. Acesso em: 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Administrativo. Processual Civil. Mandado de Segurança. Ensino superior. Matrícula em universidade pelo sistema de cotas sociorraciais. Inconstitucionalidade. Desatendimento ao requisito previsto pela instituição. Ensino médio cursado em escola privada com bolsa. Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.029451-5/RS. Agravante: Jaci Alcântara. Agravada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Relator: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 9 de novembro de 2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3088194>. Acesso em: 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Agravo de Instrumento. Cotas Raciais. Realização de entrevistas. Possibilidade. Não é possível substituir-se a entrevista e avaliação pessoal efetivada pela Comissão de Implementação e Acompanhamento de Programas de Ações Afirmativas de Inclusão Racial e Social da UFSM. Agravo n. 5004749-74.2010.404.0000/RS. Agravante: Universidade Federal de Santa Maria. Agravado: Mauro Correa Rodrigues. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Porto Alegre, 05 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3722876>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Agravo em agravo de instrumento. UFSC. Sistema de cotas raciais. Definição de afrodescendente. Ausência de critérios objetivos prefixados. Do mesmo modo, o parecer da Comissão é omissivo quanto às características físicas que estariam a afastar o Autor da condição de afro-brasileiro; circunstância, aliás, que deveria ter sido investigada de uma forma mais técnica e não apenas através de uma entrevista. Agravo nº 5005796-15.2012.404.0000/SC. Agravante: Guilherme Vinícius da Cruz Lima. Agravado: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Relator: Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 23 de maio de 2012. Disponível em <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5020376&termosPesquisados=cotas|raciais>. Acesso em: 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Agravo. Direito Administrativo. Universidade Federal de Santa Maria. Cotas Raciais. Cancelamento de matrícula pelo não preenchimento dos requisitos do edital. Ilegalidade. Processo Administrativo que afronta a ampla defesa e o contraditório. Agravo de instrumento n. 5005219-37.2012.404.0000/RS. Agravante: Universidade Federal de Santa Maria. Agravado: Andrius Moreira Bueno. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 26 de julho de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5148114>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação / Reexame Necessário. Administrativo. Vestibular. Ações Afirmativas. Cotas Raciais. Autodeclaração. Cancelamento de matrícula pela Universidade. Legalidade. Apelação / Reexame Necessário n. 0002572-96.2009.404.7102/RS. Apelante: Universidade Federal de Santa Maria. Apelada: Julie dos Santos. Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de setembro de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4462962>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Agravo em agravo de instrumento. Mandado de Segurança. Antecipação de Tutela. UFSC. Cotas raciais. Validação de autodeclaração. Assegurado o direito à matrícula. Agravo legal em agravo de instrumento n. 5004889-40.2012.404.0000/SC. Agravante: Adalberto Costa Oliveira. Agravada: Universidade Federal de Santa Catarina. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 16 de maio de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4994830>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Direito Constitucional. Direito da Antidiscriminação. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas. Proteção contra discriminação de identidades e de escolhas fundamentais. Cotas Étnico-Raciais. Reserva de Vagas. Autodeclaração de identidade racial. Compreensão e relevância constitucional de raça. Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Revisão Administrativa. Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR. Apelante: Angélica Xavier de Miranda Ribas Vianna. Apelado: Universidade Federal do Paraná. Relator p/ Acórdão: Des. Federal Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 05 de agosto de 2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2980829>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Cível. Direito Constitucional. Direito da Antidiscriminação. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas. Proteção contra discriminação de identidades e de escolhas fundamentais. Cotas Étnico-Raciais. Reserva de Vagas. Autodeclaração de identidade racial. Compreensão e relevância constitucional de raça. Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Revisão Administrativa. Apelação Cível n. 5003280-56.2011.404.0000/PR. Agravante: Ricardo Augusto Bittencourt Cabral. Agravada: Universidade Federal do Paraná. Relator p/ Acórdão: Des. Federal Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 28 de outubro de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4613173>. Acesso em: 16.02 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Constitucional. Ensino Superior. Universidade. Cotas. Apelação Cível n. 2008.71.00.002224-2/RS. Apelante: Danielle Crescenti. Apelada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3263177>. Acesso em: 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Administrativo. Ensino superior. Matrícula. Sistema de cotas. Constitucionalidade. Percentual de reserva. Autonomia da universidade. Apelação Cível n. 507421-SE. Apelante: Mariana Menezes Mattos. Apelada: Universidade Federal de Sergipe. Relator: Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (convocado). Recife, 10 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/processo/00011015820104058500>>. Acesso em: 12.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Arguição de Inconstitucionalidade. Sistema de cotas. Alunos egressos de escolas públicas federais, estaduais e municipais. Razoabilidade. Constitucionalidade. Arguição de Inconstitucionalidade em APELREEX n. 12664/01/SE. Relator p/ acórdão: Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto. Recife, 08 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 12.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Administrativo. Incentivo para ingresso no vestibular pelo regime de cotas. Aluno de escola pública federal. Impossibilidade. Princípio da Isonomia. Ausência de violação. Agravo de Instrumento n. 77575-PE. Agravante: José Soares Coutinho. Agravada: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Recife, 06 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Administrativo. Universidade. Acesso. Sistema de cotas. Litisconsórcio Passivo Necessário. Descabimento. Resolução n. 80/UFS. Razoabilidade. Ausência. Apelação desprovida.

Apelação Cível n. 509269-SE. Apelante: Universidade Federal de Sergipe. Apelada: Igor Alves Santa Rosa. Relator: Des. Federal Edilson Pereira Nobre Jr. Recife, 03 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/12/00013873620104058500_20101203_3739231.pdf>. Acesso em: 12.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Administrativo. Ação Civil Pública. Escola do Recife, vinculada à Universidade Estadual de Pernambuco. Ensino superior. Sistema de bonificação. Sistema de cotas. Compatibilidade com o texto constitucional. Autonomia didática e científica. Impossibilidade de reanálise [sic] pelo poder judiciário. Benefício de 10% sobre a nota final. Critério de ingresso adotado pela universidade que exclui a Escola do Recife. Possibilidade diante da peculiaridade da escola, classificada em 3º lugar no ENEM (2010) entre todas as escolas do Recife. Impossibilidade de privilegiar aquela instituição. Apelação Cível n. 00010027220114058300-PE. Apelante: Defensoria Pública da União. Apelada: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Relator: Des. Federal Élio Wanderlei de Siqueira Filho. Recife, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2011/10/00010027220114058300_20111026_4257749.pdf>. Acesso em: 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Vestibular. Sistema de cotas. Reserva de cinquenta por cento das vagas em todos os cursos. Critérios sociais (sistema público de ensino) e étnicos (negros, pardos e índios). Compatibilidade com o texto constitucional. Autonomia universitária. Inversão da sucumbência. Artigo 20, §4º, do CPC. Apelação Cível n. 505797-SE. Apelante: Universidade Federal de Sergipe. Apelado: Guilherme Maciel de Oliveira. Relator: Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (convocado). Recife, 07 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/10/00019858720104058500_20101007_3672011.pdf>. Acesso em: 12.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5. Constitucional. Vestibular. Sistema de cotas. Reserva de cinquenta por cento das vagas em todos os cursos. Critérios sociais (sistema público de ensino) e étnicos (negros, pardos e índios). Compatibilidade com o texto constitucional. Autonomia universitária. Questão de evidente interesse social. Efetividade à isonomia. Indenização. Danos morais. Inocorrência. Inversão da Sucumbência. Sem ônus. Beneficiário da justiça gratuita.

Apelação Cível n. 510829-SE. Apelante: Universidade Federal de Sergipe. Apelado: Kleiton Fabian Santos. Relator: Des. Federal Margarida Cantareli (convocada). Recife, 03 de dezembro 2010. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/12/00030199720104058500_20101203_3773323.pdf>. Acesso em: 12.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5ª. Administrativo. Vestibular. Incentivo de inclusão social e desenvolvimento regional. “Sistema de cotas”. Candidatos que concluíram o ensino médio mediante supletivo. Apelação Cível n. 450984-PE. Apelante: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Apelado: Ana Cláudia de Melo Amorim. Relator: Des. Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2009/03/200883000054512_20090318.pdf>. Acesso em: 24.02.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 5ª. Constitucional e Administrativo. AGTR. Sistema de cotas. Ingresso em universidade pública. Aluno que estudou em escola cenequista. Entidade de direito privado de natureza equiparada à escola pública. Atendimento das exigências legais para ingresso pelo sistema especial de cotas reservadas aos alunos egressos da escola pública. Razoabilidade. AGTR provido. Agravo de Instrumento n. 123365/PB. Agravante: Caio Germano Martins de Medeiros. Agravada: Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Relator: Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Recife, 26 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 24.02.2013.

US. Supreme Court. Plessy v. Ferguson, decided May 18, 1896, 163 U.S. 537-564 (1896). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/163/537/case.html>>. Acesso em: 26.09.2010.

DOCUMENTOS LEGAIS

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 set. 2002. Seção 1. P. 4. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4377-13-setembro-2002-476386-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10.02.2013.

BRASIL. Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003. **Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 2003. Seção 1, p. 04. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 10.02.2013.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Seção 1, p. 01. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2004/decreto-5051-19-abril-2004-531736-publicacaooriginal-13709-pe.html>>. Acesso em: 10.02.2013.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Seção 1, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11.02.2013.

BRASIL. Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Seção 1, p. 10536. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-norma-pe.html>>. Acesso em: 10.02.2013.

BRASIL. Lei federal n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. **Estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1950. Seção 1, p. 2161. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1060-5-fevereiro-1950-363465-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13.02.2013.

BRASIL. Lei federal n. 12.288, de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jul. 2010. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12288-20-julho-2010-607324-norma-pl.html>>. Acesso em: 13.02.2013.

BRASIL. Lei federal n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 ago. 2011. Seção 1, p. 3. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12711-29-agosto-2012-774113-veto-137504-pl.html>>. Acesso em: 10.02.2013.

BRASIL. Lei federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Seção 1, p. 27833. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9394-20-dezembro-1996-362578-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13.02.2013.

BRASIL. Portaria Normativa n. 18, de 11 de outubro de 2012. **Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto n. 7.824, de 11 de outubro de 2012**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 out. 2012. Seção 1, p. 16. Disponível em: <<http://www1.ifro.edu.br/selecao/psu2013-1/editais/PORTARIA%20NORMATIVA%20No%2018,%20de%2011%20de%20outubro%20de%202012.pdf>>. Acesso em: 10.02.2013.

BRASIL. Projeto de lei n. 73, de 24 de fevereiro de 1999. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 mar. 1999, p. 09545. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAR1999.pdf#page=78>>. Acesso em: 24.02.2013.

U.S. CERD General Recommendation VIII, August 22, 1990. **Concerning the Interpretation and Application of Article 1, Paragraphs 1 and 4 of the Convention Identification with a Particular Racial or Ethnic Group**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/453882fd22.pdf>>. Acesso em: 09.02.2013.

U.S. Civil Rights Act, July 2, 1964. **To enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes**. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html>. Acesso em: 10.02.2013.

U.S. Executive Order n. 10.925, March 6, 1961. **Establishing The President'S Committee On Equal Employment Opportunity**. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 10.02.2013.

U.S. Executive Order n. 11.246, September 28, 1965. **It is the policy of the Government of the United States to provide equal opportunity in Federal employment for all qualified persons, to prohibit discrimination in employment because of race, creed, color, or national origin, and to promote the full realization of equal employment opportunity through a positive, continuing program in each executive department and agency. The policy of equal opportunity applies to every aspect of Federal employment policy and practice**.

Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 09.02.2013

U.S. Racial Integrity Act, 1924. **An Act to Preserve Racial Integrity**. Disponível em: <http://www2.vcdh.virginia.edu/encounter/projects/monacans/Contemporary_Monacans/racial.html>. Acesso em: 04.10.2010.

DOCUMENTOS EM MEIO ELETRÔNICO

COVEST. Vestibular 2010 UFPE. Manual do Candidato. Disponível em <http://www.covest.com.br/manual_vest_2010/normas_03.html>. Acesso em: 24.02.2013.

RESULTADOS Saeb/Prova Brasil 2011. Disponível em: <<http://sistemasprovabrasil2.inep.gov.br/resultados/>>. Acesso em: 10.06.2014.

NOTÍCIAS E MATÉRIAS DE JORNAIS

Aluno de escola federal leva vantagem. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2013. Cotidiano, p. 3.

As 30 escolas de cada Estado com melhor desempenho no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-30-melhores-escolas-de-cada-estado-no-enem>>. Acesso em: 08 set. 2014.

As 300 melhores escolas do Brasil no Enem. **Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-500-melhores-escolas-do-pais-no-enem?page=1>>. Acesso em: 08 set. 2014.

BIANCARELLI, Aureliano. 70% dos negros estão empregados, mas a metade ganha até R\$ 200. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 1995. Especial. Racismo Cordial. P. 7. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismo07.pdf>>. Acesso em: 16.02.2013.

CARVALHO, Júlia. O grande erro das cotas. **Revista VEJA**, São Paulo, ano 45, ed. 2.284, n. 35, ago. 2012.

FRAGA, Érica. Cotistas têm desempenho inferior entre universitários. **Folha de São Paulo**, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2013/04/1269984-cotistas-tem-desempenho-inferior-entre-universitarios.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

GRILLO, Cristina. “Pardo é um saco de gatos”, diz estatística. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 1995. Especial. Racismo Cordial. p. 5. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismo05.pdf>>. Acesso em: 16.02.2013.

_____. Brasil quer ser chamado de moreno e só 39% se autodefinem como brancos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 1995. Especial. Racismo Cordial, p. 5. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismo05.pdf>>. Acesso em: 16.02.2013.

MACEDO, Arthur Roquete de. Tratamento Equivocado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 set. 1999. Tendências/Debates. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1409199910.htm>>. Acesso em: 24.02.2013.

SAÇASHIMA, Edilson. **Maioria estuda em escola pública, mas cursa faculdades particulares**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/especiais/pnad/2010/ultimas-noticias/2010/09/08/maioria-estuda-em-escola-publica-mas-cursa-faculdades-particulares.jhtm>>. Acesso em: 12.02.2013.

SEPARATE BUT EQUAL: THE PLESSY V. FERGUSON CASE. **History Matters: The U.S. Survey Course on the Web**. Disponível em: <<http://historymatters.gmu.edu/d/5485/>>. Acesso em: 26.08.2012.

SÉTIMO a votar, ministro Gilmar Mendes julga improcedente a ADPF 186. **Notícias STF**, Brasília, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=206031>>. Acesso em: 17.02.2013.

STF confirma a validade de sistema de cotas em universidade pública. **Notícias STF**, Brasília, 9 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207003>>. Acesso em: 17.02.2013.

UCHINAKA, Fabiana. **Mais brasileiros se assumem negros, diz IPEA**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/05/12/mudanca-na-divisao-racial-do-brasil-e-reflexo-de-mais-pessoas-se-assumindo-negras-diz-ipea.htm>>. Acesso em: 12.02.12.

VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. **Educação e Desigualdade Racial: Políticas de Ações Afirmativas**. São Paulo, Disponível em: <<http://adami.adv.br/raciais/17.pdf>>. Acesso em: 10.02.2013.