

Acesso à Universidade, cotas para negros e o projeto de lei nº 3.627/2004

Leandro Martins Zanitelli

Sumário

Introdução. 1. Cotas para negros são justas?
1.1. O critério do saber. 1.2. O critério racial. 2.
O projeto nº 3.627/2004. Conclusões.

Introdução

Este ensaio trata da seleção de estudantes para as Universidades, debruçando-se sobre dois assuntos em pauta atualmente: o primeiro é o da estipulação de uma cota de vagas para estudantes negros¹, e o segundo, para o qual se voltaram as atenções por força de um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (projeto nº 3.627/2004), diz respeito à reserva de vagas a alunos que tenham freqüentado escolas públicas durante o período do ensino médio².

Na primeira parte, a questão examinada é a de determinar se cotas para negros em Universidades públicas devem ou não ser instituídas, e por quê. Após algumas considerações sobre o direito ao ensino superior, tratar-se-á de dois critérios para a seleção de estudantes, o do saber e o racial, e de suas possíveis justificativas. Na segunda parte, aproveitar-se-ão algumas das conclusões tiradas na parte anterior a fim de avaliar um terceiro critério, o da procedência escolar, previsto no projeto de lei recém-citado.

O presente estudo se ocupa, portanto, dos critérios para a admissão de estudantes à

Leandro Martins Zanitelli é Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

Universidade, tanto no que se refere ao Direito em vigor, como em relação a uma eventual modificação legislativa. O objetivo é o de estabelecer quais desses critérios são compatíveis com a nossa Constituição e capazes de se justificar moralmente (duas questões indissociáveis, como se verá).

1. Cotas para negros são justas?

As cotas para negros em Universidades são muitas vezes acusadas de infringir direitos de outros estudantes³. Começar-se-á, pois, com algumas observações sobre um dos possíveis direitos violados por essas cotas, o direito ao ensino superior.

Esse direito pode ser entendido de duas maneiras. De acordo com a primeira delas, tratar-se-ia de um direito a não ter o acesso à Universidade impedido pela única razão de pertencer a um certo grupo. Com tal aceção, o direito ao ensino superior seria contrariado, por exemplo, por uma lei que admitisse o ingresso em Universidades apenas às pessoas de uma raça ou que profesassem determinada religião. Opondo-se a restrições assim, o direito ao ensino superior exigiria que a frequência à Universidade se mantenha como “posição aberta a todos” no sentido do princípio da diferença rawlsiano (RAWLS, 1999, p. 53)⁴, o que é algo assegurado pela Constituição em seus arts. 3º, IV, 5º, *caput*, e 206, I⁵.

Outro modo de conceber o direito ao ensino superior equipara-o ao direito a ser matriculado em uma Universidade. Assim entendido, esse é um direito que não se reconhece a todos, uma vez que a conclusão de um curso universitário não se mostra imprescindível a muitas ocupações úteis na sociedade brasileira, nem é algo indispensável à realização de toda e qualquer pessoa.

Que o direito ao ensino superior como direito a ser matriculado em uma Universidade não se estenda a qualquer um é algo incontroverso. Por banal que seja, tal constatação ressalta, não obstante, a necessida-

de de que o debate sobre o acesso à Universidade gire em torno dos critérios para a seleção de estudantes. Se a frequência à Universidade deve ser uma posição aberta a todos, e se nem todos possuem direito a ser matriculados, a questão que resta a enfrentar é a dos critérios de admissão. A fim de ser justificada, portanto, a alegação de que a reserva de vagas para negros atenta contra um direito dos demais estudantes tem de dizer respeito ao direito a que se empregue um ou alguns critérios de seleção, e não outros.

No restante desta primeira parte, serão examinados dois desses critérios, o do *saber* e o *racial*. De acordo com o primeiro, a escolha de estudantes deve favorecer aqueles que detenham certas habilidades intelectuais. O segundo critério, por sua vez, relaciona-se à raça⁶ do candidato. Os dois critérios podem, é claro, aplicar-se concomitantemente (por exemplo, quando um certo número de postos em uma Universidade se destina aos negros, a ocupação desses postos é feita, geralmente, com base nas aptidões intelectuais dos pretendentes).

O repúdio ao critério racial pode ser fundamentado, em primeiro lugar, com a afirmação de que o critério do saber não só deve ser obedecido, como também *é o único a ser obedecido para a admissão em curso superior*. Essa afirmação será avaliada na próxima seção (1.1). Segundo, é possível dizer que, embora não se tenha de seguir exclusivamente o critério do saber, *o critério racial está, de todo modo, vedado*. Ao exame de tal alegação é dedicada a segunda e última seção (1.2) desta primeira parte.

1.1. O critério do saber

Como visto, o direito supostamente contrariado pela reserva de vagas para negros em Universidades tem de se referir aos critérios de admissão. Ele pode-se apresentar, desse modo, como *um direito a que se observe unicamente o critério do saber*. Para determinar se esse direito subsiste ou não, pode-se indagar primeiro se há um direito ao crité-

rio aludido, e por quais razões. Em caso afirmativo, e definidas essas razões, ter-se-á condições de avaliar se elas também justificam o emprego exclusivo do critério aludido.

É um direito dos candidatos a uma vaga em um curso universitário o de serem avaliados segundo sua capacidade intelectual? Uma das possíveis respostas afirmativas a essa questão tem a ver com a idéia de *mérito*: a entrada na Universidade deve ocorrer por força do saber a fim de que o sucesso de cada estudante dependa de seu próprio mérito.

O apelo à noção de mérito é, no entanto, insuficiente. Mérito é uma palavra à qual se podem atribuir inúmeros significados (DWORKIN, 1985, p. 299). Assim, seria preciso explicar por que se deve entender mérito aqui como algo relacionado à destreza intelectual, e não a outras virtudes, tais como boa condição atlética ou generosidade. Por que o pretendente com melhor desempenho em matemática merece admissão em uma Universidade, ao contrário dos que dedicam seu tempo preferencialmente ao atletismo ou a obras assistenciais?

Além disso, as aptidões mentais de uma pessoa se devem, como é sabido, apenas em parte ao seu empenho. Outra parte, tão ou mais importante, deve-se a dotes naturais (sem falar, é claro, de fatores sociais) pelos quais não se pode reconhecer qualquer mérito. Não somos merecedores de algo, em nenhum sentido moralmente relevante, apenas em razão de nossa disposição genética⁷.

Essas observações sugerem que se procure a justificativa para o critério do saber em considerações que não se prendam à aptidão intelectual em si mesma. Primeiro, porque é preciso apresentar o motivo pelo qual o mérito de alguém deva ser medido de acordo com essa aptidão, e não de outra maneira. Segundo, porque a inteligência possui, entre os seus fatores, alguns (como o da predisposição natural) completamente arbitrários e, em conseqüência, irrelevantes para a argumentação moral.

Em vez de se apegar à noção de mérito, a defesa do critério do saber pode ser feita de maneira pragmática. O argumento é bastante conhecido: as Universidades servem a propósitos relevantes para a sociedade, os quais serão mais bem atendidos com a admissão dos estudantes intelectualmente mais capazes. Uma Faculdade de Medicina, por exemplo, destina-se a preparar bons médicos, e será nisso tão mais bem-sucedida quanto mais inteligentes forem os estudantes que nela ingressarem.

O exemplo basta, no entanto, para que a fragilidade do argumento venha à tona. Supondo-se que não se espere outra coisa de uma Faculdade de Medicina senão a formação de bons médicos, é duvidoso que esse objetivo dependa exclusivamente (ou mesmo primordialmente) da aptidão intelectual apresentada pelos candidatos nos exames vestibulares. Voltar-se-á a isso em seguida. Antes, é conveniente chamar a atenção para uma característica desse argumento (designado, daqui em diante, como argumento da utilidade social) e para a sua relação com uma censura feita à reserva de vagas para negros em Universidades.

Ao se afirmar que os estudantes mais inteligentes devem ser admitidos à Universidade para que, desse modo, o bem-comum seja promovido, procura-se justificar a escolha desses estudantes não em razão de seu próprio valor (ou mérito), mas sim pelas vantagens que essa escolha proporciona à sociedade. Os indivíduos intelectualmente mais aptos devem freqüentar a Universidade para servir a um fim, a utilidade social, que não diz respeito apenas a eles mesmos, mas a toda a comunidade.

No livro *Liberalism and the limits of justice*, Sandel traz à discussão o argumento segundo o qual medidas favoráveis ao ingresso de negros em Universidades devem ser aceitas por força de um objetivo socialmente valioso, o de reduzir o grau de consciência das pessoas (no caso, dos norte-americanos) quanto à sua própria raça e à das outras⁸.

Para Sandel (1998, p. 141)⁹, o argumento parece tratar certos indivíduos (os estudantes negros que ocuparão as vagas) como meios para a satisfação de um fim alheio (o dos demais cidadãos, de viver em uma sociedade tanto quanto possível indiferente à raça) e se opor, por isso, ao imperativo categórico kantiano¹⁰. Note-se, agora, que uma suspeita semelhante pode recair sobre a defesa do critério do saber ora em exame. Se os negros favorecidos pelas cotas são tratados de maneira indigna, porque seu ingresso na Universidade é meio para a realização de um fim¹¹, o mesmo seria de afirmar dos estudantes escolhidos por sua inteligência, supondo-se que a justificativa para essa escolha se baseie no bem-comum.

A verdade é que, diante das dificuldades para o emprego da noção de mérito, não parece haver outra estratégia disponível para a justificação de qualquer critério de admissão à Universidade senão alguma que se reporte ao que é mais útil para a comunidade. É preciso, pois, contar com uma estratégia desse tipo caso se deseje prosseguir.

A esta altura, faz-se conveniente distinguir duas versões para o argumento da utilidade social em favor do critério do saber. Essa distinção tem a ver com o uso exclusivo ou não desse critério. Na primeira versão, que se designará como versão fraca, o argumento aponta para o valor da aptidão intelectual dos estudantes como meio para a realização dos objetivos aos quais se destina a Universidade, sem, contudo, sustentar que essa mesma aptidão seja importante o suficiente para vedar a observância de qualquer critério de admissão que não lhe diga respeito. Nessa versão, portanto, o argumento da utilidade permite que se apliquem outros critérios, juntamente com o do saber, para a seleção de candidatos ao ensino superior.

A segunda versão, ou versão forte, do argumento defende o emprego exclusivo do critério em questão. É dessa versão do argumento da utilidade social que se tem de deduzir o direito mencionado no início da se-

ção, isto é, o direito a que se observe unicamente o critério do saber para a seleção de alunos¹².

Em sua versão fraca, o argumento é plausível. Ainda que outras virtudes possuídas pelos candidatos, como a perseverança e a generosidade, também se mostrem propícias à obtenção de fins socialmente valiosos, é inegável que muitos desses fins dependem da capacidade intelectual dos estudantes. Dos serviços corriqueiros de um médico, advogado ou engenheiro até a pesquisa mais apurada, há inúmeras atividades úteis desempenhadas graças à Universidade para as quais uma boa dose de destreza mental é indispensável.

É possível aproveitar essa mesma observação em favor da versão forte do argumento da utilidade social? Como demonstrar, depois de reconhecido o valor do saber para certos propósitos aos quais se destinam, habitualmente, as Universidades, que a distribuição de vagas nessas últimas deve-se dar *exclusivamente* segundo a aptidão intelectual dos candidatos?

Uma estratégia aqui seria a de aludir a uma dificuldade de ordem prática como motivo para a aplicação exclusiva do critério do saber. Embora haja outras virtudes importantes além da inteligência, e ainda, pois, que os objetivos a serem perseguidos pelo ensino superior não dependam apenas da capacidade mental dos estudantes, essa capacidade é não só o mais crucial dos fatores (ao menos entre aqueles a se considerar na seleção dos pretendentes às vagas), como o mais fácil de aferir se comparado a traços de caráter, como a perseverança e a generosidade, também (mas em menor medida) relevantes. Como um exame vestibular em que se procurem levar em conta a inteligência e outros atributos dos estudantes é mais complicado (e, por conseguinte, mais custoso) do que outro em que somente se avalie a primeira, talvez a sociedade ganhe mais elegendo o saber como única qualidade a considerar (dado, ainda, o risco de que não se julguem corretamente as demais,

ou de que lhes seja atribuído um peso maior do que o devido) para o ingresso na Universidade.

Todavia, a sugestão de que a dificuldade para se observar outro critério que não o do saber leve este último a ser o único empregado só pode ser defendida nos casos em que tal dificuldade é, de fato, constatada. Se for conferida ao ensino superior uma finalidade suscetível de ser perseguida mediante o emprego de um outro critério de admissão cuja obediência se mostre relativamente fácil de obter (e o critério racial parece justamente um critério desse tipo), continuará faltando uma razão para se observar o critério do saber com exclusividade. Reconhecido algum propósito valioso capaz de ser atingido com a reserva de vagas para negros em Universidades, é pouco provável que os custos criados pela imposição dessa medida sejam superiores aos ganhos daí advindos. Apesar da miscigenação brasileira, ainda é muito mais fácil classificar alguém entre nós como negro do que avaliar, por exemplo, sua perseverança ou generosidade.

Deixando-se de lado o apelo à conveniência prática, o emprego exclusivo do critério do saber poderia sustentar-se no que dispõe o art. 208, V, da Constituição brasileira, em que se assegura “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. De acordo com certa interpretação¹³, ao se referir à “capacidade de cada um”, esse inciso definiria a inteligência como único atributo a ser considerado para o ingresso na Universidade.

Há, porém, sérias objeções a essa interpretação. Primeiramente, repare-se que ela não se impõe pelo texto em si mesmo, isto é, pelo texto, dado às suas palavras o significado que lhes é habitual. “Segundo a capacidade de cada um” não é o mesmo que “exclusivamente segundo a capacidade de cada um”. É verdade que o citado art. 208, V, não menciona outros critérios além do saber, o que pode sugerir deva ser esse o

único a seguir. Essa, no entanto, é tão-somente uma entre várias possibilidades interpretativas, porque a falta de alusão a um segundo critério também é suscetível de ser entendida, diferentemente, como recusa, por parte da legislação constitucional, a tratar exaustivamente do assunto. A questão acerca do modo de escolha dos estudantes universitários pode ser daquelas a se resolver em definitivo pela legislação ordinária, limitando-se a Constituição a exigir que se observe, para tal escolha, a aptidão intelectual dos candidatos. A referência à capacidade no art. 208, V, corresponderia, desse modo, à indicação de um critério a ser necessariamente aplicado, mas não o único.

As afirmações do último parágrafo ressaltam que o art. 208, V, da Constituição admite mais de uma interpretação, e que a sua menção à capacidade não tem, portanto, de ser compreendida como se proibisse a aplicação de qualquer outro critério para o ingresso em curso superior que não o do saber. Há, contudo, razões pelas quais o seu texto deva, e não apenas possa, julgar-se compatível com o uso de critérios de seleção distintos.

Ao se apoiar o critério do saber apenas em considerações relativas à utilidade social (afastada, pois, a idéia de que os mais inteligentes possuam direito a freqüentar a Universidade por outra causa senão a do bem que se proporciona, dessa maneira, à comunidade), debilita-se a interpretação da Constituição pela qual esse mesmo critério é reputado como exclusivo. Como o que é útil à sociedade se modifica com facilidade, não deve a Constituição, à primeira vista, disso se ocupar. Assim, se não põe em risco direitos fundamentais de quem quer que seja, o juízo a respeito dos fins que ao ensino superior convém perseguir (e dos critérios de admissão à Universidade apropriados à obtenção desses fins) deve ser deixado à legislação ordinária. Por fim, também o respeito à democracia requer que sejam os representantes do povo os encarregados de

estabelecer o que há de ser feito pelo bem comum, inclusive, é claro, no que se refere à formação universitária¹⁴.

A interpretação segundo a qual o art. 208, V, da Constituição não proíbe o acesso à Universidade de ocorrer com base em outros critérios além do que lá é indicado se mostra, pois, não só possível, como moralmente desejável. Ela se coaduna com o único argumento aparentemente disponível em favor do critério da capacidade intelectual, o da utilidade social, de acordo com o qual a importância a ser conferida a esse mesmo critério depende do quão apto ele esteja a atender aos objetivos do ensino universitário, os quais, por sua vez, devem ser definidos em conformidade com as circunstâncias e segundo o juízo de legisladores eleitos.

Esta seção foi dedicada às possíveis justificativas para o critério do saber, tratando, ao final, de determinar se há algo que imponha a sua aplicação exclusiva. A resposta é não. Primeiramente, chamou-se a atenção para as dificuldades de se defender o citado critério com o apelo à noção de mérito. Tais dificuldades são deixadas de lado por um argumento de utilidade social, que se refere ao bem-estar geral a ser alcançado com o auxílio das Universidades e ao critério do saber como meio para a realização desse objetivo. O argumento da utilidade não basta, todavia, para descartar o uso de outros critérios, apesar dos obstáculos práticos que a tanto ocasionalmente se oponham. As razões para isso foram expostas ao se tratar da interpretação do art. 208, V, da Constituição, estando ligadas à variabilidade do que é socialmente útil e às atribuições que devem ser conferidas, em uma democracia, ao legislador ordinário.

A recusa a considerar o critério do saber como necessariamente o único a ser observado não assegura, é claro, que as cotas para o ingresso de estudantes negros em Universidades possam ou devam ser estipuladas. A próxima seção se ocupará com o problema da justificação dessas cotas.

1.2. O critério racial

A reserva de vagas para negros em Universidades é justa? Fere a nossa Constituição? Na seção anterior, concluiu-se que, de acordo com a Constituição, a inteligência não tem de ser a única característica a ter em conta para a admissão de estudantes à Universidade. Uma proposta de reforma constitucional a esse respeito seria de se rejeitar pelas mesmas razões que dão fundamento à interpretação do atual art. 208, V. Trata-se, agora, de examinar se, entre os fatores para o ingresso na Universidade, deve ou pode estar, além da aptidão intelectual, a raça do candidato.

O já mencionado art. 3º, IV, da Constituição designa como um dos objetivos do Estado brasileiro o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Daí não se depreenda que toda e qualquer diferença de tratamento baseada em alguma das características citadas deva-se reputar inconstitucional, mas apenas aquelas para as quais falte uma justificativa¹⁵. O mesmo é de afirmar quanto ao direito fundamental à igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Há uma boa razão para se destinar aos estudantes negros uma cota de vagas no ensino superior? Em favor de medidas de ação afirmativa¹⁶ como essa, invoca-se frequentemente a igualdade (ROCHA, 1996, *passim*; GOMES, 2001b, p. 130-134), não em sua acepção dita formal (de igual tratamento pela lei), mas sim entendida como *igualdade material* (GOMES, 2001b, p. 132; SILVA, 1998, p. 134-141). O significado desta última expressão, contudo, é algo a ser esclarecido.

Igualdade material (ou substancial) tem habitualmente o sentido de igualdade de fato, isto é, de uma igualdade observável empiricamente, em oposição à igualdade de tratamento legal (PERLINGIERI, 1999, p. 44). De que tipo, porém, é a igualdade de fato almejada pela reserva de vagas para negros

em Universidades? Três respostas a essa pergunta podem ser imaginadas. Para a primeira, a igualdade a ser perseguida é a de representação dos grupos raciais. Em uma sociedade na qual cinquenta por cento dos indivíduos são negros, essa espécie de igualdade será alcançada no ensino superior caso um idêntico percentual de vagas seja ocupado por estudantes negros, o mesmo valendo para as demais raças. A segunda resposta se refere à igual probabilidade de acesso à Universidade. Ela não se refere, como a anterior, ao resultado dos testes de admissão, mas, tão-somente, à probabilidade de se obter sucesso nesses testes. A igualdade será realizada caso essa probabilidade seja a mesma, ao nascer, para todos os cidadãos. Por fim, é também possível aludir à igualdade de fato como igual probabilidade de obter posições vantajosas em geral, não necessariamente associadas à formação universitária. Consideram-se, então, as chances para a conquista de bens diversos como renda, postos de trabalho e auto-estima.

Qualquer uma dessas respostas pode-se prestar à justificação das cotas para negros em Universidades, contanto que: a) a igualdade em questão se mostre desejável; e b) as cotas sejam capazes de promovê-la.

A reserva de vagas para negros em Universidades não apenas satisfaz à idéia de igual representação racial, como é, sem dúvida, o meio mais seguro para alcançá-la (ao menos, evidentemente, no que respeita aos negros). Mesmo que surjam dificuldades para a classificação dos candidatos, a melhor maneira de chegar ao resultado ambicionado pela mencionada idéia de igualdade – o de que a ocupação de vagas por um grupo racial se faça de acordo com o seu respectivo percentual populacional – consiste em reservar o número correspondente de vagas a indivíduos pertencentes a esse grupo. A questão se resume, então, a saber se esse tipo de igualdade é algo que valha a pena perseguir.

E a resposta é não. Se a espécie de igualdade material invocada em favor das cotas

para negros em Universidades for entendida como igualdade de participação (isto é, proporcional à população) dos vários grupos raciais nos cursos do ensino superior, essas cotas não se poderão considerar justificadas. Isso porque a separação de seres humanos em grupos de acordo com a raça é arbitrária, tal como seria a que tivesse por base qualquer outra característica de origem genética, como sexo, estatura ou cor dos olhos. Que a lei não deva favorecer ou prejudicar ninguém *somente* em razão de alguma dessas características é algo entre nós incontrovertido, e decorre dos citados arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição. Essa proibição é infringida ao se distribuírem certos bens a grupos (isto é, ao se considerar o grupo, em vez do indivíduo, para a distribuição) constituídos unicamente em virtude da cor da pele, já que, desse modo, dá-se ensejo a que alguém alcance uma vantagem (ou a que deixe de alcançá-la) devido apenas a uma característica pela qual não é responsável.

O ideal da igual representação racial é, portanto, em si mesmo odioso, porque leva a distribuição de bens (no caso examinado, as vagas em cursos de ensino superior) a ocorrer entre grupos formados com base em um critério moralmente irrelevante, que influiria, dessa maneira, sobre a situação de cada pessoa considerada isoladamente.

Atente-se, porém, para uma possível defesa da igual representação de raças no ensino superior, capaz de suscitar dúvida sobre o recém-afirmado. Como a inteligência é o que habitualmente se tem em conta na seleção dos candidatos, e os indivíduos de uma raça são, em média, tão inteligentes quanto os de outras (nada há, pelo menos, que demonstre o contrário), o ínfimo percentual de negros nas Universidades brasileiras deve ser atribuído a outros fatores (como a escravidão, a injusta distribuição da renda, a má qualidade do ensino médio gratuito, etc.) que não a aptidão intelectual. Sendo esses outros fatores perversos, dever-se-ia ignorá-los, destinando aos negros a quanti-

dade de vagas que obteriam, presumivelmente, caso tais fatores desaparecessem.

Essas observações não bastam para justificar o ideal de igual representação racial, e convém explicar por quê. O argumento exposto no parágrafo anterior somente é atrativo porque alude a uma igualdade distinta da que se tinha em vista, e que é perturbada pelos fatores mencionados. Sem esses fatores, a proposta de reserva de vagas perderia sua plausibilidade: suponha-se que o percentual de estudantes ruivos nas Universidades brasileiras fosse, inexplicavelmente, muito inferior ao da população respectiva. Não há nenhuma evidência de que os ruivos sejam, em média, menos inteligentes do que as outras pessoas; nem por isso, pareceria correto destinar-lhes vagas. No atual caso brasileiro, a diferença entre ruivos e negros está em que os últimos reconhecidamente sofrem, com maior frequência, os efeitos de práticas e estruturas sociais que dificultam o acesso de certas pessoas ao ensino superior. É, portanto, da igualdade abalada por essas práticas e estruturas, e não de uma suposta aspiração à igual representação dos grupos raciais, que o argumento tira a sua força.

A conclusão, pois, é a de que as cotas para negros não podem basear-se em um princípio de igual representação racial no ensino superior, já que esse é um princípio espúrio. Daí não é se infira que essas cotas não devam ser instituídas, nem, tampouco, que elas não possam ser fixadas de acordo com o percentual da população negra em cada região, tal como requereria o princípio citado. Para se legitimar, contudo, a reserva de vagas precisa encontrar apoio em algum ideal (ou objetivo) distinto do até aqui examinado.

A espécie de igualdade material perseguida por medidas de ação afirmativa propícias à entrada de negros na Universidade pode ser concebida, em segundo lugar, como igual probabilidade (ou igual “oportunidade”)¹⁷ de acesso ao ensino superior. Dados estatísticos sugerem que as chances de ir

à Universidade no Brasil são muito menores para os negros. Se o aludido ideal de igualdade for genuíno, talvez as cotas raciais se justifiquem como meio para promovê-lo.

Uma igual probabilidade de acesso à Universidade é, todavia, algo difícil de almejar. Mesmo se abolidas as práticas que reduzem hoje em dia as chances de alguns indivíduos, sobretudo negros, frequentarem cursos de ensino superior, a igualdade aludida estaria longe de ser alcançada. A probabilidade de sucesso nos exames vestibulares, tal como atualmente realizados, depende dos dotes naturais de cada um, e não apenas de fatores sociais. Ainda, portanto, que eliminados esses últimos, as chances de admissão à Universidade não seriam as mesmas para todos.

A influência dos fatores naturais somente desapareceria caso se substituíssem os atuais testes de admissão por um sorteio. Em tal solução, todavia, não se cogita, em razão da já lembrada importância que a aptidão intelectual dos estudantes possui para os objetivos do ensino superior.

O inconveniente do apelo à idéia de igual probabilidade de acesso em favor da instituição de cotas para negros em Universidades está, pois, em que essa espécie de igualdade não é desejável. Além disso, as considerações recém-feitas indicam o quanto a adoção dessas cotas se mostra imprópria para que tal igualdade se obtenha. Se a metade da população é negra, e metade das vagas em Universidades for destinada aos negros, ainda assim as chances de ingresso variarão (por força, por exemplo, dos dotes intelectuais de cada um) de indivíduo para indivíduo, não importando se negro ou branco.

Poder-se-ia alegar que a raça é, não obstante, um dos fatores determinantes da frequência à Universidade no Brasil, pois as chances de obter instrução superior são, em média, menores para os negros. Por essa razão, as cotas promoveriam o ideal da igual probabilidade de acesso (ainda que sem re-

alizá-lo de todo), diminuindo a diferença entre os vários grupos raciais. O argumento falha, porém, ao não explicar por que certas diferenças de probabilidade têm de ser eliminadas, enquanto outras não.

Imagine-se que Pedro e João nasceram há exatos dezoito anos, e que haja condições de estimar as chances que cada um possuía, à época de seu nascimento, de um dia ir à Universidade. Suponha-se então que, mantidos os tradicionais testes de admissão, as chances de Pedro sejam duas vezes superiores às de João, e que a razão da diferença, tudo o mais considerado (dotes naturais, renda familiar, lugar de nascimento, etc.), está em que Pedro é branco e João, negro¹⁸. A instituição de cotas serviria, como afirmado, para dar cabo de tal diferença (ou, ao menos, para reduzi-la).

Avalie-se agora a hipótese em que Pedro e João sejam brancos, mantendo-se na mesma proporção a probabilidade (isto é, duas vezes maior para Pedro) de cada um chegar à Universidade, desta vez porque Pedro é intelectualmente mais bem dotado do que João. Qual é a razão para que se suprima (ou atenuie) a diferença entre as respectivas chances no caso anterior, e não neste último? Não pode ser uma razão que diga respeito à aleatoriedade da cor da pele, já que a aptidão intelectual inata também é determinada aleatoriamente.

O ideal da igual probabilidade de acesso à Universidade não pode ser levado a sério, portanto, a não ser que se desejem abolir todas as diferenças verificadas quanto a tal probabilidade (o que não parece ser o caso), distribuindo as vagas mediante um sorteio, ou que se possa explicar por que algumas dessas diferenças, e não outras, têm de ser eliminadas. Obviamente, a raça só determina as chances de admissão à Universidade por força de práticas sociais capazes de ser abolidas, enquanto a desigual dotação de talentos é algo que hoje ainda não se pode (e, no futuro, talvez não se queira) evitar. Todavia, ao se fixar a atenção sobre as chances que cada um possui de fre-

qüentar a Universidade, tratando de igualá-las por meio de cotas, o que alegadamente se persegue não é a supressão das práticas segregacionistas. Ao contrário, é apenas ao persistirem essas práticas que as cotas servirão à citada finalidade. Também a esse respeito, pois, o argumento da igualdade de chances é o mesmo para a raça e outros fatores de acesso à Universidade igualmente arbitrários mas mais difíceis de combater, como inteligência, renda familiar ou grau de instrução dos pais, já que não alude à supressão das causas da desigualdade, mas, tão-somente, à de suas conseqüências. Não importa, assim, que algumas dessas causas estejam sujeitas a ser combatidas, enquanto outras não¹⁹.

O que se acaba de afirmar não é mais uma vez o bastante para rejeitar as cotas em favor de estudantes negros. O propósito foi apenas o de salientar as dificuldades enfrentadas na tentativa de justificar essas cotas com o apelo à igual probabilidade de acesso à Universidade. Tais dificuldades se devem a que, com esse apelo, consideram-se somente os efeitos das práticas de segregação (e, entre esses efeitos, apenas os que se referem às chances de freqüentar a Universidade). Se as cotas para negros se destinam exclusivamente a dar cabo desses efeitos, seu *status* moral é o mesmo de outras medidas (como a do ingresso dos estudantes mediante sorteio) firmemente recusadas.

A terceira concepção de igualdade material propensa a embasar medidas de ação afirmativa favoráveis à admissão de negros em Universidades se refere à probabilidade de ocupar posições vantajosas, vinculadas ou não à formação superior. Essas posições são definidas pela posse de bens diversos, como emprego e renda.

Não se pode esperar, sem dúvida, que as chances de um cidadão ascender a determinado posto sejam as mesmas de todos os demais. Assim como as de ir à Universidade, essas chances variam de acordo com os talentos de cada um, e nenhuma medida capaz de abolir os efeitos da repartição de-

sigual de talentos (como a de designar a ocupação de cada indivíduo mediante sorteio) parece justificável. É admissível postular, no entanto, que a disputa por posições vantajosas não sofra a influência de práticas ou estados de coisas indesejáveis e capazes de ser suprimidos, como, por exemplo, a má distribuição de renda e a segregação racial²⁰.

Esta última concepção de igualdade é, portanto, limitada, já que não alude à total paridade de chances, mas, tão-somente, à desaparecimento das diferenças decorrentes de certos fatores. A defesa de cotas para negros suscetível de ser feita com base em tal concepção é essencialmente distinta da anterior, em razão de não se tratar agora da supressão das diferenças na probabilidade de acesso à Universidade, mas da de suas causas. A reserva de vagas para negros em Universidades se presta a realizar o ideal da igual probabilidade de ascender a posições vantajosas à medida que sirva para pôr fim a um fator, o da discriminação racial, por força do qual a disputa por essas mesmas posições, atualmente, mostra-se desleal²¹.

A instituição de cotas em Universidades é um meio adequado à eliminação da segregação racial? A pergunta tem de ser entendida segundo o princípio de igualdade por último aludido: o que se deseja saber, portanto, é se as referidas cotas farão desaparecer práticas que atualmente dificultam para os negros a obtenção de posições vantajosas.

Para responder a essa questão, faz-se necessária uma investigação empírica acerca dos resultados das políticas de ação afirmativa. Essa investigação, naturalmente, ainda precisa de tempo para ser realizada. Somente haverá condições de avaliar os efeitos da reserva de vagas para negros nas Universidades brasileiras depois que ela tiver sido adotada por alguns anos. Antes disso, qualquer juízo a esse respeito será apressado. Há boas razões para supor que as cotas estimularão práticas perversas de discriminação racial, já que, além de salientar a diferença entre brancos e negros, insi-

nuam a inferioridade destes últimos, podendo disseminar a idéia de que bacharéis de cor negra são menos capazes do que os demais (FRASER, 2001, p. 278). Se isso ocorrer, concluir-se-á que as cotas contrariam, em lugar de promover, a concepção de igualdade por último considerada. Essa, no entanto, é apenas uma suposição. Uma medida que facilite a admissão de negros por instituições de ensino superior, levando-os, após algum tempo, a ocupar posições de prestígio com mais freqüência, também é capaz de contribuir para que se elimine (ou, pelo menos, abrande) o preconceito racial alimentado hoje em dia pela subalternidade a que se vê reduzida quase que invariavelmente a população negra²².

No começo desta seção, afirmou-se que uma diferença de tratamento associada à raça, desde que justificada, é tolerável e não viola a Constituição. Tal justificativa poderia ser obtida por meio do ideal de igualdade material (substancial ou de fato)²³ explorado em três versões diferentes ao longo das últimas páginas. Dessas três versões, contudo, apenas a última, relativa à probabilidade de alcançar posições vantajosas em geral, não necessariamente vinculadas à formação universitária, propicia fundamento à instituição de cotas para negros em Universidades, e mesmo assim sob a condição de que essa medida sirva à eliminação das práticas segregacionistas que atualmente reduzem, para a população negra como um todo, a referida probabilidade.

A razão para a adoção das cotas não se relaciona, portanto, ao bem-estar dos estudantes cujo acesso à Universidade será desse modo facilitado, mas à realização, favorável à população negra em geral, de um direito a que as chances de ascensão a determinadas posições não sofram a influência de práticas sociais perversas como as de discriminação racial²⁴. Até que a experiência convença do contrário, a reserva de vagas para negros em instituições de ensino superior parece um dos instrumentos para a satisfação desse direito. Isso não significa

que esse instrumento deva ser utilizado (e que, em consequência, o não-emprego do critério racial para a seleção dos estudantes universitários seja contrário à Constituição), mas, tão-somente, que é lícito fazê-lo.

2. O projeto nº 3.627/2004

Encerra-se este estudo com uma avaliação do projeto para a fixação de cotas em instituições públicas federais de ensino superior (projeto de lei nº 3.627/2004) apresentado recentemente pelo Poder Executivo. Esse projeto prevê, inicialmente, uma cota correspondente a cinquenta por cento das vagas destinadas aos estudantes que freqüentaram escolas públicas durante todo o período do ensino médio (art. 1º)²⁵. Em seguida, estabelece subcotas (compreendidas na cota recém-referida) para pretos, pardos e indígenas²⁶ de acordo com o percentual das respectivas populações em cada estado (art. 2º)²⁷.

Na parte anterior deste estudo, defendeu-se como admissível o emprego concomitante de critérios diversos para a seleção de estudantes universitários, não obstante o que possa sugerir o art. 208, V, da Constituição. Esses critérios podem levar em conta características dos candidatos tais como sexo, idade, cor da pele e *procedência escolar*, contanto que haja boas razões para tanto.

A respeito da reserva de vagas para negros em Universidades, o citado projeto suscita comentários a dois tópicos: o primeiro é o de essas vagas estarem incluídas na cota destinada aos alunos de escolas públicas, favorecendo, dessa maneira, apenas os estudantes negros que tenham freqüentado estas últimas, enquanto o segundo se refere à quantidade das vagas e à sua relação com o percentual da população negra em cada região.

Quanto ao primeiro tópico, poder-se-ia aduzir em favor do projeto nº 3.627/2004 que os estudantes negros oriundos de escolas públicas são os que possuem menor probabilidade de ingressar na Universidade em

comparação com os estudantes brancos em geral e com os negros saídos de escolas particulares, estando aí a razão para que sejam beneficiados por uma cota. Observou-se na seção precedente, contudo, que a justificativa para o uso de um critério racial na admissão de alunos à Universidade não se relaciona com a igual probabilidade de acesso ao ensino superior, mas, sim, com a igualdade de chances de ascensão a posições vantajosas propiciada pelo fim das práticas discriminatórias²⁸. A hipótese aventada foi a de que a formação universitária leve futuramente um maior número de negros a posições de prestígio (além das já habituais, associadas à música e ao esporte), contribuindo, assim, para o gradual desaparecimento das práticas citadas. Trata-se, em suma, de forjar uma sociedade indiferente à raça (*color blind*) pela promoção de negros a postos geralmente cobiçados.

A reserva de vagas unicamente para os alunos negros formados em escolas da rede pública só seria aceitável, portanto, se houvesse algum indício de que o propósito de pôr fim às práticas de segregação será mais bem alcançado mediante a admissão à Universidade desses alunos, e não de outros, também negros, provenientes de escolas particulares. À falta de um indício assim (é difícil vislumbrar algum), é lícito concluir que as cotas devem ser destinadas aos estudantes negros em geral.

No que se refere ao percentual de vagas atribuído aos negros, correspondente ao da respectiva população em cada estado, o art. 2º do projeto em análise pode parecer influenciado pelo ideal de igual representação racial²⁹. Como esse é um ideal pouco atraente³⁰, deve-se examinar se a norma citada também se coaduna com a espécie de igualdade (quanto às chances de ocupar posições vantajosas em geral, não necessariamente atreladas à formação universitária) capaz de dar fundamento à política de cotas.

A extinção das práticas de segregação mediante o ingresso de um maior número de negros na Universidade (e a sua conse-

qüente ascensão a posições de prestígio) pode ser alcançada sem que o percentual de estudantes negros equivalha ao da população respectiva. Não é preciso observar tal equivalência, a menos que se pretenda levar a sério o ideal da igual representação dos grupos raciais (o que, como já dito, não é o caso). No entanto, se o objetivo das cotas é o de criar uma sociedade indiferente à raça, o número de indivíduos negros bem situados talvez não possa ser muito inferior em proporção ao do percentual de negros na população. Do contrário, corre-se o risco de que esses indivíduos continuem sendo tratados como excêntricos, casos à parte (estigmatizados, possivelmente, pelas cotas) insuficientes para dar cabo da discriminação.

A fixação da cota segundo o percentual populacional pode ser admitida, portanto, com base no princípio da igual probabilidade de acesso a posições vantajosas. Esse princípio não impede, todavia, que o percentual de vagas destinado aos negros seja inferior ao da população respectiva, o que talvez pareça conveniente se forem considerados os outros objetivos do ensino superior³¹.

Examinar-se-á, finalmente, o critério da procedência escolar previsto no art. 1º do projeto nº 3.627/2004. De acordo com esse critério, ao menos cinquenta por cento das vagas de instituições federais de ensino deverão ser ocupadas por alunos advindos de escolas públicas. Deixando de lado a preocupação com a raça (já que parte dessas vagas também se destina a alunos brancos), a questão agora é a de saber se é correto dispensar tratamento diverso aos candidatos à Universidade em razão de sua origem escolar.

Algumas das observações anteriores acerca da reserva de vagas para negros são úteis aqui. Assim como estes últimos, os estudantes provenientes de escolas públicas (muitos dos quais negros) parecem dispor hoje em dia de chances menores de acesso à Universidade se comparados aos alunos de escolas particulares. A estipulação de uma

cota serviria, como no caso dos negros, à redução dessa diferença.

Lembre-se, contudo, que as cotas para negros só devem ser aceitas caso se mostrem aptas a combater a causa da diferença entre brancos e negros quanto à probabilidade de freqüentar a Universidade (a discriminação racial), e não a diferença em si mesma. A razão disso está em que a cor da pele constitui um fator moralmente tão irrelevante quanto outros (como, em especial, a inteligência) cuja influência para a admissão à Universidade não se almeja abolir.

A desigualdade quanto às chances de freqüentar instituições de ensino superior entre os alunos de escolas públicas e particulares também se deve a práticas sociais perversas, relacionadas, por exemplo, à má qualidade do ensino na rede pública e ao ingresso precoce dos jovens de famílias de baixa renda no mercado de trabalho. A exemplo da cota racial, no entanto, a adoção de uma cota em favor dos estudantes da rede pública se justifica se contribuir para o aniquilamento das referidas práticas, mas não se destinada apenas a atenuar-lhes os efeitos.

A disposição contida no art. 1º do projeto nº 3.627/2004 é apropriada ao combate das causas da desigualdade entre alunos das redes de ensino pública e particular no que respeita às chances de acesso à Universidade? É bem provável que o intuito dessa disposição seja outro, o de oferecer uma mera compensação pelo prejuízo advindo da desigualdade. Não se afirma, com isso, que os autores do projeto estejam satisfeitos com as práticas que atualmente põem os estudantes de escolas particulares em vantagem sobre os demais, mas, sim, que, possivelmente, não pretendem eliminar tais práticas por meio da reserva de vagas. Nada impede, porém, que a cota para alunos da rede pública se preste a combater os fatores da diferença entre os dois grupos de estudantes, ainda que outro seja o fim ao qual se propôs. Isso ocorrerá se as vagas reservadas servirem de estímulo àqueles aos quais se

destinam, levando-os a se prepararem mais para os exames vestibulares. Um aumento do interesse pela formação universitária também é capaz de provocar mudança em certos hábitos familiares (animadas pelo aumento das chances de ingresso na Universidade, famílias de baixa renda podem assegurar aos filhos um maior tempo de estudo) e de apressar a melhora do ensino oferecido pelas escolas públicas.

Como as que se referem ao fim da segregação racial, tais conjeturas só poderão ser confirmadas algum tempo depois de implantada a cota em questão (caso ela seja, de fato, implantada). Até que a experiência permita um juízo mais seguro, a reserva de vagas para alunos de escolas públicas deve-se ter como admissível³².

Conclusões

1) O uso do critério do saber para o ingresso de estudantes em instituições de ensino superior não pode ser justificado com apelo à noção de mérito. Se esse critério é defendido com base em considerações utilitaristas, não há nada que assegure seu emprego exclusivo, como também se pode depreender da interpretação do art. 208, V, da Constituição.

2) O princípio da igual representação racial deve ser rejeitado, pois vincula a distribuição de bens (no caso, as vagas em Universidades) a grupos constituídos de acordo com características genéticas e, em consequência, moralmente arbitrarias.

3) A instituição de cotas para negros não deve, tampouco, relacionar-se ao propósito de proporcionar chances iguais de acesso à Universidade. Esse acesso é mais provável para alguns indivíduos do que para os demais em virtude de outros fatores (como, em especial, a inteligência) moralmente tão irrelevantes quanto a raça, cuja influência, entretanto, não se deseja combater.

4) O ideal de igualdade por meio do qual se legitima o uso do critério racial para a seleção de estudantes universitários é o que

se refere à probabilidade de ascender a posições vantajosas em geral, não necessariamente atreladas à instrução superior. As cotas para negros serão de aceitar caso ajudem a pôr fim a práticas discriminatórias que atualmente diminuem, para esses indivíduos, a mencionada probabilidade. A eficácia dessas cotas somente poderá ser avaliada, contudo, depois que elas estiverem implantadas há algum tempo.

5) Ao contrário do que prevê o projeto de lei nº 3.627/2004, as cotas para negros, se estabelecidas, não devem ser destinadas apenas aos alunos oriundos de escolas públicas.

6) O critério da procedência escolar previsto no art. 1º do citado projeto somente é de admitir caso contribua para a eliminação de práticas (tais como as associadas à má qualidade do ensino médio público) que reduzem hoje em dia a chances de ingresso na Universidade para os alunos das escolas públicas, mas não se servir apenas para compensar o prejuízo advindo dessas mesmas práticas.

Notas

¹ Como “negros” se designam, de acordo com o usual, os indivíduos de cores preta e parda.

² Além de destinar cinquenta por cento das vagas de instituições públicas federais aos estudantes oriundos de escolas públicas (art. 1º), o projeto de lei nº 3.627/2004 também determina que parte dessas vagas seja reservada a pretos, pardos e indígenas de acordo com o percentual das respectivas populações em cada estado (art. 2º).

³ Foi o que ocorreu no célebre caso *Regents of the University of California v. Bakke*, apreciado pela Suprema Corte dos E.U.A. no fim da década de 70 (438 U.S. 265 [1978]). Allan Bakke, um estudante branco pretendente a uma das vagas do curso de medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, insurgiu-se contra medida que destinava dezesseis dos cem lugares disponíveis a candidatos negros ou de outras populações minoritárias, alegando violação do direito a igual tratamento (*equal protection of the laws*) previsto na 14ª Emenda à Constituição norte-americana. A decisão, favorável a Bakke, considerou proibida a estipulação de cotas, admi-

tindo, no entanto, que a raça fosse tida como um dos fatores para o ingresso em instituições de ensino superior. (Cf. DWORKIN, 2002a, p. 386-387). Uma versão em português desse julgamento se encontra em Gomes (2001a, p. 245-295). Para uma exposição minuciosa sobre o caso, ver Menezes (2001, p. 98-106). Mais recentemente, a Suprema Corte norte-americana confirmou o entendimento recém-aludido no julgamento do caso *Grutter v. Bollinger* (123 S. Ct. 2325 [2003]).

⁴ O princípio da diferença é um dos dois princípios de justiça de Rawls. De acordo com ele, as desigualdades entre os integrantes de uma sociedade devem ser toleradas apenas à medida que se mostrem vantajosas para todos, inclusive para os menos favorecidos, e desde que estejam relacionadas a posições ou ocupações abertas a todos (*open to all*). Além do conteúdo formal expresso no texto, a parte final do princípio da diferença também requer medidas para evitar que a má distribuição de recursos impeça o acesso de alguns indivíduos a certas posições. (RAWLS, 1999, p. 63).

⁵ “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: (...)” “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)”

⁶ O debate sobre o significado da palavra raça ainda está em curso. No Supremo Tribunal Federal, esse debate foi trazido à tona recentemente no exame do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS (julgamento encerrado em 17/09/2003, decisão publicada no Diário da Justiça de 19/03/2004), em que a questão, respondida ao final afirmativamente, era a de saber se uma prática ofensiva a judeus poderia ser tida como racista. Não obstante o interesse que é capaz de suscitar, a pergunta sobre se há ou não uma raça negra é irrelevante para o tema deste estudo. Ainda que brancos e negros pertençam à mesma raça, o importante é que haja o costume (como, de fato, há) de assim os distinguir. Essa distinção, tradicional em nossa sociedade, pode servir para justificar medidas em favor de um dos grupos (é de se rejeitar, assim, a sugestão de que, em não havendo diversas raças humanas, a reserva de vagas para negros em Universidades ou na Administração Pública deve ser considerada, apenas por esse motivo, descabida). (Cf. GOMES JR., 2003, p. 93-94).

⁷ É o que salienta Rawls (1999, p. 87) em sua defesa do princípio da diferença (v., “supra”, a nota 5): “No one deserves his greater natural capacity nor merits a more favorable starting place in society. But, of course, this is no reason to ignore, much less to eliminate these distinctions. Instead, the basic structure can be arranged so that these contingencies work for the good of the least fortunate. Thus we are led to the difference principle if we wish to set up the social system so that no one gains or loses from his arbitrary place in the distribution of natural assets or his initial position in society without giving or receiving compensating advantages in return.”

⁸ O argumento é de Dworkin (1985, p. 294).

⁹ Não é objetivo de Sandel (1998, p. 144) o de demonstrar a insustentabilidade das cotas, nem, tampouco, o de refutar o argumento de Dworkin. Para ele, trata-se apenas de chamar a atenção para a necessidade de que esse argumento se faça acompanhar por uma concepção de comunidade capaz de justificar o “sacrifício” de alguns em favor dos demais (SANDEL, 1998, p. 142-147). Barzotto (2003, p. 54), no entanto, vale-se das considerações de Sandel para concluir pela incompatibilidade com a Constituição brasileira da reserva de vagas para negros em Universidades: “políticas de ação afirmativa (...) são inconstitucionais do ponto de vista da justiça social, na medida em que, a pretexto de estabelecer a igualdade, violam a dignidade dos envolvidos, (...) por reduzi-los à condição (...) de meio”.

¹⁰ Kant (1960, p. 69): “O imperativo prático será pois o seguinte: age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”

¹¹ Barzotto (2003, p. 54): “os próprios beneficiários do programa foram tratados, na seleção, como meios para um fim estranho à Universidade.”

¹² Emprega-se a palavra “direito” apesar de se tratar, neste caso, de uma vantagem conferida a alguém tão-somente em razão do benefício que proporciona à sociedade.

¹³ É a que parece apoiar Barzotto (2003, p. 50): “o ensino superior é regulado pelo art. 208, V. (...) Verifica-se que (...) há uma regra de distribuição do bem ‘participação nos níveis mais elevados de ensino’: a cada um segundo a sua capacidade. Ou seja, este não é um bem que a Constituição prescreva como indispensável à plena realização do ser humano, e por conseguinte, como algo que deve ser distribuído a todos. Ao contrário, (...) limita a oferta desses bens somente àqueles que demonstraram a capacidade para aproveitá-los. O direito ao ensino superior é, assim, um direito social de justiça distributiva, regulado pelo critério: ‘a cada um segundo a sua capacidade’.”

¹⁴ O que o texto afirma, em resumo, é que, ao se sustentar o critério do saber apenas em um argumento de política (e não em argumentos de princípio), falta a justificativa para que tal critério se imponha por meio da Constituição. Sobre a distinção entre argumentos de política e de princípio, ver DWORKIN (2002b, p. 129).

¹⁵ Ver, entretanto, Hasnas (2002, p. 516-525). O autor alerta para o risco de que diferenças de tratamento com base em raça, sexo, religião ou origem sirvam, de fato, à opressão de certos grupos, mesmo quando alegadamente estabelecidas para fins legítimos. Propõe, por isso, uma rigorosa interpretação da cláusula de igual tratamento contida na 14ª Emenda à Constituição norte-americana, pela qual se considere proibida quase toda medida discriminatória que se valha das características citadas. Embora fundado o temor manifestado por Hasnas, sua conclusão é, no entanto, exagerada.

Contra a afirmação de que qualquer distinção de tratamento associada à raça é inconstitucional segundo o Direito norte-americano, ver Dworkin (2002b, p. 348-369). Sobre o princípio constitucional da igualdade, consulte-se ainda Alexy (2001, p. 385): "(...) el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos."

¹⁶ Por ação afirmativa se entende qualquer uma praticada em favor de um grupo de indivíduos tradicionalmente em posição de desvantagem, como negros, mulheres ou homossexuais.

¹⁷ Uma referência às ações afirmativas como meio para a promoção do "ideal de concretização da igualdade de oportunidades" se encontra em Gomes (2001b, p. 136). Ver também Junqueira (2002, p. 142).

¹⁸ Em outras palavras, as razões (por exemplo, a baixa auto-estima ou o risco de redução da renda familiar pelo desemprego prolongado) para que as chances de João sejam menores estão todas elas relacionadas à raça.

¹⁹ Uma razão imaginável para se mitigarem as diferenças vinculadas à raça, mas não as que se originam de dotes naturais, estaria em que, sendo as primeiras resultado de práticas sociais perversas, sua eliminação serviria à reparação do mal causado por essas mesmas práticas. Tal reparação seria, contudo, injusta, porque feita à custa de uns poucos (os candidatos à Universidade que teriam suas chances diminuídas em virtude das cotas) e em favor de apenas parte das vítimas da segregação racial (os indivíduos negros beneficiados pelas cotas). (Cf. GOMES, 2001a, p. 65).

²⁰ Assim se satisfaz a uma das partes do princípio da diferença rawlsiano (v., "supra", a nota 5), designada com a expressão *fair equality of opportunity*

(RAWLS, 1999, p. 63). Ela se traduz pela exigência de que não apenas as diferentes ocupações permaneçam formalmente abertas a todos, como também que aqueles com talentos e disposição similares conservem as mesmas chances de obtê-las.

²¹ Admitindo-se que a raça determine, por si só, as chances de alguém frequentar a Universidade no Brasil hoje em dia, é claro que o fim das práticas de segregação racial aumentaria essas chances para os negros. A abolição dessas práticas pode-se destinar, não obstante, a satisfazer à igualdade mais ampla (relativa à probabilidade de alcançar posições favoráveis) mencionada no texto.

²² Os resultados das medidas de ação afirmativa estão atualmente em discussão nos E.U.A., lugar em que as mesmas medidas já vêm sendo implantadas há algumas décadas. A esse respeito, o principal estudo parece ser o de William G. Bowen e Derek Bok, *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions* (1998), com conclusões favoráveis às ações afirmativas na área educacional (Cf. DWORKIN, 2002a, p. 387-400). Embora instrutivo, o debate norte-americano sobre os efeitos de políticas favoráveis ao ingresso de negros em Universidades (e de outras políticas similares) deve ser avaliado com cautela, já que é nítida a diferença entre as formas de discriminação racial observadas naquele país e no nosso.

²³ A ênfase sobre a igualdade levou a que se deixassem de lado considerações utilitaristas favoráveis às ações afirmativas. Sobre considerações desse tipo, ver Dworkin (2002b, p. 358). Não é verdade, porém, que as razões de Dworkin (2002b, p. 368) em favor das ações afirmativas sejam exclusivamente utilitaristas: "os argumentos favoráveis a um programa de admissões que discrimine em favor dos negros são ao mesmo tempo utilitaristas e de ideal. (...) Os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade."

²⁴ Trata-se, como já observado (v., "supra", a nota 21), de um direito decorrente do princípio da diferença rawlsiano.

²⁵ "Art. 1º As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas."

²⁶ A subcota para índios merece considerações à parte. Ela será deixada de lado no que segue.

²⁷ "Art. 2º Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pre-

tos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.”

²⁸ Empregando os termos de Fraser (2001, p. 265-266), as cotas se justificam como parte de uma política de transformação, não de afirmação.

²⁹ Ainda que esse percentual diga respeito a apenas metade do total de vagas oferecidas.

³⁰ V., “supra”, seção 1.2.

³¹ A preocupação com o desempenho dos estudantes favorecidos pelas cotas poderia ser atendida com a estipulação de um escore mínimo a ser atingido para preenchimento do todo ou de parte das vagas oferecidas.

³² Admissível, não necessária. Assim como as práticas de discriminação contra os negros, é possível tentar suprimir as que atualmente desfavorecem os estudantes da rede pública de várias maneiras, sendo a instituição de cotas em universidades apenas uma delas.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 15-56, 2003.
- BOWEN, William G.; BOK, Derek. *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002a.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 245-282.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação afirmativa: cota obrigatória para a população negra: projeto de lei municipal 111/202 da cidade de Bebedouro-SP: análise da sua constitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 811, p. 89-95, 2003.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.
- _____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, v. 151, p. 129-152, 2001b.
- HASNAS, John. Equal opportunity, affirmative action, and the anti-discrimination principle: the philosophical basis for the legal prohibition of discrimination. *Fordham Law Review*, New York, v. 71, p. 423-542, 2002.
- JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Discriminação racial, políticas de ação afirmativa: universidade e mídia. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 14, p. 139-153, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica das costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 15, p. 85-99, 1996.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Ação afirmativa e o direito: um meio para se eliminar a exclusão social decorrente da discriminação racial. *Ciência & Direito: Revista Jurídica da FIC-UNAES*, Campo Grande, v. 1, p. 125-141, 1998.