

3

Cotas Étnicas: falsa proteção social e sua inconstitucionalidade *Ethnic quota: false social protection and unconstitutionality*

MARCELO ANDRADE CAMPOS SILVA

Juiz de Direito em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, e professor da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul – Esmagis, especializado em Antropologia Filosófica aplicada ao Direito, pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – Uniderp/Esmagis, é autor dos seguintes artigos: “O perfil do “mula” na região de fronteira: as características socioculturais do pequeno traficante em Ponta Porã (MS)”, publicado na *Revista Esmagis*, n. 14, 1º semestre de 2003; “A cognição no processo civil” e “Presidência do Tribunal do Júri – roteiro e quesitação”, ambos publicados na *Revista Esmagis*, n. 12, 1º semestre de 2001. *E-mail* para correspondência: marcelo.andrade@tjms.jus.br.

Em história recente, têm-se defendido, a título de inclusão social, bem como sob o argumento protetivo, as chamadas ações afirmativas, dentre as quais se destaca, para os fins do presente, o sistema de cotas raciais, ou étnicas, em concursos públicos, mormente vestibulares. Em Mato Grosso do Sul, instituiu-se, via legislação estadual, sistema de cotas para aqueles que possuam origem afrodescendente ou indígena, com fins de ingresso em concursos vestibulares.

Como magistrado, tive oportunidade de, por mais de uma vez, decidir mandados de segurança impetrados contra a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, movimentados por vestibulandos descontentes que, de balde sua classificação dentre o número de vagas totais divulgadas, foram preteridos em razão da cor de sua pele, em prol de outros vestibulandos com piores resultados.

É de bom alvitre citar que de tais decisões não houve recurso, o que impossibilitou a formação de convencimento do Tribunal de Justiça mato-grossense sobre o assunto, mantendo assim o *status* de falsa legalidade do sistema aqui vigente. Posteriormente, em período mais recente, noticiou-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgando ação movimentada contra concurso público no qual adotado o sistema de cotas em razão da cor da pele, também o declarou inconstitucional.

Ressalta-se que o objetivo do presente não é o de insuflar o combate social ou racial, ou tampouco de se menosprezar conquistas históricas, ou ainda de negar a já supra mencionada inclusão social. Trata-se, em verdade, de análise sociojurídica, feita de forma isenta e decorrente do enfrentamento, em processos hoje já findos, da alegação de inconstitucionalidade das supracitadas “cotas”.

Primeiramente, saliente-se que o sistema de cotas étnicas (como se passará a denominá-lo à falta de outra nomenclatura que se lhe aplique melhor) teve por nobre objetivo proteger aqueles que, historicamente, se viram alijados do desenvolvimento socioeconômico em função de sua aparência física.

É indiscutível que, com o término do sistema de escravidão brasileiro, viram-se na rua da amargura centenas de milhares de negros e mulatos, sem instrução, qualificação pessoal ou, mesmo, meios de se incluírem no mercado de trabalho ou sobreviverem de forma condigna. Tal situação, com o correr do tempo, gerou o fato, também incontestado, de que a grande maioria da população das classes sociais média e baixa seja deles descendente.

Fosse simplesmente esta a questão, ou ainda se a sociedade brasileira estivesse na situação encontrada nos Estados Unidos da América, onde o término da escravidão gerou regime símile ao *apartheid* sul-africano (situação desconhecida no Brasil), donde “importado” o molde para o sistema de cotas, seria este mais defensável ou, ao menos, mais legalmente justificável.

Ocorre que não é esta a realidade brasileira, e que os fins geralmente não justificam os meios, mormente quando estes não se restringem aos limites legais que deveriam balizá-los. Embora existam, sim, aqueles que ainda hoje guardem preconceitos raciais, esta situação felizmente hoje está se tornando a exceção, e não a regra, e não mais se pode dizer que os afrodescendentes (ou indígenas) estejam totalmente à parte do processo de desenvolvimento social.

Exemplificativamente, cita-se pesquisa realizada em escolas de ensino médio no Rio de Janeiro¹, no ano de 2005, segundo a qual se constatou que, no geral, os estudantes não sentem que foram discriminados, tampouco viram discriminação frequente, e sequer têm como determinante, para seus parceiros amorosos, a cor da pele. Apesar de não se poder aplicar de forma geral a pesquisa de âmbito específico, ela reflete a experiência prática, que demonstra situação diversa, onde convivem nas classes sociais pessoas das mais variadas origens, enfrentando dificuldades mais próximas à sua realidade socioeconômica do que de suas aparências.

¹ *Apud*: Maggie, Yvonne. Reparação e racismo.

Feitas estas considerações iniciais, à guisa de contextualização do tema, passar-se-á logo a este. Em primeiro lugar, aponta-se que o sistema de cotas étnicas não se adéqua ao princípio da isonomia, no qual se lastreia sistema jurídico-constitucional brasileiro. É que este tem como critério e definição básica tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, não implicando tal, no entanto, que se permita a discriminação arbitrária de alguns em prol de outros, sejam eles minoria, sejam maioria.

Isto não iguala dizer que a lei não discrimine ou diferencie. Ela o faz de forma recorrente, porém há de se distinguir até onde pode ir tal distinção e mais: quais critérios podem ser adotados para tanto. Tanto é assim que aos idosos é destinado tratamento especial, assim como às crianças e aos adolescentes ou, ainda, aos portadores de deficiências físicas ou mentais.

Ocorre que tais critérios são objetivos – idade, doença etc. –, e não baseados na simples aparência ou origem do indivíduo, e que o sistema de cotas parte de premissas logicamente inidôneas, levando a conclusões igualmente descabidas e arbitrárias. O sistema de cotas baseado na cor (negros) e etnia (índios) para concursos vestibulares, proposto pelo MEC e positivado em Mato Grosso do Sul por intermédio das Leis Estaduais n. 2.605/2003 (negros) e n. 2.589/2002 (índios), regulamentado por meio da Resolução Cepe-UEMS n. 430, de 30 de julho de 2004, tem como finalidade manifesta o acesso facilitado dos menos favorecidos (no seu entendimento) ao ensino superior.

Não obstante a valorosa defesa à inclusão social e às conquistas históricas dos povos conquistados quando da colonização afro-americana pelos europeus, a premissa e o argumento adotados são equivocados e desprovidos de razão, seja fática, seja antropológica, sociológica ou jurídica. A argumentação em favor deste sistema leva à conclusão (errônea) de que todos aqueles que se encontrem na categoria étnica protegida (negros e índios) devem ser protegidos e tutelados pelo Estado em desfavor dos demais cidadãos.

Vários fatores apontam a impossibilidade de correta utilização e, mesmo, de aceitação constitucional desta sistemática. A um, vê-se que nem todos os negros ou índios pertencem à categoria mais pobre da população, dentre a qual se constata diuturnamente exemplos de sucesso pessoal, profissional e social. A dois, encontra-se o fato de que os demais (sejam eles os “brancos”, sejam pardos, mamelucos, asiáticos ou pertencentes a qualquer outra cor, raça ou etnia) não se encontram necessariamente na outra ponta da pirâmide social (ou seriam todos eles favorecidos economicamente e bem-sucedidos no mercado de trabalho?).

A três, constata-se que, mesmo aceito o argumento de que apenas negros e índios sejam excluídos socialmente (o que se admite aqui apenas como exercício

lógico ante o absurdo da premissa), não se poderia afirmar que todos os menos favorecidos economicamente se encontram aliados das boas instituições de ensino.

A quatro, podem-se citar aqueles que, com visível prejuízo pessoal e familiar, providenciam formação de qualidade (aqui incluída pessoal, familiar e educacional) a seus filhos, mantendo-os em boas instituições de ensino, não obstante parcas ou inexistentes condições financeiras de fazê-lo, cumprindo papel que incumbiria ao Estado.

Apesar de tais fatos, e utilizando-se de outra possível premissa fática para a proteção criada pela norma estadual (surgida em um dos mandados de segurança acima mencionados, e não de minha lavra), não há como se admitir que aqueles ora protegidos estariam em nível intelectual abaixo dos demais membros da comunidade.

Ora, tal critério, se chegou a ser levantado quando da criação da norma, deve ser rechaçado e afastado de plano, eis que repugna ao bom senso e ao próprio conceito de humanidade, que há de permear todas as relações sociais, sob pena de retrocesso à barbárie e à incivilidade.

Admitir-se que alguém, em razão de sua condição pessoal de cor ou etnia, seja menos desenvolvido ou capaz intelectualmente é, sim, negar as conquistas históricas dos últimos milênios (e não apenas séculos) e afastar de vez a possibilidade de inclusão ou igualdade social.

Em segundo lugar, salta aos olhos a absoluta falta de critérios objetivos (e, mesmo, subjetivos palpáveis) para que alguém seja qualificado, para os fins propostos, como “negro” ou “índio”. Exercitando novamente a criatividade, com o propósito de tentar alcançar a *mens legis*, tornando de alguma forma exequível a norma, seria possível tomar por base a aparência pessoal apenas? Ou seriam necessários exames de DNA para se determinar a etnia dominante em cada candidato (como se tal fosse possível)? Ou bastaria a simples declaração por parte do interessado? Ou haveria uma comissão própria que analisaria as declarações com base em fotografias?

Quanto a este ponto, que resta insolúvel mesmo aos mais árdios defensores do sistema (tanto que nada se apresenta de sólido neste sentido), cita-se o exemplo da Universidade de Brasília (UnB), uma das mais respeitadas instituições de ensino do País, na qual o critério adotado é justamente a aparência do candidato (fotografias).

Em noticiário recente (escrito e televisivo), foi divulgado o caso dos irmãos Alex e Alan Teixeira da Cunha, que se inscreveram pelo sistema de cotas baseado na cor da pele, como negros, ao vestibular da UnB, que aqui se usa como exemplo, eis que não fora isolado.

O caso refere a dois jovens gêmeos idênticos, filhos de pai negro e mãe branca, no qual a banca examinadora encarregada da seleção para as cotas raciais definiu que Alan poderia concorrer como negro, porém Alex, não (o que, após ampla divulgação e indignação, terminou por ser posteriormente retificado). Ora, tal critério é visivelmente equivocado, baseado unicamente no arbítrio do examinador (que, analisando as fotos, definiu a suposta etnia do candidato com base em sua aparência).

Mesmo ao administrador público, imbuído de poder discricionário, não é permitido o arbítrio, eis que há de se basear nos princípios constitucionais da administração pública.

Ainda neste jaez, e se todos se apontarem como negros ou índios, como, por quem, e com base em que critério se dará a seleção? E o fato de que a esmagadora maioria da população brasileira possui ascendentes que se enquadrariam na descrição de “negro” ou “índio”?

Neste particular, o mesmo caso noticioso acima referido (dos irmãos Alex e Alan) apontou pesquisa científica efetuada a pedido da rede BBC, provando que o povo brasileiro é um dos mais miscigenados do mundo. Como exemplo, foi citado o fato de que o artista conhecido como “Neguinho da Beija-Flor” possui 67,1% de características genéticas de povos europeus.

Ressalte-se que, em se tratando de pesquisas genéticas sérias, não há como se utilizar dos conceitos socioculturais de “raça”, eis que a ascendência da população humana é comum, miscigenada por incontáveis (e incontroláveis) movimentos migratórios desde o surgimento da espécie humana. Como se vê, admitir-se critério baseado na cor da pele leva ao arbítrio, à arbitrariedade e ao *discrímén*, todos combatidos por aqueles que, ferozmente, defendem o sistema de cotas.

Como se percebe, quanto mais se analisa a questão, mais esdrúxulo se verifica ser o sistema de cotas étnicas. Por terceiro, há de se ver que, por qualquer ângulo legal que se observe, encontram-se óbices à validade da norma estadual que criou o sistema de cotas, bem como daquelas que a seguem ou utilizam a mesma fundamentação (como no caso de Santa Catarina). A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, afastou a possibilidade de discriminação em razão dos critérios adotados (em **negrito**):

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País

a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, **nos termos seguintes:**

(...)

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

Observa-se que, ao contrário de admitir como critério de discriminação (no caso em tela, disfarçado de alegada proteção) a raça, cor ou origem, instituiu-se a obrigatoriedade de tais fatos serem tidos como crimes **inafiançáveis e imprescritíveis**. Tal determinação veio prontamente cumprida na Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (novamente em negrito), publicada logo após a Carta Magna:

Art. 1º. **Serão punidos**, na forma desta Lei, os crimes resultantes de **discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia**, religião ou procedência nacional.

(...)

Art. 20. **Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia**, religião ou procedência nacional.

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Em breve análise, é perceptível que a instituição do sistema de cotas baseado em raça e cor da pele não apenas discrimina os cidadãos, mas também incita o conflito racial que supostamente deveria apaziguar, gerando nítida desconfiança (e, mesmo, ressentimento) entre aqueles que adentram pelo sistema geral e os originários do sistema de cotas.

As proibições de discriminação – traduzidas e travestidas como “proteção” e “critérios” –, acima expostas já bastariam, *per se*, para se concluir pela inconstitucionalidade das normas que instituem sistemas de cotas étnicas. Ocorre que, a par disto, também as regras atinentes à educação propriamente dita afastam qualquer possibilidade de utilização da cor, raça, origem ou etnia como critério seletivo.

Senão, veja-se. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como critérios para a propagação e o fornecimento do ensino (direito fundamental), a igualdade de condições a todos (entendidos estes como aqueles, sem distinção de qualquer espécie, apontados no artigo 5º acima transcrito), de acesso e permanência na escola, *verbis*:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

Novamente foi pronto o legislador infraconstitucional, quando da elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), ao reprisar o texto constitucional:

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

O ferimento a tais preceitos, ou seja, a utilização de discriminação racial, porque é disto que se trata quando observado de forma atenta e desapaixonada, como critério seletivo para a educação também pode ser entendido como crime pela Lei n. 7.716/89, eis que esta não traz qualquer diferenciação entre as razões para o impedimento:

Art. 6º. Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau:

Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

É bom frisar, outrossim, que a discriminação racial não é apenas aquela dirigida por brancos contra negros, índios ou outros, mas também a que ocorre pela via inversa, e toda aquela que utilize, como motriz, a origem e a situação pessoal do ofendido. A igualdade preceituada e defendida pela *Grundnorm*, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e garantida penalmente pela norma *supra* transcrita, não é, entretanto, a igualdade absoluta, que inadmite critérios.

Ocorre que a própria Constituição Federal de 1988 previu qual é o critério aceitável para o acesso ao ensino superior, eis que o ensino fundamental é universal, obrigatório e gratuito, enquanto o ensino médio deverá seguir os passos daquele (artigo 4º, incisos I e II, da LDB). Tal critério, como não poderia de apontar o bom senso, norte maior do direito como um todo, é o mérito pessoal, ou seja, privilegiam-se aqueles mais dedicados e esforçados (os mais capazes, no dizer do texto constitucional), bem como aqueles melhor desenvolvidos pessoal e intelectualmente (independentemente de origem, cor ou etnia), como se vê no artigo 208 da Carta Magna:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

(...)

Trata-se de norma impositiva e de aplicabilidade imediata, de balde tenha, novamente, sido trasladada para a Lei n. 9.394/96:

Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

(...)

Também convém apontar que a Lei n. 9.394/96 não autoriza a instituição de ensino superior a fixar critérios étnico-raciais para admissão de alunos e mais, quando versa em seus artigos 78 e 79, da educação dirigida aos índios, não contempla o “benefício” criado pela legislação estadual mato-grossense-do-sul. Em suma, pode-se dizer que: 1 – o critério racial ou étnico para seleção estudantil por cotas não encontra embasamento fático ou científico válido; 2 – o *discrímen* dele resultante é vedado pela norma constitucional e infraconstitucional, além de ser fato penalmente punível. Acaso não bastassem as conclusões acima, percebe-se que há claro equívoco na falsa proteção criada pelas normas em comento.

Trata-se, em verdade, de norma lastreada em critérios políticos, visando a despertar a noção de culpa social (pelas injustiças históricas), e de claro apelo populista que, como tal, não surtem os efeitos desejados. Se a intenção é facilitar o acesso ao ensino superior (que legalmente há de ser meritório, como visto) para as classes menos favorecidas da população, não seria mais adequado (para não dizer eficaz) melhorar a qualidade do ensino público fundamental e médio, que é acessível (e obrigatório) a toda a população?

Não seria mais acertado definir uma política pública de bolsas escolares baseadas no mérito dos alunos, propiciando aos desvalidos acesso às melhores escolas particulares ou facilitando aos seus genitores o pagamento das mensalidades? Ou, se a conclusão for da imprescindibilidade de um sistema de cotas (o que aqui não se defende), por qual razão não se aplica um sistema baseado unicamente nas condições socioeconômicas do candidato, que podem ser aferidas de forma objetiva?

Tais medidas não são tomadas, em geral, por falta de planejamento, mas também por absoluta falta de interesse político, eis que àqueles de apelo populista

(como os países vizinhos do Brasil vêm lamentavelmente demonstrando nos últimos anos, com viés visivelmente autoritarista) interessa mais a população mal instruída e mal informada, porque facilmente manipulável.

Faz-se mais simples, assim, lançar um sistema ilegal e discriminatório, sob a falsa premissa de proteger os excluídos, do que realmente englobá-los no processo educacional em igualdade de condições, mesmo porque a divisão em raças ou etnias não traz nenhum custo adicional ao governante, que ainda pode divulgá-lo como grande conquista, fazendo-se de defensor das “minorias” (embora, no Brasil, tal termo seja de todo inapropriado, ante a ampla miscigenação de que se desfruta).

O sistema de cotas aqui analisado não somente prejudica os demais cidadãos e candidatos onde aplicado, como também marginaliza aqueles que, sob seu auspício, preenchem os bancos escolares e vagas profissionais. Perpetua, instiga e acentua o conflito racial a que supostamente poria fim e que, há muito, haveria de estar superado.

Em trabalho recente, da lavra de Yvonne Maggie, doutora em Antropologia Social e professora titular do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – IFCS/UFRJ, intitulado “Reparação e racismo”, enfocando justamente a questão ora em análise, percebe-se a clara preocupação com os efeitos sociais da política cotista:

Será que estes resultados nos autorizariam a fazer recair sobre os ombros desses jovens não só a responsabilidade como as possíveis consequências de uma política baseada na raça para reparar o erro histórico da escravidão?

E conclui, ao final, comentando decisão que garantiu acesso de vestibulanda por intermédio do sistema de cotas (em **negrito**):

No caso brasileiro, nossa legislação a-racial não segregou alunos negros e brancos nas escolas. **Como vimos nos dados levantados, eles estão lá lado a lado, como amigos, namorados e colegas de turma.** A sentença do juiz justifica a intervenção do Estado para reparar uma injustiça histórica e inversamente ao caso americano cria uma jurisprudência que **separa brancos e negros nos bancos escolares e faz dos primeiros vítimas e dos últimos responsáveis pela chaga da escravidão.**

Concluindo, cumpre refletir que, embora haja falhas no sistema de acesso ao ensino superior por meio do concurso vestibular, bem como no de concursos aos cargos públicos, trata-se de sistemas baseados no mérito pessoal, com supedâneo constitucional e legal, que garantem não somente aos mais preparados, mas também aos mais dedicados e interessados em sua evolução pessoal o acesso às vagas pretendidas e que, até o momento, não contemplaram alternativas legalmente aceitáveis que os substituam.

REFERÊNCIAS

IRINEU, Gilson. *Igualdade ou desigualdade de oportunidades? Uma análise das leis de cotas e de suas implicações sociais*. Rio de Janeiro: UFRJ/PPGSA – IFCS, 2005.

MACHADO, Elielma Ayres. *Desigualdades “raciais” e ensino superior*. Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ, 2004.

MAGGIE, Yvonne. Reparação e racismo. 2006. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~observa/trabalhosemandamento/reparacao_e_racismo_Maggie_Y.pdf>.

MAGGIE, Yvonne & FRY, Peter. O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. *Enfoques* – revista eletrônica dos alunos do PPGSA, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 93-117, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.