

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS RACIAIS EM UNIVERSIDADES E CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DO TEMA

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE RACIAL SHARES IN UNIVERSITYS AND FEDERAL PUBLIC CONCOURSES: A CONSTITUTIONAL ANALYSES ABOUT THE THEME

Roberto Henrique Girão¹

RESUMO

O princípio da igualdade (isonomia) configura-se como meio constitucional pelo qual se assegura tratamento diferenciado aos sujeitos que se encontram em situações desiguais. O Governo instituiu, no ano de 2012, a política das cotas raciais que garantem uma reserva legal de 50% de vagas nas instituições de ensino superior para os estudantes do ensino médio em instituições pública, em virtude da baixa qualidade de educação. Destas quais 25% destinam-se aos intitulados de baixa renda e os outros 25% aos negros, pardos e índios, independente da renda recebida, tomando como critério somente a raça e cor do sujeito. Tal medida, apesar de buscar, em tese, a igualdade social, da forma como foi estabelecida, toma rumo oposto, agravando a desigualdade presente na população e causando grave afronta ao princípio constitucional da igualdade, em diversos pontos. No mesmo sentido, afronta o referido princípio a proposta política de cotas a qual reserva 20% das vagas em concursos públicos a negros e pardos, que atualmente encontra-se em tramitação de urgência perante o Congresso Nacional, devendo ser julgada em quarenta e cinco dias, sob pena de trancamento da pauta. Não se discute aqui a (in)constitucionalidade da política de cotas existente, mas sim, a forma a qual esta foi implantada no Brasil, estabelecendo como discrimen somente o critério da cor da pele e da raça, de modo a tornar-se inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade; Cotas raciais; Princípio; Discrimen.

ABSTRACT

The principle of equality configures as constitutional middle that ensure differences treatment to the subjects who are in different situations about the inequality. The Govern instituted, in 2012 year, the politic of racial cotes that ensures a legal reservation of 50% of the vacancies to the students who attended the high school in public institutions, because of the low quality of the education, that 25% are designate to the people who has little money and the other 25% to the black people and the Indians, no matter the income received, using as standard only the race and the color of the personal. This measure, although searches, in theory, the social equality, as how was established, takes the wrong way, aggravating the inequality that are present in the population

¹ Graduado pela Universidade de Fortaleza de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós Graduando em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

resulting in severe affront to the constitutional principle of the equality, in so many points. In the same sense affronts the referred principle the politic propose of cotes that reservists 20% of the vacancies in public concourses to black people, that actually is in priority processing in the National Congress and must be judged in forty five days, or the agenda will be locked. We are not discussing the (un)constitutionality of the cotes politic, but the form that it have been implanted in Brazil, establishing like discrímen only the standard of the color and the race, becoming unconstitutional.

KEY-WORDS: Equality; Racial Shares; Principle; Discriminant.

INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade torna-se preceito constitucional o qual foi instrumento de evolução, através dos mais diversos conflitos, em termos históricos. Significa tratar igualmente os sujeitos em situações semelhantes e de forma diferenciada os em situações divergentes. Trata-se de claro meio viabilizador da justiça social, que é paradigma em relação a constitucionalidade das normas, motivo o qual encontra-se instituído em âmbito internacional nos mais diversos documentos, e em âmbito interno junto à Carta Maior Brasileira.

No artigo 5º da Constituição, o qual cuida de elencar os direitos e garantias individuais dos cidadãos, expressa a previsão do princípio em comento da seguinte forma: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)*. O que a atual Constituição fez, portanto, foi consagrar, definitivamente, o princípio da igualdade, porém, não apenas em termos formais, mas também em termos materiais. O que quis dizer o legislador constitucional, de forma sucinta, é fazer com que a igualdade não exista somente perante a Lei, pois se assim fosse nada ou muito pouco valeria. Desta forma, o mencionado princípio tem objetivo de fazer com que o Poder Legislativo edite normas ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que estas corrijam ou amenizem as desigualdades sociais históricas. Não obstante, proporcionar ao Poder Executivo a instituição de políticas públicas as quais configurem-se como meios adequados para afirmar e materializar a igualdade perante a sociedade brasileira.

Nesse cenário a Lei nº 12.711/2012, regulada pelo Decreto nº 7.824/12, criou e instituiu a política de cotas raciais no Ensino Superior, a qual determina o mínimo de 50% das vagas destinadas as Instituições de Ensino Públicas sejam destinados aos estudantes de ensino médio cursado em instituições públicas. Dentre essa divisão inicial 25% são destinadas aos estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos do salário-mínimo, enquanto os outros 25% são destinados aos negros, pardos e índios, sem qualquer critério de renda máxima ou mínima.

Não obstante, a atual Chefe do Poder Executivo do País, a presidente Dilma Rousseff, assinou projeto de Lei colocar o qual estabelece a reserva legal também no serviço público federal, instituindo a reserva de, no mínimo 20% das vagas em concursos públicos aos negros e pardos.

Ante o exposto, o presente artigo objetiva esclarecer se a política de cotas raciais, da forma como estabelecida no Brasil, está em consonância com o princípio constitucional da igualdade, ou se representa fundamentação inconsistente, agredindo ao princípio mencionado.

A metodologia utilizada para elaboração do presente artigo teve por base um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas e artigos, com o intuito de solidificar e embasar o referencial teórico, estabelecendo-se interseção entre as áreas jurídica, administrativa, social e econômica, haja vista todas estarem presentes no bojo constitucional.

Quanto à utilização e à abordagem de resultados, teve-se uma pesquisa qualitativa que apreciou a realidade fática do tema, bem como indutiva, uma vez que teve em vista provocar reflexões na sociedade e incentivar a tomada de medidas que motivem o incremento da responsabilidade social.

Em relação aos objetivos, a pesquisa foi descritiva e exploratória, pois buscou descrever, explicar, classificar e esclarecer o problema apresentado e aprimorar as ideias por meio das informações sobre o tema em foco.

Nessa seara, no decorrer do texto, diversas considerações serão abordadas acerca do princípio da igualdade e da sistemática de cotas estabelecidas no País, no intuito de despertar o interesse acerca da matéria, expondo diversos entendimentos de consagrados autores acerca da temática.

1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Antes de conceituarmos o princípio constitucional da igualdade é necessária uma análise histórica de como este instrumento foi construído, porquanto que a isonomia sempre foi discutida em todas as regiões do mundo, independente de épocas, raças ou religiões.

Podemos destacar três etapas no surgimento da igualdade ao povo: a primeira ideia era de que a norma a qual prevalecia sobre o povo era a da desigualdade. Em segundo momento, passou a prevalecer a igualdade, todavia essa era aplicada

igualmente, ainda que determinados sujeitos encontram-se em situações distintas. O momento derradeiro foi quando a lei passou a ser aplicada respeitando a desigualdade dos divergentes e as igualdades dos quais se encontravam em mesmo patamar.

No primeiro momento havia forte distinção entre as classes sociais, de forma a existir separação entre os ricos e os pobres. Assim definiu Rocha (1990, p. 32) a etapa inaugural aderente ao princípio em tela:

[...] a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleceram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades.

Era comum, portanto, a presença da desigualdade na sociedade antiga a qual utilizava-se desta como fundamento para o seu sistema de leis, o qual beneficiava as classes ricas e poderosas em detrimento das classes inferiores, devastados por tanto desequilíbrio. Com esse abismo estabelecido entre as classes, diversas revoluções se propagaram pelo mundo, de modo a causar grande pressão sobre os governantes, que perdiam controle sobre a população. Nesse contexto, o critério da desigualdade caiu, sendo substituído pelo segundo momento da isonomia na sociedade: igualdade sem distinção de situações.

Nesta segunda fase ocorre o avanço da igualdade com o advento do Estado Moderno. A moeda é inserida junto do comércio, causando a queda do sistema feudal. No mesmo contexto, surge a burguesia como nova classe social predominante, que acumula riquezas através dos atos mercantis. Todavia, a igualdade conquistada com o momento histórico não é plena. As leis tratavam de forma igual a todos, o que rompia com o objetivo principiológico, visto que alguns estavam em situações mais favorecidas ou desfavorecidas que outros, de modo a existir uma isonomia somente aparente.

Com o decorrer da evolução histórica, alguns países como França e a Inglaterra, fundamentados nos valores do iluminismo, difundiram as mais diversas ideias relativas a plena isonomia, impulsionando em diversas Constituições o tão consagrado princípio da igualdade, de modo a nos depararmos com o terceiro momento.

No mesmo sentido, diversos documentos internacionais passaram a ser editados: Na Virgínia, foi editada norma constitucional em 1776, expressando que “*todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes.*” Nos mesmos moldes, na França foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), afirmando que os homens nascem e permanecem em igual direito. Quase duzentos anos depois em dezembro de 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos o qual abordava a igualdade em diversos artigos, senão vejamos:

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação;

Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país;

Art. 23, inciso I - Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II - Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Percebe-se então a preocupação constante da sociedade em buscar vitórias referentes a igualdade, legitimando o princípio nas mais diversas Constituições Democráticas, Tratados e Acordos Internacionais, independente de qual ramo da população fosse, como demonstrado acima na área de empregos.

Ao que concerne o direito brasileiro, desde as primeiras Constituições é constante a presença do princípio da isonomia/igualdade. Todavia, em determinados momentos, ainda que existindo previsão constitucional, o princípio não era respeitado. Assim ocorreu na época da escravidão no Brasil (CF/1824) até a Constituição Federal de 1891, a qual, visando elevar o patamar do princípio em tela extinguiu todos os privilégios das classes superiores, ao menos em teoria, visto que na prática isso não ocorreu.

Com o advento da Constituição de 1934 a igualdade foi mantida na Norma Maior. Contudo com o advento da Constituição Federal de 1937 esse princípio foi relativizado, pois trazia elementos que caracterizavam desigualdades em razão de classe, sexo, política, dentre outros fatores. Exemplo disso é a Consolidação das Leis do Trabalho

(DL 5.452/43) a qual previa diferenciação de recebimentos em razão de sexo, nacionalidade ou idade.

Com o advento da Constituição Federal de 1946 o princípio da igualdade no ordenamento jurídico foi consolidado, ocorrendo o veto a proibição de propaganda a qual envolvesse raça ou cor. Na Carta Maior seguinte (CF/1967) passou a ser previsto no texto constitucional punição para o preconceito, representando mais um avanço no patamar de conquistas do princípio.

Finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade foi ratificado com caráter de valor fundamental para uma sociedade sem preconceitos já no preâmbulo. No decorrer do texto da Carta temos diversos outros exemplos de concretização da isonomia, sendo classificada das mais diversas formas. No artigo 3º, por exemplo, é elevada a objetivo da República Federativa:

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

Já ao artigo 5º da Constituição, o qual elenca os direitos e garantias individuais dos cidadãos, há a expressa previsão do princípio em comento da seguinte forma: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)*. O que a atual Constituição fez, portanto, foi consagrar, definitivamente, o princípio da igualdade, não apenas em termos formais, mas também em termos materiais. Portanto a intenção do legislador constitucional, de forma sucinta, é demonstrar que a igualdade não deve existir somente perante a Lei, pois se assim fosse nada ou muito pouco valeria.

Historicamente é honroso mencionar os ensinamentos de Aristóteles que muito antigamente já discorria acerca do princípio em tela: *“parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também parece ser, e o é com efeito, mas não para todos; só é entre aqueles que não são iguais”*. Ou seja, muito antes do princípio constitucional da igualdade ser contemplado nas diversas Constituições mundiais, já se construía a ideia do correto conceito de isonomia, qual seja tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

No Brasil grande maioria da população, notadamente a parcela mais carente financeiramente, não possui níveis igualitários suficientes, materialmente falando, para satisfazer suas necessidades, ainda que as mais básicas e fundamentais. Portanto, a mera igualdade perante a lei em muito pouco contempla a justiça relacionada aos cidadãos do País, justamente em razão da falta de eficiência das normas. Todavia, a intenção do legislador constitucional deve ser observada em dois momentos: frente ao próprio executivo ou legislativo, na edição de normas, e frente a autoridade pública, na aplicação e executoriedade das leis.

A igualdade preceituada na Constituição tem objetivo de fazer com que o Poder Legislativo edite normas ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que estas corrijam ou amenizem as desigualdades sociais históricas. Não obstante, busca que o Poder Executivo institua políticas públicas as quais configurem-se como meios adequados para afirmar e materializar a igualdade perante a sociedade brasileira.

Ocorre que, em virtude do fracasso dos Poderes Executivo e Legislativo em criar as referidas leis e políticas públicas para equilibrar o convívio social, elevando a patamar absoluto o princípio da igualdade, recorre-se ao Poder Judiciário para que este conceda ao caso concreto os direitos assegurados no Texto Constitucional, porém não efetuados ou ofertados, em caráter isonômico, a população. É exatamente o que acontece quando determinado cidadão provoca a Justiça buscando intervenções médicas de urgência, sob pena de falecimento, pois não existem vagas suficientes nos Sistemas de Saúde Pública. Dessa forma muito bem leciona Streck (2009, p. 52):

Tem-se que ter em mente, entretanto, a relevante circunstância de que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, etc.,dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Ainda que o Estado tenha um aparato financeiro limitado, oriundo de suas receitas originárias (obtidas com a exploração do próprio patrimônio estatal) e derivadas (obtidas com a exploração de patrimônio de terceiros, através de tributos), cabe a Administração Pública utilizar de critérios razoáveis e proporcionais para implantar

políticas públicas capazes de diminuir a desigualdade social. Nesse sentido busca o Estado implementar o Sistema de Cotas Raciais em Instituições de Ensino Superior e, recentemente, no Trabalho Público, afim de corrigir o passado histórico o qual foram submetidas algumas raças, buscando proporcionar uma igualdade na sociedade.

2. O SISTEMA DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Conforme exposto para que seja implantada a igualdade social plena, torna-se necessário a adoção de medidas que viabilize a superação das desigualdades sociais. As cotas raciais universitárias configuram-se como reservas de vagas em instituições, públicas ou privadas, de ensino superior destinadas a determinado conjunto de grupos étnicos. Na maioria das vezes negros ou indígenas.

Surgidas nos Estados Unidos na década de 60, tais cotas caracterizam-se, supostamente, como uma ação afirmativa voltada para reverter ou diminuir o racismo decorrente do passado histórico em face de determinadas etnias, uma vez que buscam incluir, socialmente, alguns grupos menos favorecidos à população. Justamente por este motivo costumam ser implantadas por tempo determinado, o que não significa que seja um curto período.

Toda a sistemática cotista é fundamentada, novamente utiliza-se o termo supostamente, no princípio da igualdade, uma vez que a justificativa para sua implantação é que alguns grupos determinados, em razão do processo histórico de colonização, sofrem as sequelas oriundas do passado, tendo maior dificuldade para gozarem de oportunidades sociais, uma vez que são excluídos pela sociedade e vítimas de discriminações, portanto.

No Brasil, a ideia de implementação de cotas raciais surgiu justamente com a reserva legal atribuída aos deficientes físicos pela Constituição Federal de 1988. O texto constitucional preceitua:

Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Tal medida instituída pela Norma Maior passou a ser adotada nos concursos públicos – salvo aqueles os quais o cargo exigia plena aptidão física para seu exercício –

o que originou em outros grupos sociais, tidos como minorias, o interesse pelo pleito de cotas as quais atendessem e garantissem sua participação mínima em determinados setores da sociedade.

Nas Universidades Federais, a adoção da política de cotas começou no ano de 2000, com a provação da Lei Estadual nº 3.524/00, oriunda do Rio de Janeiro, a qual garantia o mínimo de 45% das vagas nas Universidades Estaduais do Estado da Federação em questão a estudantes das redes públicas municipais e estaduais. Após longo interveio jurídico, a Lei finalmente passou a ser aplicada em 2004. No ano de 2001, a Lei 3.708/01 instituiu um novo sistema de cotas para estudantes qualificados como negros ou pardos, destinando um mínimo de 20% das vagas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro a tais estudantes. A referida legislação passou a ser aplicada no ano subseqüente, contemplando a sociedade negra com a reserva legal.

Em agosto de 2012, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.711/2012, apelidada de Lei das Cotas Raciais e Sociais, a qual estabelece que 50% das matrículas em cada curso e turno nas Universidades Federais Brasileiras, bem como nos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, sejam asseguradas a alunos oriundos integralmente do ensino médio cursado em escolas públicas, mantendo os outros 50% a ampla concorrência. A Lei, apesar de aplicada imediatamente, respeita a implementação gradual do número de vagas destinadas ao público alvo, de modo que a cada ano acrescenta-se 12,5% das vagas aos estudantes de ensino médio cursado em instituições públicas. Assim, após quatro anos (ano de 2016), o número mínimo estará implementado.

A Presidente anunciou, durante seu discurso na abertura III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CONAPIR), os fatores determinantes que levaram a implementação desse: a) As Universidades possuem esmagadora maioria de alunos brancos, faltando diversificação social nestas, ressaltando que brancos, negros, índios, pardos, prestariam o mesmo exame de vestibular, ou seja, a mesma prova; b) Os negros, pardos e indígenas não possuem as mesmas oportunidades que os brancos, pois pela grande maioria da população necessitada ser destas classes, são oriundos de escolas públicas tendo seu ensino defasado se comparado com os brancos advindos de escolas particulares; c) Uma reforma na educação fundamental levará em média vinte a trinta anos, dessa forma são necessárias medidas urgentes e emergenciais para diminuir a

desigualdade social existente entre raças, proporcionando uma educação superior de qualidade que qualifique as minoras em condições a concorrer em iguais situações com os brancos no mercado de trabalho.

O sistema de cotas, segundo as ideias da Presidente e seus assessores foi totalmente fundamentado no princípio da igualdade, de modo a proporcionar que as classes em minorias em participação na sociedade, tivessem sua condição de desigualdade reduzida possibilitando isonomia de concorrência no mercado de trabalho.

3 PROJETO DE COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO

A Presidente Dilma Rousseff assinou no dia 5 de novembro de 2013, projeto de lei que cria uma reserva legal de cotas no serviço público federal. O referido projeto preceitua que 20% das vagas em concursos públicos para a Administração Pública Federal Direta (Ministérios, por exemplo) e Indireta (autarquias e agências reguladoras) serão destinados aos que se declararem pretos ou pardos, no ato da inscrição, desde que o edital do certame disponibilize mais de 3 (três) vagas, por cargo.

Os candidatos beneficiados pelo sistema poderão concorrer tanto no sistema de ampla concorrência quanto no sistema de cotas, de modo que caso obtenham pontos suficientes para entrar pelo primeiro, não serão contemplados pelas vagas do segundo.

O projeto foi encaminhado no dia 6 de novembro para o Congresso Nacional e tramitará em regime de urgência, de modo que Câmara e Senado terão, cada um, 45 (quarenta e cinco) dias para votar o texto, sob pena de trancamento de pauta. Em 04/12/2013, a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara aprovou a proposta, todavia, o projeto ainda precisa ser aprovado pelas comissões de Direitos Humanos, Constituição e Justiça (CCJ), antes de seguir ao Plenário.

Segundo o Executivo, a implementação de tal sistema também em concursos públicos originou-se de estudo prévio feito pelo próprio Governo, o qual analisou o perfil de pessoas ingressantes no serviço público nos últimos 10 (dez) anos, onde até então 30% dos ingressos são negros ou pardos.

Apesar do projeto ser de âmbito nacional, no País já existem quatro Estados que destinam vagas de concursos públicos para negros. São eles: Rio Grande do Sul, que prevê 15% das vagas destinadas a negros, pardos e indígenas, em todos os concursos da

Administração Pública em âmbito estadual; Paraná, onde 10% das vagas nos concursos estaduais são reservados a negros e pardos; Mato Grosso do Sul, o qual reserva 10% das vagas da administração estadual para negros e 3% para índios; e Rio de Janeiro, onde 20% das vagas já são destinados a negros e índios.

Todo o fundamento do projeto foi o princípio da igualdade tributária e a premissa aristotélica de “*tratar igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais*”. Segundo o Governo os negros não possuíam uma educação fundamental e superior (quando concluíam algum curso) adequada, de modo ser necessário viabilizar outros meios de assegurar a livre concorrência, de forma igualitária, no mercado de trabalho, motivo o qual tornou-se necessária uma intervenção do Estado, através de uma política pública, qual seja a criação de mais um projeto de cotas raciais.

4 OS SISTEMAS DE COTAS RACIAIS E A (DES)OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Os sistemas de cotas raciais sempre receberam diversas críticas tanto da sociedade como da doutrina jurídica. Há uma nítida separação entre os que aprovam a política de cotas, alegando a constitucionalidade desta, e dos que desaprovam alegando clara violação ao princípio da igualdade. É necessário a análise de uma série de fatores para chegarmos a essa conclusão, o que nos levaria as seguintes indagações: Quando é vedado a lei estabelecer discriminações? Quais os limites preceituam sobre a função legal de discriminação? Será que o critério racial seria o suficiente para instituir a discriminação?

Bandeira de Mello (1997, p. 15), ao debruçar-se sobre os fatores sexo, raça e credo religioso como elemento de discriminação, assim leciona:

(...) imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, caput da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc. Descabe, totalmente, buscar aí a barreira insuperável ditada pelo princípio da igualdade. É fácil demonstrá-lo. Basta configurar algumas hipóteses em quês estes caracteres são determinantes ao *discrímen* para se aperceber que, entretanto, em nada se chocam com a isonomia.

Portanto, não é a mera escolha de um critério racial como fundamento da discriminação que tornará rompido o vínculo da igualdade constitucional. Nada obsta a

escolha da raça, religião ou sexo como critério diferenciador, todavia, como todo e qualquer ato administrativo, deve existir lógica e válida fundamentação.

As cotas raciais são todas baseadas na desigualdade social as quais os negros, pardos e índios sofrem na sociedade, em virtude de, via de regra, serem menos favorecidos financeiramente, e estarem sujeitos aos regimes de educação fundamental precário oferecidos pelo Estado, resultando em ausência de condições igualitárias de competir no mercado de trabalho.

Os requisitos para concorrência das cotas universitárias são trazidos pelo artigo 2º do Decreto nº 7.824/12, que regula a Lei nº 12.711/12, *in verbis*:

Art. 2º As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o **caput** serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo **per capita**; e

II - proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, consideram-se escolas públicas as instituições de ensino de que trata o inciso I do **caput** do art. 19 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

A lei então apresenta a seguinte divisão de vagas nas Instituições de Ensino Superior Públicas: 50% das vagas de cotas destinadas aos estudantes que cursaram o ensino médio em escola pública e tiverem renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; outros 50% destinadas aos estudantes que cursaram o ensino médio em escola pública e se declararem pretos, pardos ou indígenas.

Portanto, a lei fundamenta-se em três critérios discriminantes. No caso do inciso I o curso do ensino médio em escola pública e a renda inferior a um inteiro e cinco

décimos do salário mínimo; No caso do inciso II, o curso de ensino médio em escola pública e o critério racial. A justificativa, por sua vez, é a desigualdade social sofrida por estes sujeitos. A Lei, então, apresenta *discrímen* e fundamentação. Todavia, indaga-se, a fundamentação é válida?

Bandeira de Mello (1997, p. 47) afirma existir ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando ao menos um dos cinco critérios abaixo ocorrer:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequilibradas (...); III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade dos regimes outorgados; IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequilibrados que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Percebe-se que no primeiro caso (estudantes do ensino médio em escola pública e renda inferior a um inteiro e cinco décimos do salário mínimo), inexistem quaisquer das situações descritas pelo autor, de modo a inexistir qualquer afronta ao princípio da isonomia. O mesmo não se pode dizer da segunda situação (estudantes do ensino médio em escola pública e negros, pardos ou índios).

Primeiramente, tanto no caso das cotas para ensino superior como para o serviço público federal, quem declara o *discrímen* é o candidato. Ou seja, qualquer um poderá declarar-se negro, índio ou pardo, visto que não foi definido qualquer critério para comprovação de cor, nem mesmo no decreto regulador da lei. Dito isso, nada obsta que uma pessoa de cor branca, no ato da inscrição em um concurso público ou do ENEM, se declare como negro, disputando o certame em regime privilegiado de cotas. Esse é o primeiro ponto falho da lei, que vai justamente contra a segunda condição trazida por Bandeira de Mello, em exame análogo.

Respondendo agora se o *discrímen* adotado é válido, vejamos: Qual seria a relação lógica entre perfis de cor e raças com a o benefício de acesso as faculdades cargos públicos através de programa especiais? Qual o motivo que o negro, o pardo e o índio tenham esse “privilegio” e os demais não? Sendo a resposta a cor da pele, pode-se

afirmar que não há pertinência lógica entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico. A norma em tela, ao tomar como objeto diferenciador o critério da cor da pele, cria hipótese onde esta, por si só, iria interferir em resultado de provas, seja de vestibular ou de concursos, o que configura-se como desatino. Afirmaria, portanto, que as pessoas negras obteriam resultados piores que os brancos pelo simples fato de possuírem a cor mais escura. Tal situação é ilógica, ofendendo gravemente o princípio da isonomia. Nesse sentido, Alexy é preciso ao afirmar que o tratamento desigual só poderá ser aplicado quando justificado por princípios contrapostos:

“A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos.”

Na situação das cotas raciais voltadas a cor da pessoa, inexistente confronto principiologicamente o qual autorize instituir tratamentos desiguais aos destinatários do benefício, uma vez que o tipo racial do sujeito não é motivo suficiente para que se presuma existir uma desigualdade racial no Brasil, atentado-se, portanto, ao enunciado geral do princípio em tela.

Outro ponto que merece abordagem diz respeito a ineficiência do princípio posto da forma que a Lei assim o fez. O artigo 19 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) assim preceitua:

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:
I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

Dentre as Instituições de ensino, criadas ou incorporadas, mantidas pelo Poder Público inclui-se os Colégios Militares, os quais são referências de bom ensino, todavia, são pagos, com valores relativamente altos, que pessoas de baixa renda não tem como custear. Nesse sentido, voltando ao artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 7.824/12, teríamos que qualquer pessoa negra que tenha cursado o ensino médio nos Colégios Militares, ainda que abastada financeiramente (uma vez que a Lei não fala de renda máxima ou mínima para o benefício, enumerando como requisitos somente a cor e o ensino médio em instituições públicas) concorrerá para as cotas de ingresso nas faculdades públicas, havendo clara e evidente quebra de isonomia.

Por fim, se partirmos da premissa que todas as minorias as quais sofreram ou sofrem preconceito social histórico devem ter iguais direitos, a norma instituidora de cotas poderá ser banalizada. Se esse pensamento perdurar, os homossexuais também poderiam pleitear direitos de ingresso em Instituições de Ensino Superior e no serviço público federal, pois também sofrem claro preconceito, havendo séria dificuldade de competição com os heterossexuais no mercado de trabalho. O mesmo podemos falar da mulher, que durante tanto tempo sofreu grave preconceito histórico, existente até hoje, nas quais pesquisas revelam que estas recebem 20% a menos que os homens. Então porque escolher somente determinado grupo o qual sofre preconceito para oferecer benefícios e excluir os demais? Aonde encontra-se, nessa situação, o critério da isonomia, se os fatores são os mesmos, porém, condições completamente opostas? Claramente não há como tais ideias prosperarem.

Sobre o argumento que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca do regime de cotas, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, há de se explicar que não se entrou no mérito do atual sistema de cotas, instituído pela Lei nº 12.711/12 e regulado pelo Decreto nº 7.824/12, mas sim na sistemática adotada pela Universidade de Brasília (UnB), a qual utiliza-se de parâmetros distintos dos utilizados pela Lei abordada, de modo que, em momento algum, o STF foi provocado ou julgou a constitucionalidade das cotas do modo como hoje são estabelecidas.

CONCLUSÃO

O princípio constitucional da igualdade configura-se como meio fundamental para implementação da justiça social na sociedade. Através dele procura-se tratar de forma igualitária os cidadãos em mesmo patamar de isonomia e de forma diferenciada os sujeitos os quais estão em situações distintas. Para isso é estabelecido um *discrímen* o qual deve ser justificado pelas medidas e peculiaridades a ele inerentes, sob pena de ofensa ao princípio constitucional.

Ao estabelecer a política de cotas raciais no Brasil, o Governo optou por tomar como elemento de diferenciação a cor da pele e a raça, de modo a conceder determinados benefícios, os quais resumem-se a reserva legal de vagas em Instituições Superiores de Ensino e no serviço público federal. Dessa forma, negros, pardos e índios teriam direito a 25% de vagas em cursos superiores e 20% das vagas nos concursos

públicos da Administração Federal Direta ou Indireta (nesta última hipótese os negros estariam excluídos).

Apesar de a proposta visar igualar a concorrência no mercado de trabalho de classes menos favorecidas no decorrer histórico, a política instituída falha ao que concerne no elemento escolhido como fator discriminante. Instituir benefícios tão relevantes somente em razão da cor da pele é critério infundado para auferição do princípio da isonomia. Seria estabelecer que as pessoas brancas teriam maiores aptidões ao realizar uma prova que pessoas negras, o que configura-se como infundado.

Desse modo, a Política de Cotas Raciais, da maneira como foi instituída no País, apresenta algumas falhas as quais a incompatibilizam com o princípio constitucional da igualdade, a tornando por consequência, inconstitucional. Não poderia a lei estabelecer, como fez, a cor da pele ou a raça como critério de discriminação, sob pena de que a norma atribuía tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade dos regimes outorgados.

No mesmo sentido é demonstrada a inconstitucionalidade da Lei nº 12.711/2012, regulada pelo Decreto nº 7.824/12, uma vez que se o dispositivo legal desejava beneficiar determinados sujeitos os quais estão em situação de desigualdade em relação aos demais (motivo o qual necessitam de tratamento diferenciado), deveria ter o feito para uma classe em geral e não somente para um restrito grupo, de forma a individualiza-lo. Ou seja, as cotas deveriam ser destinadas somente aos alunos que cursaram o ensino médio em Instituições mantidas pelo Estado, e que não tivessem renda superior a determinado valor, não fazendo qualquer diferenciação sobre raças ou cores, pois, se assim o fizesse (como o fez) seria necessário contemplar outras classes as quais também sofreram abusos durante o passado/presente histórico, como a mulher e os homossexuais.

Por todo exposto, conclui-se que a política de cotas, da forma a qual foi estabelecida no Brasil, fere em diversos pontos, o princípio fundamental da igualdade, previsto na Carta Maior, sendo, conseqüentemente, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008
- ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9.ed. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**.10.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MACIEL, Alvaro dos Santos. A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343>. Acesso em 14 nov 2013.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

STENGER, Rubens Emilio. O Princípio da Igualdade como marco norteador das Políticas Públicas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9899&revista_caderno=9>. Acesso em 14 nov 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 .ed. rev. Atual. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora,

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997.