

COTA PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES

Inconstitucionalidade perante uma abordagem unicamente jurídica

Autor: **Sebastião José Pena Filho**
Servidor do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Bacharel em Direito pela PUC/SP (em 2001)

RESUMO: Procurou-se analisar o que se chamou de “cota para negros nas universidades” a partir de uma abordagem unicamente jurídica, à margem de sentimentos éticos e pessoais. Concluiu-se pela inconstitucionalidade da medida, pelo desatendimento ao princípio da isonomia. Não obstante, outras “cotas para negros” podem ser isonômicas na medida em que há análise subjetiva do candidato, e, por isso, suscetível a influências decorrentes de preconceitos de raça ou de cor.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. Abordagem unicamente jurídica. 2. Princípio constitucional da isonomia. 3. Cota para negros nas universidades: ofensa ao princípio da isonomia; 3.1. Cota para universidades: conjecturas; 3.2. Outras cotas. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: ações afirmativas; cota para negros; universidades; concurso vestibular; princípio da isonomia; princípio da igualdade; discriminação; racismo; preconceito de origem; preconceito de raça; preconceito de cor.

1. Introdução

Muito se discute atualmente¹ acerca das iniciativas legislativas e administrativas² que definem “cotas para negros”. São as *ações afirmativas*, que objetivam corrigir distorções conseqüentes de discriminação, etnoracial, no caso.

Dentre elas, destacam-se: a) cota mínima de vagas nos estabelecimentos de ensino público superior, federais e estaduais; b) cota mínima de vagas em licitação para contratação de profissionais; c) cota mínima para titularidade de funções comissionadas em órgãos públicos; d) cota mínima para os cargos de provimento efetivo em órgãos públicos; e) cota mínima de vagas nas universidades privadas; f) cota mínima reservada nos contratos de crédito educativo; g) cota mínima de vagas a atores ou figurantes em filmes e peças; h) priorização da concessão de bolsas de estudo das instituições de ensino que

¹ Este texto foi escrito em junho/2002.

² Não é objeto deste estudo a análise da constitucionalidade das medidas tomadas pela Administração Pública, não amparadas em lei *formal*, que instituem políticas públicas afirmativas. A primeira delas, pelo que se tem notícia, foi a instituição do Programa de Ações Afirmativas do Ministério do Desenvolvimento Agrário, pela Portaria n.º 33, de 08/03/2001, com a adoção de cota mínima de 30% de mulheres em cargo de direção e, em setembro do mesmo ano, com a adoção de cota mínima de 20% de negros nos cargos daquele Ministério.

gozam de incentivo fiscal previdenciário; e i) maior pontuação, para fins de licitação, às empresas que tenham planos de inclusão de pessoas negras no seu quadro de funcionários.

O debate exalta-se com opiniões tão contundentes, desdobramentos dos sentimentos mais íntimos. Carrega questões morais, preconceitos e anseios por justiça social. Mas, o que se concluiria a partir de uma *abordagem unicamente jurídica*?

1.1. Abordagem unicamente jurídica

Fez-se questão, neste texto, da utilização da expressão “abordagem unicamente jurídica” para que se delimite, desde logo, o escopo da análise efetuada. Este cuidado seria desnecessário se o tema não fosse tão inflamável.

É que não cabe ao jurista cotejar conceitos ou fatos extrajurídicos, mas apenas aqueles inscritos na norma. Geraldo ATALIBA, no clássico *Hipótese de incidência tributária*, ensina:

“O ponto de partida de qualquer especulação jurídica é a lei. Assim, as considerações políticas, econômicas, financeiras, administrativas etc. que motivaram o legislador e lhe determinaram o comportamento se esgotam na fase pré-legislativa e nenhuma influência exercem sobre os processos exegéticos, de cunho dogmático, que informam o trabalho científico-jurídico que tem lugar depois de posto o direito (*ius positum*)”³.

Tal ensinamento corrobora a posição do eminente professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“Embora todo regime jurídico ou situação jurídica seja erigido sobre um suporte meta-jurídico, ambos permanecem distintos. A ocorrência do substrato que serviu ao legislador como ponto de referência para construção de uma dada situação normativa não tem a virtude de acarretar, por si própria, nenhum efeito de direito. Tal ocorrerá apenas quando houver previsão legal neste sentido. Em face do exposto, percebe-se que não há relação constante e necessária entre os suportes extrajurídicos de um conceito jurídico e qualquer situação normativa”⁴.

Portanto, o que se pergunta ao jurista é: a cota para negros atende à Constituição Federal? Pois outras investigações – “políticas, econômicas, financeiras, administrativas” e, respeitosamente acrescentamos, éticas e filosóficas – refogem do enfoque jurídico.

³ p. 121-122.

2. Princípio constitucional da isonomia

Discriminação é distinção; discriminar é desigualar. Assim, está-se frente ao tema *igualdade*.

O que é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, como asseverou Aristóteles? O que é “quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”, como propalou, em nosso país, o grande Rui Barbosa⁵? Qual é a medida das desigualdades entre os negros e os não-negros ou quais suas diferenças específicas que não permitem igual tratamento e igual proteção⁶?

Socorre-se de um outro clássico, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, do professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Numa abordagem unicamente jurídica, o livre-docente aduz três subquestões⁷, conforme segue.

A primeira refere-se ao elemento tomado como fator de discriminação (desigualação). Este não pode singularizar, de modo absoluto, um único sujeito e, ainda, deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. A segunda, aborda a necessária correlação lógica abstrata entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico diverso que dele decorre. E, por fim, a terceira subquestão impõe a consonância desta correlação lógica com o sistema constitucional vigente.

O tema é tão concreto que as respostas emergem prontamente. Reflita-se na cota para universidades, tomando, como exemplo, norma que assim dispusesse⁸:

“Art. 1º – A cota mínima de vagas para estudantes afro-brasileiros, classificados pelo IBGE nas categorias de negros e pardos, nas universidades federais e estaduais fica estipulada em 20% (vinte por cento) do total de vagas existentes em cada período ou ano letivo.

Parágrafo único – O preenchimento das vagas reservadas a título de cota mínima dar-se-á em lista de classificação autônoma.”

⁴ *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 10.

⁵ Pela importância, transcreve-se: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.” (trecho da histórica *Oração aos Moços*, escrita e proferida por Rui Barbosa na comemoração de seu jubileu jurídico, como paraninfo dos bacharelados de São Paulo).

⁶ Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 69.

⁷ p. 27 e segs.

⁸ Os dispositivos descritos são expressões ligeiramente adaptadas do artigo 3º, “caput”, e § 3º, do Projeto de Lei n.º 6.421/2002, da Câmara dos Deputados, atualmente em trâmite.

Têm-se: o fator de discriminação toma por elemento a raça ou cor da pele, partindo de classificação dos indivíduos, no que podemos chamar de “perfis de cor da pele”, em negros, pardos, brancos, etc.

Por sua vez, a correlação lógica abstrata é a reserva de um certo número de vagas nas universidades federais e estaduais – o tratamento jurídico diversificado – àqueles cuja cor da pele enquadra-se nos perfis *negro* e *pardo* – o fator de discriminação.

E a consonância desta correlação com nosso ordenamento constitucional, decorre de diversos dispositivos da Carta Magna que exprimem a opção pela redução da discriminação entre grupos humanos, no âmbito interno e internacional⁹. Na explanação de José Afonso da SILVA, “o texto constitucional, que proíbe preconceito de *origem*, *cor* e *raça* e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia, antes de tudo, um repúdio à barbárie de tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do *apartheid*, por parte de um povo mestiço, com razoável contingente de negros. O repúdio ao racismo nas relações internacionais foi, também, expressamente estabelecido (art. 4º, VIII). Nele se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor especialmente contra os negros não está ausente das relações sociais brasileiras. Disfarçadamente ou, não raro, ostensivamente, pessoas negras sofrem discriminação até mesmo nas relações com entidades públicas.”¹⁰

Não obstante a segurança quanto à convergência dos fins visados pela hipotética lei à nossa Constituição Federal, deve-se melhor investigar a segunda subquestão – a correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico –, porque “ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico”¹¹.

3. Cota para negros nas universidades: ofensa ao princípio da isonomia

Qual a relação de pertinência lógica entre perfis de cor da pele e a inclusão no benefício¹² de acesso reservado à universidade? Aqui reside a inconsistência. Veja-se.

O que faz com que o negro (e o pardo) tenha menos acesso às vagas nas universidades que legitime um regime jurídico diferenciado? Se a resposta for “a sua cor de pele”, então pode-se afirmar que há pertinência lógica entre o fator de discriminação e o

⁹ Expressamente: art. 3º, IV (referente a preconceito de origem, de raça e de cor); art. 4º, VIII (repúdio ao racismo, no âmbito internacional); art. 5º, XLII (crime de racismo); e art. 7º, XXX (proibição de diferença de salário em razão da cor).

¹⁰ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 227.

¹¹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Ob. cit.*, p. 47.

¹² *Ibid.*, p. 49.

tratamento jurídico diverso, dele decorrente. Firma-se esta conclusão a partir de uma abordagem unicamente jurídica.

Nesta linha, para que a norma se qualifique como aderente ao princípio constitucional da isonomia, o acesso beneficiado do negro à universidade vem, necessariamente, como compensação a uma pior condição nesse acesso frente a seus concorrentes, o que, por sua vez, tem de decorrer da condição de *negro*¹³.

Portanto, a norma toma por fato a hipótese de que perfis de cor da pele, de per si, influem no resultado da prova de admissão na universidade, o que é um desatino. E pior: prevendo um “benefício” ao perfil de cor da pele negra, presume que o negro obtenha resultados piores no exame que o não-negro. Em palavras curtas: pressupõe que o negro seja menos inteligente que o branco.

3.1. Cota para universidades: conjecturas

O absurdo anterior autoriza a divagação. O acesso às universidades decorre, invariavelmente, de aprovação em concurso público, integrado, na sua grande maioria, por uma prova de questões de múltipla escolha e outra de respostas dissertativas. Tal concurso é franqueado àqueles que atendem a requisitos de escolaridade mínima e recolhem a taxa¹⁴ de inscrição, e logram aprovação os que obtêm melhores notas nas áreas de conhecimento analisadas, considerando critérios de correção mormente impessoais¹⁵. Conclui-se que são aprovados os mais preparados, em regra.

Assim, o acesso às universidades tem pertinência lógica com o preparo do candidato, não desconsiderando a escolaridade mínima e a possibilidade de se custear a taxa de inscrição.

São fatos notórios que o ensino público brasileiro deixa a desejar, principalmente o ensino médio, e que a quase totalidade dos candidatos aprovados nos mais concorridos vestibulares provêm de escolas particulares.

E é essencialmente o currículo do ensino médio o objeto do concurso vestibular, donde se conclui que tem maior possibilidade de chegar à universidade justamente aquele que desfruta de uma condição econômica mais satisfatória, podendo cursar um segundo grau numa escola particular, ou mesmo um cursinho pré-vestibular.

¹³ Visando facilitar a explanação, deixou-se de se referir ao *pardo*.

¹⁴ O termo *taxa* está empregado em seu sentido corriqueiro, não-jurídico.

¹⁵ Nas três universidades públicas paulistas – USP, UNICAMP e UNESP –, as provas de múltipla escolha são corrigidas por processamento eletrônico e as provas dissertativas não permitem a identificação dos candidatos, exceto ao sistema de computador, que processa os escores assinalados pelos examinadores.

Ora, tudo se resume a uma só desigualdade: a desigualdade econômica. É o *pobre*, e não o *negro*, que tem dificuldade de acesso à universidade. Ele não pôde se preparar numa boa escola; ele não pode dispor de R\$ 50,00 ou R\$ 100,00 para recolher a taxa de inscrição.

É, portanto, mais correto prever um acesso beneficiado à universidade ao pobre, cujo mecanismo abrangeria desde a dispensa do recolhimento da taxa de inscrição à cota de vagas reservadas, propriamente. Tal discriminação positiva adere total e facilmente ao nosso sistema constitucional, que prestigia a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais¹⁶, além de buscar a efetivação da *igualdade de possibilidades*¹⁷.

A confirmar esta conclusão, indaga-se: pode-se afirmar que o negro, de boa ou ótima condição econômica, tem dificuldade de acesso à universidade e, portanto, mereça um regime jurídico privilegiado? A resposta negativa denuncia a inconstitucionalidade da cota para negros nas universidades, tal como vislumbrada. Pelo contrário, ninguém duvida que o pobre – seja negro, índio, mulher, idoso, homossexual, ateu, etc., e, mesmo, o branco – obtém, em geral, resultados piores nos exames vestibulares que o rico.

Poder-se-ia cogitar em estender o benefício da cota para negros nas universidades aos demais discriminados (como aos pobres, em geral), caso a caso, e via o Poder Judiciário, como cogita José Afonso da SILVA¹⁸. No entanto, isto não é possível, pois a medida não é constitucional nem quanto aos próprios negros, como demonstrado.

3.2. Outras cotas

Frise-se que a análise aqui levada a efeito para a cota para negros nas universidades não produz, necessariamente, o mesmo resultado se aplicada às demais hipóteses.

Em outras situações, pode haver pertinência lógica entre perfis de cor da pele e o regime jurídico diferenciado. Isto se dá quando a diferenciação compensa processos de seleção subjetivos, onde há espaço para a discriminação.

Tomemos como exemplo hipotético a previsão de cota para acesso a empregos na iniciativa privada. Se há discriminação do negro na seleção de empregados, em vista de

¹⁶ Expressamente: art. 3.º, III; art. 23, X; art. 170, VII; e ADCT, arts. 79 e segs.

¹⁷ Dalmo de Abreu DALLARI, em *Elementos de teoria geral do Estado*, expõe: “A concepção da igualdade como *igualdade de possibilidades* corrige essas distorções [referindo-se aos desníveis sociais] ... O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. A igualdade de possibilidades não se baseia, portanto, num critério artificial, admitindo realisticamente que há desigualdades entre os homens, mas exigindo que também as desigualdades sociais não decorram de fatores artificiais.” (p. 268)

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 231.

preconceitos de raça ou de cor, então esta cota não feriria o princípio da igualdade, antes o proclamaria.

É o que ocorre, também, numa análise superficial, com: a) a cota mínima para titularidade de funções comissionadas em órgãos públicos¹⁹; b) a cota mínima de vagas a atores ou figurantes em filmes e peças; e c) a maior pontuação, para fins de licitação, às empresas que tenham planos de inclusão de pessoas negras no seu quadro de funcionários. Em todas estas previsões, a subjetividade na seleção da pessoa dá margem à discriminação e, como já dito, legitima um regime jurídico diverso.

Nos demais casos exemplificados no início deste texto – cota mínima de vagas em licitação para contratação de profissionais; cota mínima para os cargos de provimento efetivo em órgãos públicos; cota mínima de vagas nas universidades privadas; cota mínima reservada nos contratos de crédito educativo; e priorização da concessão de bolsas de estudo das instituições de ensino que gozam de incentivo fiscal previdenciário – a ausência de subjetividade no processo de seleção da pessoa proíbe a outorga de um regime diferenciado em razão do perfil de cor, porque este não interfere naquele.

4. Conclusão

Como aqui exposto, a norma que prevê cota reservada a negros nas universidades carece de constitucionalidade, por ferir o princípio da igualdade. Prega, inconsciente e infelizmente, a superioridade intelectual do branco sobre o negro. Não acerta no critério e tende a discriminar um novo grupo de pessoas ainda mais excluído: os negros pobres.

Porém, não é toda cota para negros inconstitucional. Há de se verificar se o regime jurídico diverso, que privilegia o negro, se apóia num desvalor ocasionado pela discriminação em razão da cor de sua pele. É possível haver prejuízo ao negro, dado o subjetivismo inerente ao processo, que dá espaço à discriminação, numa entrevista para admissão numa empresa, por exemplo. Mas não haverá num certame de provas corrigidas objetivamente, onde não seja possível ao examinador identificar o candidato sob análise, como no ingresso às universidades via exame vestibular.

Durante esta exposição, procurou-se, em todos os momentos, manter-se leal à abordagem unicamente jurídica. Chegou-se a uma conclusão que se situa à margem de sentimentos éticos e pessoais, como haveria de ser. Combatê-la argumentando que a

¹⁹ De qualquer sorte, o regime de cotas parece não se adequar aos institutos *cargo em comissão* e *função de confiança*, na forma em que hoje são regulados e empregados, já que se mostra inviável limitar a escolha da pessoa, induzindo a relação de confiança, pressuposto dos referidos institutos.

correção das distorções dar-se-á via medidas concretas – como a cota para negros nas universidades – ou, ainda, que a conclusão aqui tirada é descomprometida com a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos, é transpor-se ao terreno extra-jurídico, valendo-se de discursos políticos, econômicos, éticos ou filosóficos, incapazes de tornar constitucional o que não é.

A Constituição é o fundamento de toda a ordem jurídica, disciplinando a atuação não só dos Poderes Executivo e Judiciário, como também do Legislativo. Esta é a marca do *Estado Constitucional*, modelo evoluído do *Estado de Direito*²⁰. Superou-se, há muito, o *Estado de Poder* – tão bem descrito por Maquiavel –, e nesse contexto de amadurecimento jurídico, os fins não têm o condão de justificar os meios.

5. Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4ª ed. São Paulo : RT, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. 2ª ed. São Paulo : RT, 1968.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2ª ed. São Paulo : RT, 1984.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

²⁰ Roque Antonio CARRAZZA, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 270-271.