

Estado em Juízo

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
SERGIO CAVALIERI FILHO - RELATOR DA
REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2009.007.0009 - COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**

“A cada vez que essa questão atual do tratamento preferencial para o negro é levantada, alguns de nossos amigos se retraem horrorizados. O negro deve obter a garantia da igualdade, concordam eles; mas ele não deve pedir nada além disso. Superficialmente, isso parece razoável, porém não é realista. Pois resulta óbvio que se um homem é colocado na linha de partida de uma corrida trezentos anos após outro homem, o primeiro terá que realizar um feito impossível para alcançar o seu competidor na corrida.”

Martin Luther King (Why We Can't Wait. Harper & Row, 1963)
“*Silêncio musa chora, chora tanto,
Que o pavilhão se lave no teu pranto*”

A **PROCURADORA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, nos autos da *Representação por Inconstitucionalidade* mencionada na epígrafe, em que é Representante o Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual **FLÁVIO NANTES BOLSONARO**, vem, **antecipadamente, dada a relevância do tema para o Estado do Rio de Janeiro**, em atendimento ao disposto no artigo 162, § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989, apresentar a Vossa Excelência sua manifestação, na forma que se segue.

OS FATOS

O Exmo. Sr. Deputado Estadual **FLÁVIO NANTES BOLSONARO** ajuizou a presente Representação de Inconstitucionalidade, objetivando a suspensão da eficácia da lei estadual n.º 5.346/2008, que se dispôs a traçar novas regras para o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais.

No dia 25 de maio de 2009, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, deferiu a tutela liminar requerida na inicial, para suspender a eficácia da Lei Estadual n.º 5.346/2008, cujo artigo 1.º possui a seguinte redação. *In verbis*:

“Art. 1.º Fica instituído, por dez anos, o **sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais**, adotado com a finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos seguintes estudantes, **desde que carentes**:

I – negros;

II – indígenas

III – alunos da rede pública de ensino;

IV – pessoas portadoras de deficiência, nos termos da legislação em vigor;

V – filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.”

Na sessão de julgamento seguinte, no dia 01 de junho de 2009, o Órgão Especial tornou a se manifestar sobre a questão, motivado pela “questão de ordem” apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro, que requeria o suprimento da omissão quanto à modulação dos efeitos da decisão que concedeu a antecipação de tutela. Naquela oportunidade, tendo em vista a iminência dos testes do vestibular, estabeleceu-se que a decisão incidiria somente em relação ao procedimento de exame vestibular do ano de 2010.

RAZÕES PARA A EDIÇÃO DA LEI Nº 5.346/2008

Inicialmente, cumpre esclarecer o porquê da edição de nova lei disposta sobre a política de cotas nas universidades estaduais, impugnada neste processo; menos por uma necessidade real de explicação e mais pelo fato de ter o Representante questionado tal atitude.

Muito ao contrário do aludido pelo Representante, o objetivo que restou por impulsionar a iniciativa do Poder Executivo, e posterior confirmação do Poder Legislativo, foi o de aperfeiçoar o quanto estipulado na antiga lei, a partir da análise dos efeitos originados pela implementação da política de cotas, para adequá-la à situação que se pretende regular, alcançando, assim, melhores resultados.

Aliás, parece desnecessário dizer que este é não só um direito, mas acima de tudo um dever dos agentes políticos, que precisam estar atentos às transformações sociais e prontos para promover as alterações legislativas de molde a coadunar as leis aos seus objetivos. Além disso, insito ao desenvolvimento de políticas de ação afirmativa é esta revisão e remodelação de tempos em tempos, para, verificando a conjuntura social, cuidar para que a lei não se torne um privilégio, ou uma medida inócua.

A corroborar o que se está a dizer, basta a leitura atenta da lei revogada, onde se verá que em seu próprio texto consta a previsão da revisão legislativa promovida quando da edição da lei objeto desta representação por inconstitucionalidade. Confira-se:

Art. 5º - Atendidos os princípios e regras instituídos nos incisos I a IV do artigo 2º e seu parágrafo único, **nos primeiros 5 (cinco) anos de vigência desta Lei deverão as universidades públicas estaduais estabelecer vagas reservadas aos estudantes carentes no percentual mínimo total de 45% (quarenta e cinco por cento)**, distribuído da seguinte forma:

(...)

Parágrafo único - Após o prazo estabelecido no “caput” do presente artigo qualquer mudança no percentual acima deverá ser submetida à apreciação do Poder Legislativo.(Grifo Nosso)

Sendo certo que a lei revogada fora editada em 2003, percebe-se, sem muito esforço, que o prazo de 5 anos a que nos referimos se concluíra em 2008, dando ensejo ao reajuste legislativo da política de cotas, visando o aperfeiçoamento de sua implementação e de seus resultados.

DARELEVÂNCIA ÍMPAR DA PRESENTE CAUSA MUDANÇA DOS RUMOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A questão posta nesta Representação de Inconstitucionalidade retrata muito mais do que a simples discussão sobre a adequação de uma lei ao ordenamento jurídico brasileiro; vai além da verificação sobre a possibilidade de instituírem-se critérios sócio-raciais como aptos a compor os requisitos de admissibilidade para o ingresso nas universidades públicas; perpassa o debate sobre o real teor do princípio da isonomia e se projeta para campos ainda mais abrangentes.

O debate que ora se trava perante esse e. Órgão Especial, em verdade, toca às feridas mais sangrentas de nosso passado, aos problemas da formação de nossa sociedade, aos rumos que pretendemos para o nosso futuro, à superação das desigualdades sociais que tanto atravancam nosso desenvolvimento. Ou seja, é tema afeto a disciplinas outras e não apenas ao Direito. É problema meta-jurídico e como tal não admite solução simplista, sem um acurado estudo, não só dais leis, mas da gama de ciências que dizem com a melhor compreensão e solução deste dilema social.

Diante dessa Suprema Corte Estadual de Justiça que, por sua própria história, influencia todas as demais cortes judiciais do país e mesmo os tribunais superiores está, sem dúvidas, uma das questões mais importantes do Judiciário nacional.

A decisão que advier do julgamento desta Representação por Inconstitucionalidade terá o poder de influir, para o bem ou para o mal, na vida de milhões de indivíduos que, até o presente momento histórico, não obtiveram do Estado brasileiro o reconhecimento da sua plena cidadania.

Não é demais relembrar que se está a decidir o futuro da população negra do Brasil, que é a segunda maior do mundo, atrás apenas da nigeriana. **Tampouco que a lei combatida não contempla apenas negros, mas os alunos CARENTES egressos da rede pública** de ensino, que, como cediço, sofrem com uma exclusão tão perversa quanto a que àqueles são submetidos. Portanto, o que está em jogo é se milhões de negros e de jovens socialmente excluídos serão, ou não, incorporados plenamente à nossa sociedade, ou se permanecerão às margens do progresso.

AÇÕES AFIRMATIVAS: A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO

As ações afirmativas tiveram sua origem em múltiplos sistemas e ordenamentos jurídicos, a partir do século XX, sempre em sociedades que se viam diante de situações de desigualdade latente, que estavam a demandar soluções de justiça compensatória e distributiva, como é o caso específico do sistema de cotas e de outras modalidades aplicadas em diversos países. Por exemplo, na constituição indiana (e.g. arts. 330, 331 e 335), promulgada após a independência, quando, pela primeira vez, apareceram como um instrumento constitucional apto a dar plena efetivação ao princípio da isonomia, explorando-o em toda a sua densidade e perquirindo o seu conteúdo substancial.

O seu escopo era corrigir as desigualdades resultantes do sistema de castas, inserindo naquela sociedade, não apenas de modo formal, os *dalits* (intocáveis) e os componentes de outras castas inferiorizadas.

As políticas atinentes às ações afirmativas foram plenamente aceitas e, quando a Suprema Corte indiana cogitou da inconstitucionalidade, especificamente quanto à reserva de vagas no âmbito do ensino universitário, no caso *State of Madras vs. Champakan Dorairajan*, se seguiu uma forte reação, inclusive do parlamento, que, por emenda, fez constar menção expressa na constituição sobre a validade dos mecanismos de discriminação positiva.

Diante disso, as ações afirmativas foram cada vez mais utilizadas naquele país. A própria Suprema Corte, que outrora as havia considerado inconstitucional num caso específico, deixou assente que eram medidas que, longe de constituírem uma exceção à regra, traduziam-se em meio eficaz para realizar o axioma da igualdade, como no caso *State of Kerala vs. N. M. Thomas*.

Não apenas a Índia, mas, a África do Sul, que, a exemplo daquele país, sofria com um radical fenômeno de segregação social, implantou, em sua constituição, mecanismos de ações afirmativas para corrigir os resultados desastrosos decorrentes de anos de regime do *apartheid*. O art. 9º da Carta sul-africana é emblemático neste sentido. Veja-se:

“A igualdade perante a lei inclui a plena fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, **medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas**”. (Grifo Nosso)

Com isso, o país africano alcançou expressivos índices de diminuição da desigualdade e, principalmente, da *praxis* de discriminação.

Os Estados Unidos da América também adotaram o instrumento das ações afirmativas como forma de redução da desigualdade e do racismo. Primeiro, através das providências iniciais do governo KENNEDY, com a edição da *Executive Order* nº 10.925, visando à igualação de oportunidades no mercado de trabalho, confirmando uma tendência verificada ainda no governo ROOSEVELT, quando a *Executive Order* nº 8.806, de 1941, impedia peremptoriamente a discriminação racial nas admissões de pessoal no serviço público. Em seguida, já no governo LYNDON JOHNSON, ditas ações foram, cada vez mais, conquistando amplitude. Posteriormente, passou-se a se utilizar, amplamente, a variada gama de instrumentos pertinentes à questão, dentre eles o da reserva de vagas nas universidades, sendo certo que mesmo as entidades privadas passaram, por sua própria vontade e consciência, a adotar tais políticas.

No Canadá, desde o “Charter of Rights”, veiculado pelo “Constitution Act” de 1982, como informa PAULO LUCENA DE MENESES¹, existe a denominada “affirmative action clause”, que estipula que a isonomia não impedirá “qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que já estão em desvantagem devido à raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, deficiência física ou mental”, consagrada na “section 15” do citado “Constitution Act”.

Além desses países, dezenas de outros já adotam políticas de ações afirmativas, dentre os quais é válido citar: Austrália, Nova Zelândia, Israel, China, Rússia, Nigéria, Sri Lanka, Ilhas Fiji, Malásia, Colômbia, Suécia (art. 2º da constituição), Alemanha (art. 6º da constituição) e Finlândia (art. 50 da constituição).

No Brasil o tema ingressou na agenda nacional somente após a Conferência da ONU, realizada em Durban, na África do Sul, contra o racismo, a xenofobia e outras formas de intolerância correlata. Naquela ocasião, o documento do Estado brasileiro apresentado à Conferência reconheceu oficialmente a existência de racismo no Brasil e preconizou a adoção de políticas de ação afirmativa na educação e no trabalho. Desde então, iniciaram-se as medidas efetivas neste sentido, como a edição do Decreto de 13 de maio de 2002, que criou um programa de ação afirmativa no âmbito da Administração Pública Federal.

¹ in *Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano*. Ed. Revista dos Tribunais. 2001. p. 128.

São notáveis as tentativas já realizadas, desde o primeiro edital lançado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, prevendo cotas de 20% para afrodescendentes até o exemplo dado pelo Supremo Tribunal Federal que exigiu a observância de cota idêntica para a contratação de jornalistas por empresa de comunicação social selecionada para prestar serviços à Corte. É bem de ver que o sistema jurídico nacional comporta, ainda, ações afirmativas que beneficiam mulheres, estabelecendo a reserva de 30% das vagas das candidaturas nos partidos políticos; bem como outras, que beneficiam pessoas portadoras de deficiência, garantia constante mesmo de nossa Carta Magna (art. 37, VIII e 203, IV), também objeto da lei impugnada, juntamente com indígenas, negros e alunos da rede pública.

Apesar do seu advento tardio, a ação afirmativa não pode ser considerada como uma novidade no Brasil, porquanto suas primeiras manifestações tenham se dado ainda no governo de Getúlio Vargas, que criou uma limitação ao trabalho imigrante, gerando, destarte, uma reserva de vagas em favor do trabalhador nacional.

As ações afirmativas são, pois, uma exigência e um instrumento de nosso tempo. Elas provêm de uma maior tomada de consciência pelos povos, que numa busca crescente pela efetivação dos direitos humanos, tem absorvido mecanismos de inclusão pensados a partir de uma visão humanista que compreende a necessidade de estabelecerem-se, não privilégios, mas benefícios que possam elevar a patamares superiores grupos sociais tradicionalmente alijados da cidadania.

A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA DESCONSTRUÇÃO DA “MENTIRA QUE OS OUTROS CONTAM”

Toda vez que se discute o tema ações afirmativas, os debatedores logo enveredam pela discussão da experiência norte americana, que não foi a primeira, mas consubstanciou-se na mais rica. A alusão à vivência ianque é importante em termos de direito comparado e de compreensão do instituto que foi importado daquele direito alienígena.

Entretanto, os confrontadores da política de cotas possuem quase que um fetiche relativo a certos casos em que as ações afirmativas sofreram reveses na Suprema Corte dos Estados Unidos. Acontece, porém, que eles sempre se olvidam de colocar a questão nos reais termos em que ela ocorreu, como se verifica no presente caso.

Em sua inicial o Representante, na esteira dos que acreditam na mentira propagada pelos combatentes sem argumento das ações afirmativas, traz à baila o caso *Gratz vs. Bollinger*, conhecido como caso Michigan. Dito caso não ocorreu em 1978, como afirmado na inicial, mas em 2003, e foi julgado juntamente com o caso *Grutter vs. Bollinger*.

A Corte suprema estadunidense declarou a inconstitucionalidade do primeiro caso, por considerar o critério de atribuição de 20 pontos a mais para cada candidato cotista excessivamente rígido, mas **ressaltou que a instituição de políticas de ação afirmativa pautada em critério racial NÃO era inconstitucional**.

Já no segundo caso a **Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade da política de cotas raciais, com base no benefício que advém da pluralidade de alunos que convivem na faculdade**. As ações afirmativas também foram defendidas, neste caso, através da figura do *amicus curiae*, por empresas como a General Motors, Coca-Cola, Intel, Microsoft, Nike e IBM, e por Universidades como Harvard, Princeton, Yale, Cornell, Brown e Penn.

Talvez o Representante tenha desejado referir-se ao caso *Bakke vs. Regents of the University of Califórnia*, este sim ocorrido em 1978. Nessa oportunidade aquele Tribunal de Cúpula, após um empate de 4 a 4, reconheceu, *in casu*, a inconstitucionalidade especificamente da política implementada por aquela universidade.

Contudo, como no caso supracitado, **a Corte asseverou que a política de cotas raciais em favor dos negros encontrava respaldo constitucional.**

Nada obstante tantas demonstrações de que a política de cotas raciais é considerada constitucional pela Suprema Corte americana, os algozes das cotas insistem em se apegar a casos em que houve a declaração de inconstitucionalidade **por outro fundamento**, que não o de que as cotas supostamente feririam a isonomia, para desqualificá-la. A reforçar o rol de casos em que o Tribunal maior daquele país afirmou que a política de ações afirmativas em favor dos negros se coaduna ao texto constitucional, mormente ao princípio da isonomia, podemos citar os seguintes casos: *United Steelworkers of América vs. Weber, United States vs. Paradise e Metro Broadcasting Inc. vs. Federal Communication Commission*.

Mas não é só a jurisprudência que se pronuncia a favor das ações afirmativas. Outrossim o faz a academia mais ilustrada daquela nação. Está-se aqui a falar de **RONALD DWORKIN**, fervoroso defensor não só da constitucionalidade de tais políticas, porém, mais ainda, da sua necessidade, como se pode verificar, por exemplo, no artigo de sua lavra intitulado "Affirmative Actio: Does It Work?"; em que destaca os efeitos positivos que a implementação das mesmas acarretou para a sociedade norte-americana.

Além dele, cabe citar, igualmente, por terem semelhante brilhantismo, **WILLIAM G. BOWEN** e **DEREK BOCK**, reitores de Princeton e Harvard, respectivamente, que tendo convivido diretamente com essas experiências, nas universidades que dirigiam, puderam melhor do que ninguém se aperceber dos frutos dela oriundos. Tudo relatado no livro "The Shape of the River" (traduzido como O Curso do Rio), extensa obra onde expõem os relatos fáticos da política de ações afirmativas, enquanto fazem, ardorosamente, a sua defesa.

O exemplo maior do sucesso das ações afirmativas naquele país está expresso no noticiário do mundo inteiro, como um dos fenômenos mais importantes dos últimos tempos em termos políticos, históricos e sociais. **O presidente dos Estados Unidos da América, o afro-americano BARACK HUSSEIN OBAMA, é egresso da Universidade de Harvard, onde ingressou como beneficiário da política de cotas que naquela instituição beneficia a negros e latinos.**

Frise-se, porém, que mais importante do que entender e comparar a aplicação do instituto das ações afirmativas na sociedade norte-americana é a compreensão da nossa própria realidade social, para, a partir dela, determinarmos as dimensões que elas devem tomar na sua efetivação como solução aos nossos problemas. Passemos, pois, a estas considerações.

A TRAJETÓRIA DO NEGRO NA SOCIEDADE BRASILEIRA DERES A INDIGENTE. A NEGATIVA DE DIREITOS

A humilhante exploração que os negros, até os dias de hoje, sofrem em nosso país está enraizada no início da própria ocupação destas terras pelos invasores lusitanos que as aquilataram a preço de sangue de milhões de indígenas.

Como os índios apresentavam forte resistência às pretensões dos portugueses, os colonizadores logo resolveram dizimá-los, substituindo sua mão de obra pela dos negros, seqüestrados em terras africanas; porquanto fossem mais facilmente submissos. Isto porque despidos de sua cultura, tradições, família, bens e mesmo de sua humanidade, os que sobreviviam aos porões dos tumbeiros aqui chegavam e eram agrupados com outros cativos de diversa etnia, para que não pudessem se organizar. E assim, os escravos eram despejados como animais numa terra desconhecida, onde passariam a ter de se preocupar apenas em sobreviver por mais um dia.

Descrver os horrores da escravidão seria tarefa que nos valeria diversos compêndios sem que pudéssemos, efetivamente, ter uma ligeira noção sobre o seu grau de perversidade. Entretanto, não podemos deixar de tentar alcançar o quão sórdido era esse sistema, atentando para o fato de que seres humanos eram tratados como coisas, como *res*, e aqui não se está utilizar uma figura de linguagem.

Nosso festejado **RAYMUNDO FAORO**, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, autor de obra prima da sociologia brasileira, "Os Donos do Poder, Formação do Patronato Político Brasileiro", nos ensina o que representava esta *res* de inigualável valor, a grande mercadoria do Brasil colonial, que perpassou todos os ciclos econômicos:

"Nos dois e meio ou quatro milhões de escravos que entraram no Brasil durante a colônia haverá um negócio global em torno de 100 milhões de libras, mais a importância do tráfico interno, o que levará a um aumento de cinquenta a cem por cento. O valor dos volumes empregados será, desta sorte, equivalente aos do ouro, o segundo maior valor da colônia, abaixo do açúcar. Vinte por cento das importações empregam-se no escravo, num comércio sem paralelo pela lucratividade. Esta desdenhada circunstância explica muitos enigmas da história brasileira: a dependência à burguesia portuguesa, por sua vez enfeudada à europeia, a centralização política decorrente de um homogêneo núcleo de interesses, a submissão do agricultor ao vendedor e financiador de escravos, a pouca mobilidade da empresa colonial, arraigada, até a morte, aos seus investimentos de escassa lucratividade, agrilhoadas às dívidas sempre renovadas e crescentes. Do centro da "mercancia diabólica" se irradia, depois de conjugados o Estado e os negociantes, uma ordem social, que entra em todos os poros da colônia, e infunde vento às metropolitanas combinações econômicas. O açúcar e o ouro explicam muito da vida colonial, mas nada explicam sem o escravo, considerada mercadoria mais valiosa." (Grifo Nosso)²

Esta concepção de negros como objeto de valor foi referendada em diversos relatos históricos e pode ser constatada de forma assombrosa no livro "Memórias Sobre a Fundação de Uma Fazenda na Província do Rio de Janeiro"³ em que um fazendeiro escravagista relata todo o processo produtivo do cativo dos negros e suas conseqüências sociais, jurídicas e culturais, especialmente na formação da província fluminense. Uma verdadeira teoria da escravidão.

Esta foi a origem de todas as riquezas desta terra, a custa de suor e sangue do povo negro. E neste cenário cruel, deu-se a gênese do Estado Brasileiro. Esse dado tem muito a explicar sobre o que se constata em nossa realidade social contemporânea. Nosso Estado nasce sob o estigma da escravidão e do racismo, que se transformará numa doença crônica, manifestada em cada recanto de nossa sociedade.

Com efeito, da mesma forma que o patrimonialismo é um signo marcante da sociedade brasileira, também o é o racismo. Isto porque ambos se assentam numa mesma razão econômica, a ganância e o egoísmo despudorado de uma elite. Importa notar que em

² FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder, Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre. Globo. 1976. p.218.

³ Livro de autoria de Francisco Peixoto de Lacerda Werneck publicado, conjuntamente, pela Fundação Casa de Rui Barbosa e pelo Senado Federal, em 1985. pp 57 e 58.

1850 surge a Lei de Terras, que consolida o latifúndio e impede, na prática, o acesso do negro cativo, obviamente, ou liberto, eventualmente, à propriedade rural. Esta uma modalidade sinistra de “ação afirmativa” de sinal trocado, fonte de perpetuação de desigualdades.

A bem da verdade, o comportamento discriminatório perceptível em nosso dia-a-dia traduz o racismo estrutural incorporado aos nossos costumes por mais de 350 anos de uma *praxis* escravocrata.

Digno de nota é o registro histórico constante de carta (hoje de ampla divulgação, mesmo pela rede mundial de computadores) dirigida ao Visconde de Santa Victória pela Princesa Isabel, onde ela demonstra a preocupação e a consciência, partilhada por outros intelectuais da época, como Joaquim Nabuco, de que, mais do que libertar, seria necessário integrar o negro à sociedade, por meio de ações efetivas. É o que se compreende da seguinte passagem:

“(…) Com o apoio dos novos deputados e os amigos fiéis de papai no Senado será possível realizar as mudanças que sonho para o Brasil!

Com os fundos doados pelo Senhor teremos oportunidade de colocar estes ex-escravos, agora livres, em terras suas próprias, trabalhando na agricultura e na pecuária e delas tirando seus próprios proventos. (...) Mas não fiquemos mais no passado, pois o futuro nos será promissor, se os republicanos e escravocratas nos permitirem sonhar mais um pouco. Pois as mudanças que tenho em mente como o senhor já sabe, vão além da liberação dos cativos”.⁴

Ocorre, porém, que a elite dominante não permitiu que fossem levadas a efeito as alterações estruturais necessárias. A abolição da escravatura não provocou qualquer mudança de fato. Ela, que só foi declarada quando o sistema escravagista deixou de ser interessante por seu alto custo, não teve o condão de libertar os negros do estamento mais inferior da sociedade.

A prisão pelo corpo substituiu-se o controle pelo bolso. Os ex-escravos foram expulsos do campo e passaram a ocupar as periferias urbanas. Na busca por seu sustento submetiam-se às atividades mais degradantes e ao mesmo desprezo dos tempos anteriores. Tanto isto é verdade, que apenas em 1950 o comportamento racista passou a ser formalmente repudiado, ainda que de maneira muito branda e demagógica, quando passou a ser considerado contravenção.

E muito mais poderia ser dito, se tempo houvesse, para comprovar o quanto a postura da sociedade brasileira durante os séculos de escravidão, nos influencia ainda hoje, de forma tão negativa. O eminente constitucionalista DANIEL SARMENTO vai haurir nos conceitos de SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA novos fundamentos para elucidar o tema das ações afirmativas. Vejamos:

“Além disso, apesar de condenado como “politicamente incorreto”, o racismo continua permeando as relações sociais travadas no Brasil. Um racismo muitas vezes velado, “cordial”, que raramente explode em episódios de violência física extrema, mas que nem por isso é menos insidioso.” (Grifo Nosso)⁵

⁴ Disponível em: <<http://marconegro.blogspot.com/2006/05/polmica-carta-da-princesa-isabel.html>>. Acesso em: 26 de nov. de 2008.

⁵ In *Livres e Iguais*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 139.

O fato é que por tudo o que fizemos e por tudo o que, desde a abolição, deixamos de fazer, chegamos a um estágio de incomparável desigualdade social. Um dado que bem ilustra essa situação é o revelado por uma pesquisa de JOSÉ LUIZ PETRUCCELLI, que demonstra somente ser possível que o número de médicos negros seja proporcional ao número de negros da sociedade brasileira, se desde agora e pelos próximos 25 anos, todas as faculdades de medicina do país passassem a formar apenas médicos negros.⁶

O tamanho da discrepância encravada em nossa sociedade é enorme, e, o mais grave, crescente. Ora, se hoje estamos no estágio acima apresentado, imagine-se se nada for feito agora.

DEMOCRACIA RACIAL. DA UTOPIA AO MITO

Muito se diz, entre os que discordam da política de cotas raciais, e o Representante repete, que o seu implemento poderia ser a origem de um comportamento racial discriminatório, inaugurando-se em nossa sociedade a segregação e o ódio aos negros. Argumentos como esse é que trazem a lume, com o devido respeito, o profundo desconhecimento e a extrema parcialidade com que tratam do assunto.

Pois bem. Dizer que a política de cotas ocasionaria o advento de um *apartheid* até então desconhecido no Brasil é o mesmo que negar a nossa própria história. Significa fechar os olhos para a realidade cotidiana de negros humilhados. Imaginar que o ódio racial nasce de uma ação afirmativa é ingenuidade ou ignorância.

Se a previsão diabólica de que se instauraria um conflito aberto entre brancos e negros por conta dessas políticas se concretizasse, ela não representaria nada além do fim da hipocrisia que impera em nossa sociedade. O enfrentamento racial que circunda as previsões dos que não desejam a igualdade, deveras, existiu, desde sempre, em nosso país, e permanece flagrante.

Defender que o racismo no Brasil é despido de violência simboliza a atitude própria daqueles que desconhecem, ou não se importam, com a violência com que os negros são tratados por algumas “autoridades”, que acham normal fechar os vidros do carro quando um negro se aproxima, devido ao estereótipo criado de que negro é criminoso; que estão acostumados a ver negros limpando os seus ambientes de trabalho.

Eles primeiro negam a existência de racismo no Brasil e, depois, dizem que quando ele existe, não traz consigo violência. Mas eles são brancos e compõe a elite. Será que os milhões de negros pobres do nosso país acham que não existe racismo, ou que o racismo brasileiro é pacífico?

A tese em que buscam respaldo os adeptos do racismo da paz é a de que no Brasil vige a chamada democracia racial. Essa teoria foi capitaneada, na década de 30, por GILBERTO FREYRE, sociólogo e antropólogo, que merece todo o nosso respeito, e que a expôs numa obra ímpar de nossa literatura, o livro “Casa-Grande e Senzala”.

Acontece, porém, que esta obra foi escrita numa época em que, sabidamente, havia, por parte do governo de Getúlio Vargas, uma campanha ufanista, aos moldes daquela verificada na ditadura. A exaltação do Brasil e de sua gente era o tema da vez. A busca por uma identidade nacional, que ainda estava a se construir, era, antes de tudo, uma política de governo. Foi nesse contexto que surgiu o estímulo ao samba e ao futebol, por exemplo. Aliás, estes são os dois únicos universos sociais onde se pode dizer que exista um comportamento próximo de uma democracia racial; sendo certo que mesmo

⁶ Ver: LUIS PETRUCCELLI, José. Mapa da Cor no Ensino Superior Brasileiro. Brasil. PPCOR. 2004, in documentos, in <http://www.politicadacor.net/>.

neles não se está imune ao preconceito, como se vê dos vários casos de racismo entre jogadores de futebol.

O objetivo de GILBERTO FREYRE, portanto, não foi o de retratar a sociedade brasileira tal como ela era, mas de caracterizá-la como ele desejava que ela fosse. A tal democracia racial descrita naquela obra era um caminho apontado por aquele humanista como uma senda segura para que a sociedade brasileira se desenvolvesse. Longe de ser um relato do passado e do presente, era um sonho para o futuro.

Desde a década de 70, a própria sociologia nacional começou a denunciar a falácia da tal democracia racial. A utopia apregoada por Gilberto Freyre não se verificou; muito ao contrário, o racismo se agravou. FLORESTAN FERNANDES, sociólogo de escol, foi um dos primeiros a trazer à luz a verdade dos fatos. E a verdade era que a sociedade brasileira possuía um racismo estrutural tão arraigado, que era incapaz de se dar conta dele mesmo, e ao invés de combatê-lo, negava-o. E negando-o continuava a propagá-lo, reproduzindo atitudes que já tinha internalizado como naturais.

Estudos sociológicos atuais apontam para a total depreciação do negro na sociedade brasileira. O sociólogo LÍVIO SANSONE traz em seu livro "Negritude sem Etnicidade" dados sobre pesquisas feitas em locais predominantemente negros, como a periferia de Salvador. Ele nos relata que os negros buscavam declarar que eram de uma cor mais clara do que realmente o eram, como mulato, ou pardo, ou bombom, pensando que assim seriam mais bem aceitos pelo interlocutor. Mostra, ainda, que eles procuraram reconhecer como mais claras as pessoas mais próximas a eles, como se isso lhes atribuísse uma característica melhor. Demonstra que na maioria das pesquisas, o entrevistado se declarou mais branco do que o entrevistador o qualificou. E o mais alarmante, que aos outros eles reconheciam como negros, mas a si e aos seus, não.⁷

Isso demonstra o quão desprestigiado se sente o indivíduo negro no Brasil. O temor do preconceito, a percepção de que a cor influi nas oportunidades de estudo e emprego, a sensação de que a cor e a cultura negra são inferiores, os faz negar a sua própria identidade. **Em decorrência disso é que alguns negros são contrários às cotas. Não porque a rejeitem, mas porque temem a pecha de incapazes que a elite branca vai lhes impor como forma de resistir a esta medida de igualação. Cotas eles querem, o que não desejam é mais um estigma.**

Diante disso, como dizer que não há violência racial em nossa sociedade. Pode haver violência maior do que agir de modo a constranger indivíduos a negarem sua própria identidade para verem-se reconhecidos?

Claro está que a democracia racial defendida por Gilberto Freyre não teve o condão de transpor-se dos livros à realidade e ainda pende de concretização, restando como um modelo a ser alcançado quando conseguirmos extirpar o racismo de nosso comportamento social.⁸

RAÇA, ENTREA GENÉTICA E A SOCIOLOGIA O SENTIDO DA NORMA

Como mais um dos seus argumentos, sustenta o Representante que a lei anda na contramão da ciência, que já teria reconhecido inexistirem raças do ponto de vista

⁷ SANSONE, Livio. *Negritude sem Etnicidade*. Salvador. Edufba; Pallas. 2003. pp. 67/78.

⁸ "O mito da democracia racial, durante muito tempo acalentado entre nós, provou-se nada mais do que isso: apenas um mito, que, no seu ufanismo, anestesia as consciências e posterga o enfrentamento de um dos mais graves problemas nacionais. E nem é preciso recorrer à contundência das estatísticas para derrubar o famigerado mito." (SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. pp. 139/140)

genético. E que, por conta disso, seria absurda a lei e, mais ainda, o critério de autodeclaração nela estabelecido.

Não se há de perder muito tempo a rememorar algo que parece óbvio, o que seja, o direito é um fenômeno que se subjaz a fatos sociais. Isso é lição propedêutica das ciências jurídicas, e se extrai da célebre Teoria Tridimensional do Direito, tão brilhantemente exposta por MIGUEL REALE em suas *Lições Preliminares de Direito*, que assegura resultar o mesmo da existência de um fato, ao qual se atribui um valor, que é consubstanciado numa norma.

Assim é que, para a discussão vertente, a descoberta da ciência de que geneticamente não se há de falar em raças, em nada contribui. O preconceito e a discriminação não se manifestam pela análise cromossômica dos negros, mas pela cor de sua pele, pelo formato de suas feições, pelo tipo do seu cabelo.

Não se está aqui a negar os avanços da ciência. Não se nega que um indivíduo de pele branca possa ter uma genética mais negra do que um indivíduo de pele negra, e vice-versa. Não se está, pois, a discutir uma variação genética entre indivíduos da ordem de 0,0005% do genoma humano, que é o que ocorre na comparação entre dois sujeitos de cor de pele diversas. O direito não se ocuparia desta insignificância.

Trata-se aqui de algo mais grave. A discriminação que exclui milhões de pessoas negras. E se geneticamente não se pode falar em raças, sociológica e antropológicamente não se tem como negá-las. Elas estão por toda parte a provocar o preconceito e a segregação.

A lei de cotas em discussão nestes autos, por conseguinte, não procura legitimar uma ilusão. Em verdade, ela busca aplacar as conseqüências drásticas de uma desigualdade visível e perceptível a todos e a todo instante. Desviar o foco da discussão para uma elucubração biogenética, que em nada toca à questão, é manter-se obtuso frente à realidade social. Um negro não ganha menos do que um branco e nem é espancado nas periferias porque alguém viu o seu panorama genético, mas porque sua aparência física o denuncia.

O preconceito se vincula diretamente ao fenótipo. E se um indivíduo de pele negra tiver uma carga genética preponderantemente branca, ele permanecerá sofrendo os efeitos da discriminação pela sua cor, por mais que divulgue sua brancura genética.

É justamente pela consciência de que a genética impossibilita este tipo de classificação racial que o critério previsto na lei de cotas para a verificação da raça negra tem de ser a autodeclaração. Não haveria outro modo de fazê-lo, ao menos sem incorrer em arbitrariedades. Impossível, irrazoável e inútil seria exigir dos candidatos um exame de seu genoma. Outrossim, não atenderia aos objetivos da lei cobrar a apresentação da certidão da árvore genealógica de cada um. Evidente, pois, que o meio mais adequado de se proceder a essa classificação é a autodeclaração.

Nem se diga que isso dá margem a fraudes e abusos. Como cediço o Direito Administrativo e mesmo o Direito Criminal dispõem de meios para coibir atitudes de manifesta burla à lei. Ademais, o **princípio da razoabilidade** tem a função precípua de auxiliar o aplicador da norma em situações como a presente. Caberá ao administrador universitário, no uso de suas atribuições e imbuído do referido princípio, verificar se há, por parte de algum candidato, a intenção de se beneficiar indevidamente do preceito legal que não lhe é dirigido. Se o temor de tentativas de fraude fosse motivo para invalidar uma lei, então, deveríamos revogar todas as leis que instituem benefícios previdenciários, eis que, inúmeros são os casos de fraude visando a recebê-los.

A autodeclaração é o meio mais razoável, justo e democrático de verificação dos destinatários da lei. Além disso, é atitude que estimula o reconhecimento da identidade negra por parte de uma população acostumada a negar a si mesma. A negritude que até

então só lhe acarretava dificuldades, torna-se algo benéfico, e o indivíduo negro não mais precisa despir-se de sua afrodescendência.

CONSTITUCIONALIDADE INQUESTIONÁVEL

Depois deste longo intróito necessário à busca da compreensão social e à solução correta do problema, procederemos à análise do direito objetivo, demonstrando que, sob sua ótica, o pleito do Representante torna-se ainda mais injusto e antijurídico.

A conformação constitucional das políticas de ações afirmativas é inquestionável. O constitucionalismo moderno é unísono neste sentido, tanto no direito comparado, como no direito pátrio. **A ação afirmativa liga-se por um vínculo inquebrantável ao princípio da isonomia.** Ela é o instrumento eficaz a garantir sua concretização no seio de sociedades que, a exemplo da nossa, já nascem marcadas pela desigualdade e pelo preconceito.

A perspectiva constitucional pós-positivista inaugura um novo tempo, em que a Constituição deixa seu papel coadjuvante e transmuda-se em protagonista do ordenamento jurídico. De documento formal, limitador do poder estatal e definidor da organização governamental, passa a configurar-se em Lei material, efetiva, protetiva, consagradora dos direitos humanos.

A Constituição, nesse novo cenário, é o norte para o qual devem apontar as políticas de governo. Seus objetivos determinam o conteúdo das políticas estatais e mesmo das condutas privadas. Em decorrência disto, é de se ressaltar a importância de interpretar-se tais políticas a partir dos objetivos fundamentais traçados no art. 3º, III e IV, da Constituição Federal, para reduzir os fatores de discriminação social e racial no Brasil.

Dentro desse moderno paradigma constitucional construído desde o pós-guerra, as ações afirmativas tem se apresentado como o mecanismo mais condizente com essa necessidade de buscar a efetividade das normas constitucionais.

Vale destacar, por sua importância e origem ilustre, o pronunciamento do Ministro **MARCO AURÉLIO DE MELLO**, do Supremo Tribunal Federal, sobre a imprescindibilidade da adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil. *In verbis*:

“É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor; pode estimular, mediante tal liberação, as contratações. E o Poder Público pode, desde já, independentemente da vinda de qualquer diploma legal, dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo em editais quotas que visem a contemplar os que, até hoje, têm sido discriminados(...) Não se há cogitar que esse procedimento conflita com a Constituição Federal, porque, em última análise, objetiva a efetividade da própria Carta. As normas proibitivas não são suficientes para afastar do nosso cenário a discriminação. Precisamos contar – e fica aqui o nosso apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas” (Grifos Nossos).

A política de cotas, enquanto uma das possibilidades de ação afirmativa, não há de ser questionada no que toca a sua constitucionalidade, pois está em perfeita consonância

⁹ *in Ótica Constitucional* – “A igualdade e as ações afirmativas”.

com o conteúdo material de nossas Cartas, Federal e Estadual. Sua pertinência pode ser demonstrada sob diversas perspectivas. É o que passaremos a fazer, partindo dos dispositivos da CERJ/89, iluminados pelo teor das citadas disposições da Constituição Federal, desde o princípio republicano até as diferentes acepções da igualdade.

PRINCÍPIO REPUBLICANO DO MÉRITO

O “principal” argumento daqueles que insistem em contrariar a política de cotas é o de que sua aplicação avilta o princípio republicano do mérito.

Ora, mérito é algo que pode ser encarado de diversas maneiras. Poderíamos, aqui, enveredar por intermináveis digressões filosóficas sobre o que seria o mérito, mas acabaríamos por desvirtuar a discussão. Coloquemo-la, pois, em termos mais objetivos.

O mérito, enquanto corolário do princípio republicano, perfaz a idéia de que dentro da ótica de primazia da coisa e do interesse público, é preciso proteger a impessoalidade por meio da vedação de privilégios. Nesse sentido, o mérito seria o método de aferição ideal da capacidade de cada um, obrigando o Estado a contemplar em seus atos aqueles cujo desempenho considerasse-se mais satisfatório para cada situação.

Assim, o mérito induz a formação da vontade estatal para selecionar, no caso sob análise, quem são os candidatos melhor preparados para ingressar nas universidades públicas e dela absorverem o conhecimento necessário para a boa atuação profissional. Ocorre, porém, que como todo método de aferição, o mérito deve ser averiguado atendendo a determinados parâmetros. **Ou seja, a análise de mérito deve ser feita em relação a candidatos que se incluem nos requisitos exigidos, mas também, nas mesmas condições pessoais. Diante disso, é evidente que não se pode comparar o mérito de quem teve uma educação de qualidade com quem não desfrutou da mesma.** No caso das cotas, a verificação do mérito deve ser efetivada dentro de cada âmbito. Quer dizer, os não cotistas devem ser comparados entre si, bem como cada grupo de cotistas; e não uns com os outros.

Notório, ainda, é que segundo os resultados apresentados o método de averiguação de mérito adotado é extremamente falho. Isto porque a verificação do mérito deve considerar a aptidão dos candidatos dirigida para algum fim, e não abstratamente, pois, senão, não haveria parâmetros de mensuração. De forma que, quando aqueles cujo desempenho é considerado insatisfatório superam os que são supostamente melhores no atingimento dos fins perquiridos, o sistema de escolha perde qualquer credibilidade.

Dessa forma, a observação do desempenho plenamente satisfatório que os cotistas vêm obtendo ao longo de todos esses anos de política de cotas, que por vezes é superior ao dos não cotistas, nos leva a concluir que o sistema meritocrático aplicado para o ingresso na universidade pública se afasta por completo de seu objetivo.

O acesso ao ensino universitário público não é universal e, por isso, necessita de critério que permita a seleção de determinado número de indivíduos que nele ingressarão e, assim, obterão para si conhecimento que melhor os desenvolva, mas também terão a responsabilidade de contribuir para o desenvolvimento científico da sociedade. O acesso à universidade pública e gratuita não é prêmio para quem se sai bem numa prova; antes disso, é uma questão social, que atinge o interesse de toda a coletividade.

Se considerarmos que o vestibular, como demonstrado, é muito mais um critério de exclusão dos candidatos excedentes, do que de inclusão dos mais capacitados, fica claro que ele não mensura mérito, senão apenas a capacidade dos candidatos de se prepararem especificamente para aquela prova, e não para o ofício que desejem desempenhar em prol da sociedade.

É bem de ver que ao redor do mundo muitos dos países mais avançados, já não mais utilizam o exame vestibular como único instrumento de ingresso no ensino supe-

rior, porquanto tenham percebido a sua ineficiência na seleção dos futuros alunos universitários. Nesses países, o candidato é julgado pela análise de uma conjunção de fatores, dentre elas o histórico escolar e as condições de vida que detém. O mérito é encarado não só como resultado acadêmico, mas também como superação de desafios no desenvolvimento pessoal de cada um.

No Brasil, o método do vestibular de muito já é questionado e, agora, começamos a observar mudanças nesse sentido. Ao invés de um exame que cobre um conhecimento específico sobre matérias muitas vezes sem qualquer relevância para a vida profissional do candidato, o MEC tem buscado, através do ENEM, aferir a capacidade intelectual dos candidatos, medindo o seu raciocínio, e não a sua capacidade de decorar fórmulas e macetes de cursinhos. Neste ano o MEC propôs um novo modelo para o Exame Nacional do Ensino Médio, visando aperfeiçoá-lo, cada vez mais, nesta direção. Outrossim, as universidades, públicas e particulares, têm, num processo crescente, adotado o ENEM em lugar do tradicional exame vestibular.

Mesmo entre candidatos provenientes do ensino particular verifica-se a discrepância dos resultados que o exame vestibular produz. Diversos são os casos, que anualmente se repetem, de alunos de extrema qualidade que são reprovados na prova de admissão, enquanto outros, muitas vezes displicentes e sem preparo, conseguem melhor sorte.

Esses resultados teratológicos e a proliferação de cursinhos preparatórios para o exame vestibular denunciam a fragilidade deste critério. Será que todo o ensino do país, de escolas públicas e particulares, é falho e insuficiente para as exigências do vestibular? Não. O que ocorre é que este exame nunca se propôs a aferir a capacidade, o mérito, dos candidatos. Seu único objetivo é o de permitir aos alunos melhor preparados para ele, e não para a universidade, ou para o mercado de trabalho, ingressar na universidade pública, cumprindo sua função de excluir o excedente de candidatos para os quais não há vagas.

Patente é o elitismo, a ineficiência, a irrazoabilidade e a desigualdade constantes deste critério de admissão. Qual mérito têm os alunos que alcançam resultado positivo no vestibular? Seria algo além de ter nascido em “berço de ouro”, e ter podido frequentar escolas e cursinhos direcionados para esta aprovação? Quantos candidatos obtêm esse resultado à custa de aulas particulares a suprir a sua deficiência intelectual? Quantos desses candidatos que ingressam pelo vestibular tem um histórico de péssimo desempenho escolar? Por que têm eles maior mérito do que uma série de indivíduos com inteligência superior, mas que não tiveram as mesmas oportunidades?

Como bem lembrado pelo Representante, o acesso ao ensino deve dar-se em igualdade de condições, nos termos do art. 307, I da CERJ/89. O que o exame vestibular faz, sem o sistema de cotas, é justamente frustrar este dispositivo. Ele trata de igual maneira pessoas que provêm de realidades absolutamente distintas e que não tem essas mesmas condições. Ele se dirige a um grupo social capaz de adequar-se as suas exigências, que, por acaso, é o grupo social minoritário da população fluminense.

O que a lei de cotas busca é, a partir deste critério questionável e injusto de admissão, superar os seus problemas e concretizar o comando constitucional referido. O que a lei faz não é abrir uma porteira pela qual podem adentrar todos os seus beneficiários. Em verdade, ela separa os candidatos que provêm de realidades distintas e incomparáveis, e, dentre eles, procura aferir quais são os melhores, quais têm maior mérito, por meio de uma verificação que, se não é perfeita, é menos anti-social do que a tradicional.

Se o ensino universitário, mormente o público e gratuito, deve cumprir uma função social de desenvolvimento científico do país, e se o exame vestibular não mede a capacidade de atingimento deste fim, mas apenas a de ser aprovado numa série de provas sobre matérias que a maioria da população não tem acesso, onde esta o aludido mérito dito desconsiderado?

Ademais, se nada do que foi dito sobre a distorção do conceito de mérito, e das falhas de verificação do mesmo fossem procedentes, ainda assim, tal justificativa seria inconsistente. **Isso porque em contrapartida ao princípio republicano do mérito, estaria, nesse caso, o princípio da igualdade, que numa interpretação orgânica do ordenamento, referentemente ao caso em tela, certamente haveria de prevalecer quando do cotejo entres os dois.**

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, da CRFB/88 é adotado pela Constituição Estadual, que em seu art. 6º reporta-se àquele, bem como aos demais princípios constitucionais constantes da Carta Federal. O art. 9, §1º da Lei Maior do Estado, também preceitua, a contrário *sensu*, o axioma da igualdade.

Toda vez que se começa a debater o assunto da política de cotas, de ambos os lados da questão se evoca, antes de tudo, a igualdade. Impende, pois, para melhor compreensão do tema, que se esclareça, em definitivo, a significação deste valor-princípio, em sua inteireza.

A isonomia é princípio vital do Estado Democrático de Direito. Isto porque esta espécie de Estado se justifica, sobretudo, por assegurar aos seus indivíduos a liberdade. E a liberdade, bem jurídico tão caro aos seres humanos, não se dissocia da igualdade.¹⁰ Do século XIX nos vem o magistério de ALÉXIS DE TOCQUEVILLE, que em precisa síntese nos ensina sobre o liame que une liberdade e igualdade. Diz o insigne sociólogo francês que, entre os homens, “*se nenhum diferir, então, de seus semelhantes, ninguém poderá exercer um poder tirânico; os homens serão perfeitamente livres, porque serão todos completamente iguais; e serão todos perfeitamente iguais porque serão completamente livres. É para esse ideal que se inclinam os povos democráticos.*”¹¹

Nesse diapasão, é bem de ver que quando se intenta permitir a grupos socialmente excluídos, através de políticas de ação afirmativa, por exemplo cotas universitárias, a obtenção de igualdade de condições em relação aos demais cidadãos, o que se espera é oferecer-lhes a chave dos seus grilhões. **O que faz a lei de cotas, nada mais é do que abrir aos negros e pobres as portas da liberdade.** Aquela liberdade que deveria lhes ter sido ofertada há 120 anos atrás, mas que só ficou no papel.

A igualdade que se está a falar não é a igualdade formal, sem substância, sem um toque de realidade. Não é a mesma igualdade que constava de nossa Carta Imperial, que permitia a convivência do indigitado princípio com a vergonha do regime escravocrata. Essa igualdade superficial, discriminatória, paradoxal, defendida por aqueles que, tal qual o Autor desta representação, não vislumbram a sua ineficiência e o seu objetivo único de manutenção dos privilégios; não é a que a nossa Constituição Estadual apregoa.

A velha parêmia aristotélica de *tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade* nunca esteve tão nova. Esse ensino milenar, reproduzido por tantos juristas ilustrados, como RUI BARBOSA, ainda pende de plena compreensão por parte de

¹⁰ Nesse sentido, vide SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2006. p. 146. “Mesmo os pensadores liberais reconhecem que, sem condições básicas de vida, a liberdade é fórmula vazia. Liberdade, portanto, não é só ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas, de viver de acordo com elas. Por outro lado, afirma-se também que a igualdade não é homogeneização forçada, pois ela implica no reconhecimento de que todos têm a igual liberdade de ser diferentes e de viver de acordo com essas diferenças. Nestes novos termos, liberdade e igualdade deixam de ser antíteses, tornando-se valores complementares e sinérgicos.”

¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis in WEFFORT C., Francisco (org.). *Os Clássicos da Política*. 10ª ed., vol. II. São Paulo. Ática. 2005. p.174.

muitos que insistem em desacolhê-lo e contestá-lo. Nessa busca do sentido genuíno de igualdade, é oportuno colacionar um breve trecho do constitucionalista lusitano **José JOAQUIM GOMES CANOTILHO**, que, em abordagem acerca da evolução do conceito de igualdade, assim leciona:

“(…) o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de Direito, mas um princípio de Estado Social. Independentemente do problema da distinção entre igualdade fática e igualdade jurídica e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (exemplo: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), **o princípio da igualdade, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio da igualdade de oportunidades (Equality of opportunity) e de condições reais de vida...**” (Grifo Nosso)¹²

Valendo-se, ainda, da colaboração dos doutos, cumpre referir-se, do mesmo modo, a um excerto da ministra do Supremo Tribunal Federal **CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA**, que alumia nossa compreensão sobre o teor do dito princípio. Confira-se:

“**não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino.** O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. **As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.**” (Grifo Nosso)¹³

O princípio da igualdade, portanto, nos prescreve duas espécies de comportamento: **um comissivo**, no sentido de reconhecer e agir de forma a garantir a todos um mesmo tratamento; e **um omissivo**, interditando qualquer tipo de ação que importe em discriminação. Não nega, contudo, o aludido princípio, que entre os seres humanos haja diferenças, biológicas ou mesmo sociais. Mais além, determina que a igualdade se realize apesar delas, superando-as. Neste ponto, o sistema de cotas emerge do reconhecimento da existência de diferenças que inviabilizam a igualdade e se propõe a superá-las.

Deveras, beneficiar determinados grupos com cotas é estabelecer um tratamento diverso entre eles e os demais. No entanto, não se pode taxar esta conduta como aquela vedada pelo princípio da igualdade. **Ela ocorre, justamente, para se contrapor a situações variadas que geram, outrossim, uma divergência de trato entre grupos sociais.** As cotas servem então para fazer um contrapeso a este desequilíbrio tornando esta situação mais equânime, exatamente para garantir a intangibilidade da igualdade em sentido material.

A **igualdade formal** só se efetiva após a garantia de sucesso da **igualdade material**, sem o que, não passa de letra morta. Garantir o direito a igualdade sem permitir que este se realize materialmente é a falácia e o dilema dos direitos humanos nos dias de

hoje. As ações afirmativas, como já esclarecido, buscam suprir essa lacuna entre o **enunciar direitos** e o **conferir direitos**.

Em relação ao caso aqui versado, nitidamente percebemos que o ordenamento jurídico brasileiro anda em descompasso com a realidade social. Por mais que os negros e demais beneficiários das cotas estejam incluídos entre os grupos mercedores da igualdade e tudo o que dela advém, o contexto fático nos mostra, a todo momento, que isso não acontece. Portanto, o argumento de que o sistema de cotas é inconstitucional, pois determina tratamentos divergentes, não se sustenta por duas razões. Primeiramente, porque distorce o conceito de igualdade, entendendo-o como mera concessão de direitos. Segundo, porquanto não compreenda que **a igualdade não é um princípio que se justifique em si mesmo.** Igualar é forma de buscar o atingimento de anseios outros. Assim é que, como nos lembra **José AFONSO DA SILVA**, deve-se compreender que *“igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental.”*¹⁴

A política de cotas raciais para ingresso em universidades públicas é plena em sua adequação ao texto constitucional. Ela atinge por completo, como se demonstrará mais a frente, a função precípua de qualquer instrumento de ação afirmativa.

Em uma das obras pioneiras sobre o tema das ações afirmativas no direito público brasileiro, o **ministro JOAQUIM BARBOSA GOMES** recorre à preciosa definição da **ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA**, que muito bem conceitua a ação afirmativa no plano jurídico-constitucional e nos dá o tom da função que elas se prestam a exercer:

“(…) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. **Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar efetiva igualação social, política, econômica e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático...**” (Grifo Nosso)¹⁵

Por tudo isso que foi dito, por tudo o que os verdadeiros doutores do tema ensinam, mas antes de qualquer coisa, pelo objetivo maior do direito que é a consecução da justiça, não se pode, ainda que se discorde de sua escolha, considerar que a política de cotas, raciais ou não, fere o texto constitucional, mormente o princípio da igualdade. Admitir isso seria negar a nossa Constituição; equivaleria a frustrar os anseios que impulsionaram a redemocratização do nosso país. Caracterizar a lei de cotas do Estado do Rio de Janeiro como inconstitucional por afronta à isonomia importa em retrocesso jurídico e social,¹⁶ violador do princípio da igualdade no plano material (art. 5º da CRFB/88).

¹⁴ in *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo. Malheiros. 2007. p.214.

¹⁵ in *“Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade”*, ed. Renovar. 2001. p. 42.

¹⁶ Segundo o ilustre constitucionalista brasileiro professor **LUÍS ROBERTO BARROSO**, haveria implicitamente na constituição um “Princípio de Vedação do Retrocesso”. Tal princípio importaria na proibição a que um direito alcançado ou uma conquista social efetivada pudessem se perder, retornando-se à situação anterior.

¹² in *“Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina. 1993. p. 567.

¹³ in *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte. Jurídicos Lê. 1990. p. 118.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A reforçar a constitucionalidade da política de cotas raciais estão os arts. 5º e 8º, ambos da CERJ/89, que, a exemplo do art. 1º, inciso III da CRFB/88, traz uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, assegurando a todo indivíduo o direito à dignidade.

O que a lei impugnada faz é dar àqueles indivíduos (negros e pobres) pertencentes a grupos socialmente excluídos o direito a ter uma vida mais digna. É oferecer-lhes a chance de ingressar numa universidade e adquirir os benefícios todos que advêm dessa experiência.

O sistema de cotas abre, para indivíduos tradicionalmente alijados do conhecimento e do mercado formal de emprego, uma nova perspectiva que lhes permite alçar voos maiores. A vivência e o conteúdo adquiridos na faculdade possibilitam a eles a oportunidade de conquistar melhores empregos, que por sua vez fazem com que os seus descendentes recebam educação de melhor qualidade e sejam criados em condições mais propícias ao seu bom desenvolvimento. Isso gera avanço social, fazendo, inclusive, com que, dentro de alguns anos, o sistema de cotas não mais seja necessário, diante do apacramento das desigualdades.

Quer dizer, a efetivação do sistema de cotas desencadeia um processo de recuperação da dignidade negada a uma série de indivíduos que, vivendo em condições desumanas e considerados inferiores pela sociedade, ganham a chance de mostrar o seu valor e conquistar, por seus próprios méritos, uma ascensão social.

Num país onde impera a cultura do bacharelismo, os grupos sociais que não dispõem de acesso à universidade sofrem com um implacável signo de sujeitos menos capazes, ficando relegados aos piores postos de trabalho. O título de bacharel, por si só, já garante ao seu portador um *status quo* superior. Mais do que isso, o ensino obtido o faz galgar um posicionamento mais elevado, tanto no mercado de emprego como na sociedade. Esse tipo de progresso resgata uma dignidade perdida, e por vezes até desconhecida, por parte daqueles que, muitas vezes, já nasceram acostumados à submissão e à falta de cidadania.

Com efeito, a lei de cotas tem o condão de superar as desigualdades geradas, seja pela ausência de uma justiça distributiva, seja pela falta de reconhecimento dos grupos sociais por ela beneficiados. É dizer, ela cumpre o escopo de toda ação afirmativa que é o de corrigir as diferenças originárias da má distribuição de renda, ou de um preconceito instaurado numa sociedade.

Sem dúvidas, a dignidade do homem compõe-se não só dos aspectos materiais que o cercam. Mais do que isso, ela se constrói a partir de questões transcendentais, como a sua história, a identidade de seu povo, a sua inserção social, a sua cidadania, dentre outros. Estes fatores todos, no mais das vezes, são depreciados em indivíduos da raça negra ou em alunos pobres da rede pública de ensino. Isto porque a sociedade lhes imputa uma carga negativa, extremamente covarde e pesada, não permitindo sua libertação da base da pirâmide social, porquanto se aproveite de sua inferiorização. Afinal, ainda paira no ideário de nossa sociedade a ilusão de que é preciso que determinadas pessoas tenham uma condição inferior para ocuparem postos degradantes de trabalho, que, sem elas, ficariam vazios.

Por absurdo que isso possa parecer, inúmeras são as pessoas que repetem esta impostura. São incapazes de atentar para o fato de que se um grupo social se desenvolve, a sociedade como um todo avança. Os subempregos que pareciam essenciais são substituídos pelo uso de tecnologia. Novos postos de trabalho, em campos mais complexos do saber, se abrem e a sociedade caminha para o progresso.

Quando a lei de cotas permite a um indivíduo que, ao invés de trabalhar num subemprego, ele possa, a partir de seu conhecimento, conquistar oportunidades mais

auspiciosas, gerando uma melhoria de vida dele próprio e de sua família, ela retira todas essas pessoas da invisibilidade e os insere na sociedade, os torna participantes da vida política do país e, acima de tudo, os dá a chance de, livres do poderio da elite que os impede de se desenvolver, mostrar a todos o seu valor e recriar a sua própria identidade. A lei de cotas, portanto, emancipa aqueles aos quais se dirige.

Se o trabalho dignifica o homem, o estudo mais ainda. O saber é libertador e o segredo para o desenvolvimento econômico-social e moral de uma sociedade. Portanto, quando a lei de cotas para ingresso no ensino público universitário lega aos seus destinatários as benesses do conhecimento, é a todos que ela aproveita. Ela aperfeiçoa a ética social que permeia a sociedade e dignifica seus componentes todos.

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Há que se trazer mais um argumento para a improcedência da Representação, que não pode ser esquecido, dado o lugar de destaque em que foi posto pela CERJ/89. A solidariedade proclamada no art. 5º da Carta Estadual e no art. 3º, inciso I da CRFB/88.

O tratamento da solidariedade vem evoluindo ao longo dos tempos, de acordo com a tomada de consciência dos seres humanos a respeito da noção de alteridade. Primeiro, a solidariedade era tida como piedade. As pessoas solidarizavam-se porque tinham pena e por esperarem um reconhecimento divino de seu ato. Em seguida, solidariedade tornou-se um ato de vontade, de poder. As pessoas praticavam gestos solidários porque se achavam em condições e com desejo de fazê-los. Hoje, porém, em um estado constitucional democrático pós-moderno, a solidariedade é imperativo jurídico, fruto de um ato de consciência e de compromisso com o bem-estar da sociedade.

Pode-se afirmar, assim, que a solidariedade social é um dever do Estado, máxime para garantir a dignidade humana do cidadão.

A perspectiva atual da solidariedade é a de que ela se justifica, acima de tudo, pela noção da existência de um outro ser, tal qual cada um de nós, que vivencia uma situação a qual ninguém deveria, e menos ainda querer, ser exposto. Mas, também, pela compreensão de que conforme as pessoas que nos cercam têm uma melhora em suas vidas isso reflete diretamente na de cada um de nós, num ato contínuo.

No caso, não há como negar que o sistema de cotas traduz-se num ato de solidariedade. Entretanto, isso não retira a sua cogência, pois como vimos, a solidariedade é, atualmente, um mandamento constitucional, de tal sorte que cai por terra o argumento utilizado de que a sociedade atual, por não ser diretamente responsável pelas consequências da escravidão e também pela presente exclusão social do negro e do pobre, não deve ser obrigada a arcar com esse ônus. Afinal, esta obrigação não decorre de culpa, mas de um sentimento mais valioso que é a solidariedade.

A solidariedade, enquanto princípio jurídico insculpido na Constituição do Estado (art. 5º) e Federal (art. 3º, inciso I), assume o papel de instrumento e de guia para a concretização de princípios outros e também de políticas públicas. Ela dirige a ação legislativa e mesmo a social para o fim de concretização dos direitos por parte daqueles que os detendo, não conseguem deles desfrutar, em decorrência de entraves não jurídicos, tais quais a discriminação e a desigualdade, entre outros.

A solidariedade estimula e justifica a maior atenção do Estado, em determinados momentos, em relação a alguns grupos específicos que dele dependem para o alcance de sua plena cidadania. Ela afasta a acusação de privilégio e exalta a noção de fraternidade e de generosidade.

Pode ser encarada como um princípio coletivista, já que busca o bem de todos, através da igualação e libertação social. Mas sob um enfoque egoístico, pode também ser vista como um princípio individualista, a partir da determinação de que uns ajudem

os outros a fazer com que a sociedade, em geral, progrida e com o intuito de melhorar a sua própria vida. De todo modo, a solidariedade é imperativo que a todos beneficia e por isso não merece questionamentos.

De igual modo, a lei de cotas, enquanto expressão desta solidariedade, não há que ser confrontada, porquanto, embora dirigida a alguns, espalha dentre todos as suas benesses. Assim é que além da falta de razões jurídicas para se questionar a lei de cotas; pode-se dizer que há mesmo uma ausência de interesse em impugná-la, já que seus efeitos melhoram a vida de todos, sem nada retirarem em troca.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA MELHORIA DE RESULTADOS, INCLUSÃO SOCIAL E AUMENTO DO PLURALISMO. SUCESSO DA POLÍTICA DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A corroborar a perfeita adequação entre a lei de cotas e ordenamento jurídico está a análise da sua eficiência. É dizer, a lei de cotas cumpre o seu duplo escopo, qual seja, oferecer oportunidades de maior instrução e progresso a grupos socialmente excluídos, e promover a inserção plena destes grupos na sociedade fluminense, a partir do reconhecimento de suas identidades.

Em relação ao primeiro objetivo, impende esclarecer, de uma vez por todas, que, contrariando as premissões daqueles que são contrários à política de cotas universitárias, a lei sob exame não permitiu, nem permite, o ingresso de uma série de incapazes que fariam com que o nível das universidades públicas diminuísse. Ao revés, sob o prisma da eficiência, a **política de cotas revelou-se um sucesso**. As diversas pesquisas sobre o tema, que se proliferaram aceleradamente, apontam todas na mesma direção. Elas demonstram, à exaustão, que: os alunos cotistas têm, na maioria dos cursos, um **coeficiente de rendimento (CR) maior ou igual** ao dos alunos não cotistas; e que os alunos cotistas possuem um **menor índice de abandono do curso** em relação aos não cotistas, espancando o mito de que eles largariam os estudos por falta de condições de se manter na universidade.

Quer dizer, considerando o objetivo insito à universidade de formação de uma comunidade científica que alavanque o desenvolvimento da sociedade, podemos afirmar que os alunos cotistas despontam como os mais qualificados e interessados em atingir este fim. Lembremos que a verba utilizada para custear as universidades estatais é dinheiro público, e como tal deve se prestar a justificar políticas eficientes de avanço educacional e de inclusão social. É através da lei de cotas que a universidade pública e gratuita encontra sua razão de ser, pois por meio dela alcança essa dupla justificação.

A manutenção da antiga prática, essa sim, paternalista, de o Estado despende vultosa verba para custear apenas os filhos da elite branca é flagrantemente contrária aos princípios da Administração Pública. E sob ótica meramente utilitarista, é um avilte à eficiência.

Ademais, importa ressaltar que a inclusão na universidade pública de grupos sociais notadamente excluídos produz uma nova consciência no seio daquelas instituições permeadas de jovens estudantes, que se espraia por toda a sociedade e institui um pensamento mais pluralista de aceitação e convívio respeitoso com as diferenças. Uma das maiores riquezas do Brasil é a sua diversidade étnico-racial e social; porém, ao contrário do que dizem os combatentes das cotas, essa diversidade não é vista com bons olhos pela sociedade brasileira. Nosso país permanece segregando determinados grupos, mantendo um desenvolvimento estamentário da sociedade, incapaz de permitir a mobilidade social. Porém, na medida em que a lei de cotas impõe a diversidade e obriga os estudantes universitários a uma convivência pautada na pluralidade, a realidade do

povo brasileiro se põe a mostra tal qual efetivamente o é, e não conforme os preconceitos a qualificam (ou desqualificam).

Destarte, o valor e a capacidade dos indivíduos pertencentes a esses grupos tradicionalmente excluídos, provados como iguais ou superiores aos dos demais membros da sociedade, embasa um novo paradigma sobre a identidade dos mesmos. Nesse sentido, principalmente negros e estudantes pobres de escolas públicas encontram espaço para demonstrar que os preconceitos que sobre eles pesam não passam de falácias, impostas à nossa sociedade, durante séculos, por uma elite mesquinha que a domina.

A lei de cotas tem o mérito de trazer para a universidade uma nova lição que é a de ensinar aos estudantes não apenas a olhar o seu país superficialmente, mas, sobretudo, a enxergar o que vêem. A meditar sobre as desigualdades que marcam a sociedade em que vivem. A reparar que não há diferenças entre os indivíduos negros ou brancos, pobres ou ricos, deficientes ou não, que justifiquem essas desigualdades. A buscar meios de superar as diferenças, sem desrespeitá-las. A traçar novos rumos para o progresso de toda a população, e não apenas da minoria posta no ápice de nossa pirâmide social.

Diversamente do que sustenta o Autor desta representação, **a lei de cotas não contraria o art. 306 da CERJ/89. Em verdade, lhe dá concretude**. A universidade pública constituiu-se, tradicionalmente, como reduto de jovens estudantes da classe mais abastada da população. Os alunos da universidade pública possuíam um mesmo perfil que pouco variava. Com a vigência da lei de cotas, o que passou a se vislumbrar nas universidades públicas estaduais foi uma variedade de matizes, de penteados, de estilos, de histórias de vida, de classes sociais, de credos; enfim, foi o surgimento de um pluralismo real entre os universitários.

Essa diversidade, tão crucial à formação da sociedade, que exige o aprendizado do respeito pela diferença, demonstrou-se extremamente saudável para a vida universitária. Nem se diga, como fez o Representante, que este convívio se dá de maneira conflituosa e cria um ódio racial na universidade. Nestes anos todos em que a lei de cotas tem vigido em nosso Estado, o que se viu foi uma perfeita integração entre cotistas e não cotistas. A população universitária compreendeu a importância e a importância da política de cotas e a internalizou, amoldando-se a ela sem nenhuma resistência.

A lei de cotas revelou-se sobremaneira eficiente na sua função de incluir, reconhecer e promover grupos sociais, ao mesmo tempo em que deu à universidade a justificativa de ser pública e gratuita, pois permitiu que ela cumprisse os fins a que se presta, nela introduzindo estudantes aptos e interessados em construir uma classe de bacharéis competentes para a sociedade, e que produzem resultados melhores do que os até então alcançados.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL POLÍTICA DE COTAS NÃO EXCLUI, MAS COMPLEMENTA AS NECESSÁRIAS MELHORIAS NO SISTEMA EDUCACIONAL

Na mesma toada, é preciso desmentir alguns argumentos repetidas vezes expendidos por aqueles que discordam da política de cotas para ingresso na universidade pública, no sentido de que tratar-se-ia de medida ineficaz, que se prestaria a camuflar o real problema da educação no Estado.

Verifica-se, de plano, que este é o típico argumento que não encontra espaço em sede de processo judicial, mormente em processo objetivo, como são os de controle de constitucionalidade.

O juízo sobre o grau de eficiência desta política recai, em última análise, na invasão do âmbito da **discricionariedade administrativa**. A política de cotas universitárias toca a uma questão de Direito Administrativo e de Direito Constitucional. Isto porque, elas dizem com a forma de organização e a finalidade das universidades estaduais. Veja-se que o ensino universitário é de atribuição da União. O Estado o cria no uso de sua discricionariedade e assim é que também o organiza, respeitando a Constituição, mas conforme sua conveniência.

O administrador público tem o dever constitucional de combater a desigualdade social e dispõe do poder de fazê-lo mediante ações que julgue convenientes e oportunas. De forma que ao vislumbrar na adoção de cotas para ingresso na universidade pública uma maneira de bem realizar o seu múnus, pode ele fazê-lo utilizando-se de sua discricionariedade.

Como cediço, ao Poder Judiciário não é recomendável imiscuir-se nesta seara. De modo tal que pretender a impugnação judicial da lei sob esse pretexto é um atentado às basilares lições de Direito Administrativo.

De maior gravidade é o equívoco que se encontra unido ao primeiro. Não obstante a vedação a que o Poder Judiciário invada a esfera de discricionariedade administrativa, é bem de ver que por mais que se entenda pela ineficiência da política de cotas, **isto não implica seja ela inconstitucional**. Dizer que as cotas não resolvem o problema da educação, não significa manifestar-se pela sua inconstitucionalidade.

Entretanto, como fartamente demonstrado, a política de cotas não é nem ineficiente, nem inconstitucional. Por outro lado, também não é a panacéia para todos os males oriundos da desigualdade social, da discriminação e da falência do sistema educacional brasileiro.

A política de cotas, para ser bem compreendida, deve ser posta em suas devidas balizas, sem que se a subestime ou superestime. Deveras, a política de cotas não é a única solução, tampouco é uma enganação. Ela consubstancia-se numa medida **necessária e temporária**, nem mais, nem menos do que isto.

Defender, como muitos o fazem, que a política de cotas e a melhoria no ensino público de base são ações, em si, excludentes é um erro. O fato é que uma complementa a outra. Se apostarmos todas as nossas fichas só na política de cotas, nos frustraremos, pois, por mais que dela advenham bons resultados, ela não será uma medida temporária, mas permanente, porquanto a fonte dos problemas continue a produzi-los. Por outro lado, se acharmos que só a reforma do ensino básico é capaz de resolver a questão, veremos que na previsão mais otimista de que haveria uma reforma total e imediata na integralidade do ensino público, os seus primeiros resultados somente se produziram após o advento de uma nova geração (aproximadamente 25 anos), período durante o qual a desigualdade continuaria crescente. Desse modo, as reformas implementadas com vistas à melhoria desta situação seriam insuficientes, pois a desigualdade teria aumentado e nesses 25 anos a realidade já seria outra, mais grave.

O problema, pois, tem de ser enfrentado nas suas duas pontas. É preciso atacá-lo na origem e no destino, conjuntamente. Se a lei de cotas não puder continuar a realizar essa função de contenção imediata e emergencial, **os desafios da também necessária reforma do ensino básico serão ainda maiores**, bem como o tempo que levaremos para corrigir os graves problemas da desigualdade e da má qualidade da educação em nosso Estado.

É preciso que se entenda que a política de cotas, embora de cunho emergencial e temporário, não é algo paternalista. Ela promove uma transformação social que acelera as outras mudanças que com ela são necessárias para o progresso do Estado. Quando negros e estudantes pobres de escolas públicas ganham a perspectiva de ingressar no ensino universitário eles têm uma alteração em seu comportamento. Ao invés de

abandonarem os estudos, por se revelarem inúteis, passam a desejar a conclusão do ensino médio. Assim, começam a exigir maior número de vagas, ao mesmo tempo em que protestam por um ensino de maior qualidade. Cumpre lembrar que a política de cotas não é capaz de inserir todos os seus beneficiários na universidade. Entre eles há também uma competição, pois o número de vagas é pequeno. De tal sorte que ela dá aos seus destinatários a chance de chegar à universidade, mas exige que eles façam por merecê-la. A lei de cotas gera um inconformismo com o ensino oferecido pelo Estado, por uma parcela da população, que compõe a sua clientela, e que sempre se manteve acomodada, pois o estudo era incapaz de lhe abrir portas para o futuro. Em suma, a política de cotas fomenta a busca por uma melhoria na qualidade do ensino público como um todo.

E não é só. **O ensino particular também sofre a sua influência**. Quando os alunos cotistas, provenientes de um ensino considerado de qualidade inferior, obtêm na universidade resultados superiores aos dos não cotistas, oriundos das mais conceituadas escolas do Estado, evidencia-se a falência do modelo educacional tradicionalmente seguido no Brasil, orientado não pela transmissão de conhecimento, mas pelo adestramento exigido pelo exame vestibular.

Nesse sentido, a política de cotas interfere para o bem em todo o ensino brasileiro, público ou particular. Além disso, influencia toda a sociedade, na medida em que diminui as desigualdades e exalta a identidade de grupos excluídos por motivo de discriminação racial ou social.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Por tudo o que até aqui analisamos, a razoabilidade da política de cotas (discriminação positiva) é incontestável. Instituir um sistema de cotas contemplativo de grupos excluídos, num contexto social de extrema desigualdade e discriminação, que inclusive, fere o ordenamento jurídico, não pode ser considerado como um despropósito. Até porque a medida discutida guarda total pertinência com o problema a ser enfrentado.

Há que se atentar para o cuidado que o legislador teve em fazer constar da lei sob exame não apenas o único critério para a concessão do benefício, mas uma conjugação de critérios. O candidato que se inclui dentre os contemplados pelo sistema de cotas deve preencher uma série de requisitos, quais sejam: ser aprovado no exame vestibular, pertencer a um dos grupos eleitos como sujeitos dessa norma, demonstrar que é carente e, por fim, classificar-se numa posição que lhe permita obter uma das vagas reservadas para o sistema de cotas.

Vê-se, pois, que a lei é dotada de mecanismos que impedem incorra a norma numa irrazoabilidade, beneficiando a quem não faz jus. Ao estipular que os sujeitos a quem se dirige devam, a um só tempo, amoldar-se a todas as referidas exigências, a lei impossibilitou que, por exemplo, um negro abastado consiga uma vaga, simplesmente pela sua cor. Aliás, essa é uma tendência que tem se verificado na Suprema Corte dos Estados Unidos, em cujas decisões a respeito do tema, de que tanto falam os refratários ao sistema de cotas, tem assentado que o critério racial deve jungir-se a exigências outras, não sendo a única razão da política afirmativa. É exatamente isso o que se constata da norma em questão, e o que faz dela um exemplo de razoabilidade na busca de efetivação dos direitos fundamentais e no cotejo dos princípios constitucionais.

Sob a ótica da verificação da **proporcionalidade**, a solução pelo sistema de cotas mostra-se absolutamente **adequada** ao objetivo a que se presta. Como já demonstrado, o sistema de cotas universitárias tem o condão de fazer ingressar na elite um maior número de negros, indígenas, portadores de deficiência e integrantes de outros grupos excluídos, rompendo barreiras até então quase intransponíveis, o que gera uma

diminuição das desigualdades sociais, ao passo que justifica a universidade pública gratuita e auxilia o aprimoramento de todo o ensino.

Em relação ao aspecto da **necessidade**, permanece tal opção política intocável. Afinal, como também oportunamente explicitado, pela cultura do bacharelismo encruada em nosso povo e pela questão temporal que torna praticamente ineficiente outras soluções possíveis, não se vislumbra medida menos gravosa do que esta. Ou seja, dentre todas as opções apontadas como aptas a corrigir os problemas da segregação dos negros e pobres, o sistema de cotas apresenta-se como a mais eficaz e menos danosa a sociedade como um todo.

Por fim, no que tange a **proporcionalidade *stricto sensu***, a lei de cotas do Estado do Rio de Janeiro apresenta-se como absolutamente correta. Suas categorias e os percentuais em que são contempladas não são decididos a esmo, mas decorrem do estudo da composição populacional de nosso Estado. Assim é que, em relação a uma população majoritariamente pobre e com uma forte presença de negros, os percentuais mostram-se em irrestrita consonância com a nossa realidade social. Eles não são capazes de reproduzir a exata composição social na universidade, mas conseguem definir um maior pluralismo. Se os patamares fossem inferiores, a política de cotas não alcançaria seus objetivos e se afiguraria como mais uma medida demagógica e ineficaz.

CONCLUSÃO

Em conseqüência de tudo o quanto foi exposto, verifica-se que a Lei Estadual 5.346/2008 do Estado do Rio de Janeiro, que institui o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, não fere o texto constitucional estadual. A política por ela instaurada é total e indiscutivelmente pertinente aos princípios fundamentais de nossa carta estadual. É medida que encontra embasamento nos arts. 5º, 8º, 9º, 77, *caput*, 306, 307, inciso I, todos da CERJ/89 e nos arts. 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, 37, *caput*, 206, incisos I e III, da CRFB/88, que serão violados caso seja julgado procedente o pedido. Mais até do que adstringir-se aos limites impostos pela Lei Maior, a lei de cotas constitui-se na própria efetivação dos ditames constitucionais.

Pela lei de cotas o Estado do Rio de Janeiro, o primeiro a instituir esta política no Brasil, deu exemplo ao resto do país e demonstrou que o tempo da inércia e da complacência findou. É preciso, pois, ante o novo modelo de constitucionalismo que vivemos, não mais se limitar a editar normas proibitivas de discriminações ou concessivas de direitos. Acima de tudo é necessário que o Estado assuma postura pró-ativa no sentido de atuar para concretização dessas normas. Nesse sentido, as leis assumem novos contornos. Não precisam apenas estar em consonância com a teoria do ordenamento jurídico; além disso, precisam conformar-se ao ordenamento social vigente. Não basta às leis, em nossos tempos, serem constitucionais, precisam ainda ser efetivas. Nesse cenário, a lei de cotas surge não como um diploma concessivo de direitos, vez que estes já são assegurados na constituição e em outros diplomas. A lei de cotas, em verdade, é diploma concretizador de direitos.

Durante estes anos em que ela vigeu em nosso Estado, inaugurou um novo caminho, uma nova realidade de pluralismo e de combate a discriminação. Com a edição da novel legislação e o aperfeiçoamento de alguns mecanismos do sistema de cotas, ela tende a alcançar resultados ainda mais expressivos. Depois de tantos séculos, vemos, enfim, o preconceito e a desigualdade começarem a ser efetivamente combatidos, de forma que a sociedade não pode, agora, sofrer este retrocesso.

Num momento raro da história deste Estado e mesmo deste país, surgiu, graças à luta de movimentos sociais, a preocupação em contemplar negros, pobres, deficientes e índios, grupos sempre tão esquecidos e tão abusados em nossa história. Não é justo

que os condenemos, novamente, à invisibilidade, ao limbo social, à indignidade.

Por fim, o que se pretende dessa e. Corte de Justiça é que, reconhecendo a plena e cristalina constitucionalidade da lei sob exame, não interfira nesta que, de veras, é uma política estatal realizada de acordo com o seu âmbito de discricionariedade, e que intenta a efetivação de uma maior justiça social no Estado do Rio de Janeiro. Pede-se, assim, que o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não retire dos grupos de beneficiários da lei de cotas a chance de saírem da indigência e de resgatarem uma cidadania e uma dignidade perdidas e que se possa concretizar além da norma constitucional, o verso tão significativo de Castro Alves, que evoca tantas lágrimas para lavar-se tanto sangue da bandeira do Brasil. Este o sentido maior da lei 5.346/2008, cuja constitucionalidade pretende ver afirmada por essa Colenda Corte o povo do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2009.

Lúcia Léa Guimarães Tavares
Procuradora Geral do Estado do Rio de Janeiro

Flavio Willeman
Procurador do Estado do Rio de Janeiro