

O sistema de “cotas” para negros nas universidades estaduais e federais, como modo de implementação de ações afirmativas, tem respaldo constitucional?

Aurely Pereira de Freitas *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ações afirmativas. 3. Conclusão.

1. Introdução

Como introdução ao tema proposto, cabe definir o que se entende como igualdade, para então se passar a uma análise da existência ou não de respaldo constitucional para o sistema de cotas, como modo de implementação de ações afirmativas.

O conceito de igualdade é objeto de discussões há muito tempo. Três posições podem ser destacadas: a dos nominalistas, idealistas e realistas.

Para os nominalistas, a igualdade não passaria de um simples nome, os homens nasceriam desiguais e assim perdurariam. Para os idealistas, o igualitarismo seria absoluto. “Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta”.(Locke, 1960, p.115).¹

A posição realista reconhece a desigualdade do homem em muitos aspectos, mas defende a igualdade substancial, “pois em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir”.

* Promotora de Justiça Substituta, com atuação na comarca de Carauari; Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

¹ Cf. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, II, § § 4 a 6, especialmente; Montesquieu, *De l'esprit des lois*, I, 2 e 3, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 215.

(Faria, 1973, p.43)²

Surge assim, a noção de igualdade jurídica, que não obstante as desigualdades naturais, físicas, políticas, deve prevalecer.

Um conceito de igualdade foi muito difundido no meio acadêmico, qual seja o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Aristóteles vinculou essa idéia de igualdade e justiça.

O grande desafio, no entanto, está em utilizar um critério de discriminação que possua uma compatibilidade lógica com os preceitos defendidos na Constituição. Dessa forma, uma norma que contenha um critério de discriminação pode ou não estar de acordo com os princípios constitucionais, dependendo para isso uma análise do objetivo da norma e a compatibilidade lógica desta com o discrimen.

É preciso, portanto, analisar as diferenças entre uma igualdade formal, perante a lei, e uma igualdade material, efetiva.

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí porque o legislador, sob 'o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico' (L. INGBER, IN PERELMAN, 1971, p.1/3)³

² Cf. Faria, Anacleto de Oliveira, 1973 *Do Princípio da Igualdade Jurídica*, p. 43, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 215.

³ Cf. L. Ingber, "A proposta de *l'égalité dans la jurisprudence belge*", in Charles Perelman *et al.*, *L'égalité*, v. I/3 e ss; *O materialismo histórico no estudo do direito*, p.316 *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 216/217.
258 - *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas* v. 6

A questão colocada, da significação de uma igualdade material ou apenas formal, está no âmago da discussão a respeito de ações afirmativas.

2. Ações afirmativas

As ações afirmativas, que buscam reparar as desigualdades sociais, estão de acordo com a linha de pensamento defendida pelos Realistas, ou seja, a igualdade jurídico-formal não pode mais ser considerada como suficiente, ao menos não de acordo com os princípios estatuídos na Constituição de 1988.

A implementação da igualdade deve levar em conta as distinções existentes entre os diversos grupos, deve servir de arcabouço para a justiça social, não se pode entender o princípio da Igualdade com uma visão individualista.

A Constituição Federal, no *caput* do art.5.º, afirma que todos são iguais perante a lei, estando vedada a distinção de qualquer natureza. O art. 7.º, inciso XXX, proíbe critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Como compatibilizar esses dispositivos com as ações afirmativas?

Para os que criticam a política de cotas para negros e pessoas carentes, seriam inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela constituição e tal inconstitucionalidade deve ser corrigida pela Justiça.

De acordo com a lição de José Afonso da Silva, o princípio da igualdade jurisdicional apresenta-se sob dois aspectos, a seguir expostos:

Como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça. (SILVA, 2001, p. 221)

Na visão dos que defendem a inconstitucionalidade, portanto, o legislador teria criado uma

situação absurda de afronta à Constituição ao editar uma lei que cria cotas para negros em Universidades Públicas.

Os que defendem a constitucionalidade da lei de cotas afirmam que essa política afirmativa realiza na prática a igualdade, que antes existia no plano unicamente formal.

A realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador. (SILVA, 2001, p. 223)

Também para Gelson Salomão Leite e Fábio Andrade Medeiros, dentre muitos outros, o princípio da igualdade deve se traduzir em uma igualdade material e não apenas formal:

Consagrada no art. 5.º como disposição genérica, a igualdade exige que a lei imprima tratamento homogêneo a situações equivalentes. A lei deve também servir como instrumento de desequiparação tratando-se de situações jurídicas distintas.

De inspiração aristotélica, o princípio da igualdade exige que o que seja essencialmente igual receba um mesmo tratamento jurídico, ao passo que o que seja essencialmente desigual receba um tratamento diferente. (LEITE e MEDEIROS, 2003, p. 391)

Dessa forma, a constitucionalidade ou não do sistema de cotas para negros nas universidades, assim como as cotas para pessoas carentes, dependerá do conceito adotado em relação ao princípio de igualdade, se material ou puramente formal.

No entanto, uma análise do princípio da igualdade não poderia estar completa sem a clássica enumeração de Celso

Antônio Bandeira de Mello a respeito dos requisitos para a legitimidade da discriminação, quando da busca pela igualdade material.

Que a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; que o fator de desigualação consista num traço diferencial residente nas pessoas ou situações – vale dizer, que não lhes seja alheio; a existência de um nexó lógico entre o fator de discrimen e a discriminação legal estabelecida em razão dele; que, no caso concreto, tal vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando ao bem público, à luz do texto constitucional. (BANDEIRA DE MELLO, 2003, P.41)

O conceito de igualdade material, portanto, não está a autorizar todo e qualquer tipo de discriminação, necessário, pois, atentar para os requisitos que impedem que este seja utilizado de forma ilegítima. Os requisitos apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, não desautorizam a utilização de ações afirmativas, se não vejamos.

As discriminações compensatórias, como é o caso das cotas para negros, não atingem apenas um indivíduo, mas uma parcela da população. O traço diferencial reside na situação de desigualdade econômica e de oportunidades, que pode ser observado nas pessoas que não obtiveram acesso a melhores oportunidades de estudo, de uma forma geral. A cor da pele foi erigida em fator de desigualação por fatores históricos e sociológicos, bem como em estudos que comprovam o número reduzido de pessoas da cor negra em Universidades, eis aí também o nexó lógico para a discriminação estabelecida pela lei. Por fim, no caso concreto, existem interesses constitucionalmente protegidos pertinentes ao caso, tais como: a educação como direito de todos e dever do Estado; o acesso ao ensino público de qualidade; e a gestão democrática do ensino público.

Importante salientar, no entanto, que mesmo constitucional, uma ação afirmativa deve ser implementada com

extremo cuidado, sob pena de criar mais situações desiguais. C sistema de aferição da capacidade econômica deve ser melhor estudado, uma simples declaração escrita da condição de pobreza assim como o fato de o aluno ter estudado em escola pública durante toda sua vida, não são suficientes para se constatar a condição de carente. Uma pessoa que com muito sacrifício conseguiu se manter em uma escola particular, mesmo que por pouco tempo, não pode ser excluída da ação afirmativa. Da mesma forma, uma pessoas de cor negra, que obteve condições de estudo privilegiadas não pode ser tratada como outro da mesma cor que não obteve essas boas condições.

A melhor solução, talvez, fosse criar um critério de discriminação unicamente econômico. Não há sentido em privilegiar um aluno de cor negra, que sempre estudou em colégio particular, apenas pela sua cor, ainda que esta não seja uma realidade comum. O que traz a desigualdade é a falta de condições de estudo, que independente da cor, é fruto da desigualdade econômica.

Outro cuidado importante diz respeito à manutenção da qualidade de ensino nas Universidades Públicas. A maioria das pessoas que não conseguem lograr êxito em um vestibular para ingresso em Universidade Pública possui alguma deficiência em sua formação acadêmica, o que pode vir a comprometer o rendimento após o ingresso, mediante as cotas, em uma Universidade.

Para minimizar os riscos da formação de maus profissionais, não excluído de todo mesmo em caso de alunos aprovados em vestibular que não possuem o benefício das cotas, o critério a ser escolhido para selecionar os alunos carentes deve garantir um determinado nível de conhecimento acadêmico para a aprovação.

Uma das razões para um aluno, proveniente das camadas sociais marginalizadas, não conseguir ingressar numa Universidade, ainda que com um bom nível de formação acadêmica, é a enorme concorrência, extremamente desigual, pois o aluno que possui condições de pagar por uma formação mais completa sempre estará um passo a frente.

A esse fator, podemos somar o fato de não existirem suficientes vagas nas Universidades Públicas do País. Essa defasagem acaba gerando o privilégio para aqueles que possuem melhores condições de preparação.

Para ilustrar melhor o pensamento, tomemos como exemplo o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Nele os candidatos não estão competindo entre si, não existe uma nota “de corte”, que limite o número de aprovados, o que se exige é que o candidato possua um determinado nível para bem exercer a profissão, os que não atingem essa exigência são reprovados.

O ideal seria que o critério de seleção para a Universidade Pública seguisse esse mesmo modelo, no entanto, não existem vagas para todos.

O que se está tentando demonstrar, é que existe uma zona cinzenta na qual se torna difícil separar os alunos que não conseguem aprovação no vestibular por não terem capacidade, daqueles que não conseguem ser aprovados em razão da enorme concorrência, que beneficia os mais abastados. Daí a necessidade de critérios responsáveis para a instituição das ações afirmativas.

O fenômeno que pode ser observado atualmente, mostra a incoerência do atual sistema, os alunos com dificuldades financeiras, que não tem condições de ingressar numa Universidade Pública, acabam por pagar uma Universidade Particular, em alguns casos de qualidade duvidosa, para obter a chance de possuir um diploma de nível superior.

Evidentemente, face ao atual reduzido número de vagas, muitos alunos capacitados não estão conseguindo lograr êxito no vestibular em razão da implementação das cotas. Esse número de alunos, no entanto, frente ao comprovadamente maior número de excluídos, torna-se um número bem reduzido. Ronald Dworkin, analisando o modelo norte-americano de discriminação compensatória, faz interessante colocação sobre o tema:

Em determinadas circunstâncias, uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode,

mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo.

Qualquer instituição que recorra a essa idéia para justificar uma política discriminatória vê-se diante de uma série de dificuldades teóricas e práticas. Em primeiro lugar, há dois sentidos distintos em que se pode afirmar que uma comunidade está melhor como um todo, ainda que alguns de seus membros não estejam bem, e qualquer justificação deve especificar a qual desses sentidos faz referência. Pode estar melhor em um sentido utilitarista, ou seja, porque o nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou, apesar de o bem-estar de alguns indivíduos ter diminuído. Por outro lado, pode estar melhor em um sentido ideal, ou seja, porque é mais justo ou, de algum outro modo, mais próximo de uma sociedade ideal, quer o bem-estar médio seja ou não aumentado. (DWORKIN, 2002, p. 357/358)

A modificação da ordem atual das coisas, portanto, está a exigir ações afirmativas, uma vez que a situação reinante é incompatível com o Princípio da Igualdade, no sentido que se procurou demonstrar na presente exposição. Eventuais ajustes podem ser feitos, na medida em que a experiência prática apontar melhores caminhos, o que não se pode é afastar por completo ações que buscam melhorar a distribuição do ensino superior no país.

3. Conclusão

O respaldo constitucional para a aplicação de ações afirmativas, dentre elas o sistema de cotas, existe sim em nosso ordenamento jurídico. A igualdade em seu sentido material é amplamente reconhecida por doutrina e jurisprudência, mesmo entre os críticos da política de ações afirmativas. O que é objeto de ampla discussão é se o sistema de cotas, de fato, garante uma igualdade substancial ou se agrava a situação existente, gerando mais desigualdade.

De uma forma ou de outra, respeitados os

entendimentos contrários, certos aspectos, como a desigualdade econômica, podem sim, ser utilizados como um discrimen para um tratamento realmente igualitário. A igualdade material é, sem sombra de dúvida, um fundamento que permite à legislação tutelar pessoas que se encontram em situação econômica inferior.

O ideal seria que no Brasil o ensino público, fundamental e médio, possuísse a mesma qualidade observada no ensino superior. Também seria ideal, que o número de vagas nas Universidades Públicas garantisse a intenção do legislador constitucional, de um ensino de caráter gratuito e universal.

No entanto, até que esse mundo ideal se realize, necessário garantir aos que já se encontram no sistema educacional, uma chance real de competição, para que as oportunidades não fiquem condicionadas a evento futuro e incerto, como a melhora da educação fundamental, fato que, irrefutavelmente, deverá ser um objetivo a ser buscado pelo Estado, mas que talvez garanta uma melhor condição apenas aos filhos dos atuais estudantes, ou netos, ou quem sabe bisnetos.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 93p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 568p.

LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, 429p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 820p.