

Cotas para negros e pardos na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual Norte Fluminense (UENF). (1)

Procedimento Administrativo nº 897/02

ASSUNTO: COTAS PARA NEGROS E PARDOS NA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ) E NA UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE FLUMINENSE (UENF)

PROMOÇÃO DE INDEFERIMENTO LIMINAR DE REPRESENTAÇÃO

Fábio Antônio de Almeida representa ao Ministério Público, em 23.07.02, requerendo a adoção de medidas cabíveis com vistas à anulação do concurso de acesso às Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estadual Norte Fluminense, argumentando, em resumo, que a reserva de 40% das vagas de tais universidades a negros e pardos viola o princípio constitucional da isonomia.

Os autos vieram conclusos a este órgão de execução, inicialmente, em 22.08.02 tendo sido determinada, às fls. 05 e 12, a juntada da legislação sobre o assunto, retornando o expediente em 05.09.02.

É o sucinto relatório.

O debate a respeito das chamadas “ações afirmativas” ou “discriminações positivas” e suas correlações com o princípio constitucional da igualdade ainda não está amadurecido em nosso País, sendo raros, pelo menos no campo jurídico, os ensaios a respeito do tema.

Dentre as honrosas exceções, merece destaque o trabalho da Professora CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, intitulado “Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”, publicado na *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15, p. 85 e segs. Referida jurista da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais inicia as suas reflexões indagando sobre se “... a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol dos direitos fundamentais, no qual se proíbe a manifestação de preconceito” e se “ao Direito Constitucional é suficiente assegurar formalmente a igualdade e estabelecer o dever de ser punida a discriminação ou volta-se ele à concepção de instrumentos pelo quais se promova a igualação jurídica e, desta forma, aperfeiçoar-se o princípio da isonomia”, respondendo negativamente à

primeira e afirmativamente à segunda indagação, concluindo, desta forma, pela plena compatibilidade entre as ações afirmativas e as regras constitucionais.

O sistema legislativo brasileiro, como de resto os sistemas jurídicos dos Países ocidentais, é pródigo em prever mecanismos proibitivos de condutas discriminatórias de toda espécie (origem, raça, credo *etc*), servindo-se, para tanto, de uma séria de normas de cunho sancionatório, penais ou administrativas, como, por exemplo, as previstas na Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Tem-se como incontroversa nos dias atuais, não obstante, a insuficiência da adoção de mecanismos legais meramente proibitivos de práticas discriminatórias, ou mesmo de pura e simples enunciação, ainda que constitucional, do princípio da igualdade, incapazes que são tais instrumentos de, realisticamente, produzirem e alcançarem a igualitária fruição dos direitos fundamentais do homem, tais como o direito à vida e à saúde, ao emprego, à instrução *etc*.

Dentro de tal perspectiva é que surgem as chamadas “ações afirmativas”, já amadurecidas pela experiência jurisprudencial norte-americana, “... forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias” (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *ob. cit.*, p. 88), ou ainda, “... conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (JOAQUIM B. BARBOSA GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40).

Representam elas a adoção de uma postura nova e essencialmente ativa por parte do Estado, que, no momento de contratar seus funcionários ou de regular o ingresso ao ensino superior, por exemplo, passa a ter em conta, a partir de uma desigualação historicamente demonstrável, os fatores sexo, raça e cor: “Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento das categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais” (JOAQUIM B. BARBOSA GOMES, *ob. cit.*, p. 39).

A fixação de cotas para negros e pardos e para estudantes oriundos da rede pública de ensino, exemplo de ação afirmativa, é disciplinada, no Estado do Rio de Janeiro, pelas Leis nº 3.708, de 09 de novembro de 2001 (fl. 18) e 3.524, de 28 de dezembro de 2000 (fl. 07). A primeira delas reserva o percentual mínimo de até 40% para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação das Universidades referidas. Já a Lei nº 3.524, estabelece, em seu art. 2º, a destinação de 50% das mencionadas vagas a

estudantes que tenham cursado integralmente o ensino, fundamental e médio, em instituições da rede pública dos Municípios ou do Estado.

Em nível infralegal, têm-se os Decretos nº 29.090, de 30.08.01 (fls. 19/20) e 31.468, de 04.07.02 (fls. 15/16), *que instituem e disciplinam o Sistema de Acompanhamento do Desempenho dos Estudantes do Ensino Médio mantido pelo Poder Público - SADE*, bem assim o Decreto nº 30.766, de 04.03.02 (fl. 14), merecendo destaque o que estabelece o art. 3º deste último ato regulamentar, *verbis*:

“ Art. 3º. No preenchimento de suas vagas, deverão as universidades observar, sucessivamente, o seguinte:

I - verificar os candidatos qualificados de acordo com os critérios tratados na Lei nº 3.524/2000 [candidatos oriundos da rede pública de ensino], selecionando-os para ingresso até o limite das vagas destinadas a tal fim;

II - identificar, dentre os alunos selecionados para ingresso na instituição na forma do inciso anterior, o percentual que se declarou negro ou pardo, em relação ao número total de vagas oferecidas, por curso e turno;

III - deduzir, da cota de 40%, o percentual de candidatos selecionados na instituição declarados negros ou pardos, que foram beneficiados pela Lei nº 3.524/2000 (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 3.708/2001);

IV - preencher as vagas restantes, da cota de 40%, com os demais candidatos declarados negros ou pardos que tenham sido qualificados para ingresso na instituição, independentemente da origem escolar; e

V - preencher as demais vagas oferecidas independentemente da cor, raça ou origem escolar do candidato qualificado”.

Como se vê claramente, o Decreto nº 30.766/02 cuidou de compatibilizar os critérios de raça (negros e pardos) e de origem acadêmica (critério sócio-econômico) de modo a que não se verifique uma dúplice fruição, abatendo-se da cota de acesso reservada às escolas públicas os beneficiados em razão da raça que também sejam oriundos do sistema público de ensino (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 3.708/01).

Como parece intuitivo, a constitucionalidade, ou não, da normativa estadual em referência deve ser analisada à luz dos princípios da igualdade e da razoabilidade.

Quanto à possível violação à regra da isonomia, partindo-se da premissa, quase uma advertência, de que a exata compreensão da igualdade jurídica conduz a que se tratem de forma desigual os desiguais, na exata medida de sua desigualação, é importante ressaltar, desde logo, que *“Com relação aos direitos políticos e aos direitos sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes. (...) Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor um grupo de indivíduos de outro grupo. O que se lê no art. 3º da Constituição italiana, antes citado – ou seja, que todos os cidadãos são iguais sem distinção de ‘condições pessoais ou sociais’ [na Constituição Brasileira: art. 5º, caput] –, não é verdade em relação aos direitos sociais, já que certas condições pessoais ou sociais são relevantes precisamente na atribuição desses direitos. Com relação ao trabalho, são relevantes as diferenças de idade e de sexo; com relação à instrução, são relevantes diferenças entre crianças normais e crianças que não são normais; com relação à saúde, são relevantes diferenças entre adultos e velhos”* (NORBERTO BOBBIO. “Direitos do homem e sociedade”. In *A era dos direitos*. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 71).

É dizer: O princípio da igualdade vai ostentar densidades diversas a depender da esfera de direitos sobre a qual venha a incidir. No campo dos chamados “direitos civis” (liberdade de locomoção, direito à assistência jurídica integral, presunção de não-culpabilidade, devido processo legal *etc*) a igualdade não se compraz com qualquer tipo de distinção, seja de raça, origem, condição social ou capacitação intelectual. Já no campo dos direitos políticos e, sobretudo, no dos direitos sociais, a desigualação entre indivíduos (ou entre grupos de indivíduos) é que vai temperar, com justiça, a interpretação do princípio, permitindo a permeabilidade das peculiaridades na formação de sua real dimensão (a peculiaridade do velho, da criança, do socialmente discriminado por sua cor, do pobre, do deficiente físico *etc*).

Aliás, na visão do mesmo autor italiano acima citado, é justamente a cogência de se ter em conta as desigualdades que permitiu a proliferação dos direitos sociais, sua “multiplicação por especificação”.

No que respeita ao parâmetro constitucional da razoabilidade, o que se extrai da legislação estadual em análise é uma perfeita relação de equilíbrio entre as *razões* que levaram à sua edição (as notórias dificuldades de acesso ao ensino superior enfrentadas pela população negra e pelos alunos oriundos de escolas públicas) e os *meios* utilizados pelo legislador (reserva de cotas) para o atingimento do *fim* almejado (a promoção do acesso igualitário ao ensino público superior e as vantagens que a diversidade racial proporciona à universidade), tudo a demonstrar a sua compatibilidade com a Carta Magna.

Não é demais ressaltar, outrossim, a partir de uma rápida e superficial análise, o abono de diretivas afirmativas pelo texto constitucional em vários momentos, o que pode ser observado: a) no preâmbulo, o qual traz a preocupação de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, ... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista e sem preconceitos”; b) no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, III, da Constituição Federal; c) nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; d) na positivação do princípio da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e inciso I), regra inaugural do título reservado aos direitos e garantias fundamentais; e) na expressa punição a condutas discriminatórias e ao racismo (art. 5º, XLI e XLII); f) na reserva de percentual de cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII); g) na proteção especial destinada a crianças e adolescentes (art. 227); h) *idem* relativamente aos idosos (art. 230).

Especificamente quanto ao art. 3º da Constituição Federal, sustentáculo específico das chamadas “discriminações positivas”, parece claro que tal dispositivo “... traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa.

Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos.

E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte.

O art. 3º traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la.

(...)

Mais ainda, no mesmo inc. II, do art. 3º, determina-se que se tenha em vista o objetivo fundamental a ser perseguido, o de reduzir as desigualdades sociais e regionais, de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira.

*O inc. IV, do mesmo art. 3º, é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *ob. cit.*, p. 92).*

Tais agudas observações aplicam-se, qual uma luva, à questão do acesso – melhor seria dizer do “não-acesso” – de negros, pardos e alunos oriundos de escolas públicas ao ensino superior, o que se explica, relativamente aos negros, pela herança escravocrata haurida do período imperial e que, mesmo depois de formalmente abolida, mostrou-se ainda responsável pela formação de uma massa populacional absolutamente alijada dos mais elementares direitos de cidadania.

Merece destaque, nesta linha, a observação de JOSÉ MURILO DE CARVALHO, PH. D. pela Universidade de Stanford e Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no sentido de que *“O fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão”*, ressaltando, ainda, que mesmo após a abolição,

“... foram pouquíssimas as vozes que insistiram na necessidade de assistir os libertos, dando-lhes educação e emprego, como foi feito nos Estados Unidos. Lá, após a guerra, congregações religiosas e o governo, por meio dos Freedmen’s Bureau, fizeram grande esforço para educar os ex-escravos. Em 1870, havia 4.325 escolas para libertos, entre as quais uma universidade, a de Howard. Foram também distribuídas terras aos libertos e foi incentivado seu alistamento eleitoral. (...)”

Diversamente, no Brasil, ressalta o autor referido, *“... aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram a suas fazendas, ou a fazendas vizinhas, para retomar o trabalho por baixo salário. Dezenas de anos após a abolição, os descendentes de escravos ainda viviam nas fazendas, uma vida pouco melhor do que a de seus antepassados escravos. (...) As conseqüências disso foram duradouras para a população negra. Até hoje essa população ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida. É a parcela menos educada da população, com os empregos menos qualificados, os menores salários, os piores índices de ascensão social. (...) A população negra teve que enfrentar sozinha o desafio da ascensão social, e freqüentemente precisou fazê-lo por rotas originais, como o esporte, a música e a dança. Esporte, sobretudo o futebol, música, sobretudo o samba, e dança, sobretudo o carnaval, foram os principais canais de ascensão social dos negros até recentemente”* (*Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, pp. 19, 51/53).

Retomando o enfoque estritamente jurídico, pode-se afirmar, sem receios, que a constitucionalidade do sistema de cotas, tal como concebido em nosso Estado, se vê reforçada pelas regras previstas no Capítulo III, do Título VIII, da Constituição Federal, que cuida da educação, da cultura e do desporto.

Com efeito, dispõe, logo de início, o seu art. 205 ser a educação um *direito de todos*, estabelecendo-se, logo a seguir, no art. 206, incisos I e III, a *igualdade de condições para o acesso* e o *pluralismo de idéias* como princípios do ensino. Acesso universal e igualitário que, por óbvio, pressupõe se considere a

isonomia em sua dimensão material, capaz, assim, de instituir tratamentos desiguais na exata medida das desigualações verificadas.

Por outro lado, a adoção da sistemática de cotas mínimas também vai encontrar arrimo na regra contida no art. 208, V, da Carta Política, a qual estabelece o "acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um". A bem de ver, a legislação fluminense em análise não exclui a aferição da capacitação acadêmica para o ingresso nos círculos universitários públicos, adequando-a, no entanto, às peculiaridades da população que busca beneficiar, que será submetida a testes de conhecimento ao longo de todo o ciclo médio de ensino (art. 6º do Decreto nº 29.090/2001 - fls. 19/20).

Por fim, cumpre informar que a matéria recebeu a mesma apreciação por parte da douta Assessoria de Direito Público, cujo parecer, da lavra do ilustre Promotor de Justiça Eduardo Slerca, devidamente aprovado pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça, restou assim ementado:

"Lei Fluminense 3.708/01, que reserva 40% das vagas da UERJ e da UENF para as populações parda e negra. Medida compensatória baseada na verificação empírica da desproporção destas populações nas referidas universidades. Ausência de inconstitucionalidade. Pelo arquivamento" (fls. 21/23).

Dentre as razões manejadas no parecer em destaque, extrai-se o irrefutável argumento no sentido de que *"... de nada adianta a igualdade formal garantir a todas as pessoas o direito de fundar uma sociedade ou de comprar um imóvel se estes direitos são abstrações totalmente alheias ao universo do indivíduo. Da mesma forma, não adianta garantir a todos o acesso à universidade pública através unicamente da prova de conhecimentos se a maioria da nossa população, que é composta de pessoas pardas e negras, não tem condições de competir com outro grupo minoritário que teve melhores condições de aprendizado e que portanto vai praticamente monopolizar o ensino de terceiro grau"* (fl. 22).

Ante o exposto, em razão da firme convicção formada por este órgão de execução a respeito da constitucionalidade das normas estaduais que dispõem sobre o sistema de cotas para o ingresso em universidades públicas, esta Promotoria de Justiça indefere, liminarmente, a representação de fl. 02.

Considerando que o representante não indicou endereço para notificação, o que inviabiliza a aplicação do art. 3º, § 2º, da Resolução nº 1.066/02, e, também, a originalidade do tema, bem assim a repercussão da solução ora adotada sobre pretensões cuja identificação se mostra impossível, submeto o presente pronunciamento ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, por aplicação analógica dos arts. 3º, § 2º e 18, *caput* e parágrafo único, da Resolução acima mencionada.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2002.

ROGÉRIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça

(*) Promoção conhecida e homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público.