A IDENTIFICAÇÃO DOS COTISTAS ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E O DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA – REFLEXÕES A PARTIR DOS PROGRAMAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS*

MARCOS AUGUSTO MALISKA**

RESUMO: Este estudo aborda a questão das cotas nas universidades brasileiras sob a perspectiva do direito à informação e à privacidade. Primeiramente, analisa brevemente tais programas elaborados pelas instituições de ensino superior com o intuito de sustentar, a partir do reconhecimento de sua constitucionalidade, um direito à proteção dos dados pessoais dos ingressos através das cotas. Apresenta como tese central a idéia da sobreposição do direito à proteção dos dados pessoais sobre o princípio da publicidade, com base na necessidade de preservação dos indivíduos contra a discriminação negativa.

PALAVRAS-CHAVE: Cotas, Ações Afirmativas, Direito à Informação, Privacidade.

ABSTRACT: This study approaches the issue of the quota system in Brazilian universities from the perspective of the right to information and to privacy. Firstly, it briefly analyses such programs elaborated by higher education institutions with the aim of stating, through the acknowledgment of their constitutionality, a right to the protection of personal data to

* Texto produzido como atividade de Pesquisa Acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil, em Curitiba, e apresentado no V Seminário Internacional de Direitos Fundamentais, Raça e Desigualdade, organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS em Porto Alegre, nos dias 22 a 24 de maio de 2006.

** Bacharel em Direito pela UFSC (1997), Procurador Federal (desde 1998), Mestre (2000) e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR (2003) com estudos de Doutorado na *Ludwig Maximilians Universität* de Munique, Alemanha (2001-2003). Atualmente Procurador Federal Chefe da Procuradoria Federal na Universidade Federal do Paraná (PF-UFPR). Professor Pesquisador de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito e Relações Internacionais da *UniBrasil*, em Curitiba. Professor Visitante de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão – *Cesul* e dos Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Ex-Bolsista do *Deutscher Akademischer Austauschdienst* – DAAD, do CNPq e da CAPES. Membro da Associação dos ex-Bolsistas da Alemanha (AEBA-PR-SC), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB/PR. É autor dos seguintes livros: *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), *O Direito à Educação e a Constituição* (Porto Alegre: Fabris, 2001), *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade* (Curitiba: Juruá, 2000) e *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich* (Curitiba: Juruá, 2001). Possui diversos artigos publicados em revistas especializadas. E-mail: marcosmaliska@yahoo.com.br

which people who benefited from quota-based systems are entitled. The article presents as its central thesis the idea of the prevalence of the right to personal data protection over the publicity principle, based on the necessity of preserving individuals against negative discrimination.

KEYWORDS: Quotas, Affirmative Action, Right to Information, Privacy

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da In/constitucionalidade do programa de cotas para ingresso nas Universidades Públicas. 3. Do direito à informação e do Princípio da Publicidade. 4. Do direito à não discriminação negativa e da proteção dos dados pessoais. 5. Considerações Finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto procura investigar as possíveis violações a direitos fundamentais com a identificação ou não identificação dos candidatos beneficiados pelos programas de discriminação positiva (ações afirmativas) para ingresso nas Universidades Públicas Brasileiras. A preocupação em se abordar tal tema tem relevância prática, tendo em vista a discussão que se trava no judiciário acerca da procedência ou não do pedido de segredo de justiça quanto aos dados fornecidos pelas Universidades em processos judiciais que questionam os programas de cotas. Portanto, trata-se de assunto que merece uma reflexão.

O receio com a identificação dos cotistas leva em conta a preocupação das Universidades de não formar guetos no ambiente universitário, que possam fomentar a discriminação negativa (art. 3º inciso IV da CF). Assim, seria extremamente negativa a divisão do corpo discente entre aqueles que entraram pela lista geral e os que entraram pelas cotas. Esse entendimento sustenta a tese de que o ingresso por cotas é um direito e não um privilégio, que possa ser atacado com posições discriminatórias no tocante ao mérito acadêmico dos alunos cotistas. Além, é claro, de que uma tal divisão poderia afetar a auto-estima desses alunos, que tenderiam ao fracasso no desempenho de suas funções, por se acharem inferiores.

Por outro lado, a identificação dos cotistas é sustentada como uma necessidade tendo em vista o direito à informação (art. 5º inciso XXXIII da CF) e o dever de publicidade da administração pública (art. 37 da CF). Assim, a Universidade não teria como não identificar os cotistas, pois estaria indevidamente violando o princípio da publicidade da administração pública e negando o direito à informação dos candidatos que prestaram o vestibular.

Note-se que a discussão da procedência ou não da identificação do cotista depende de um entendimento *a priori*, qual seja, saber se as cotas são constitucionais ou não. Se elas forem entendidas como inconstitucionais, a tendência é pela procedência da identificação. Do contrário, se elas forem entendidas como constitucionais, há a necessidade de compatibilizar o direito à informação dos candidatos em geral, com o direito à privacidade do candidato cotista.

Assim, o presente texto irá, inicialmente, abordar de forma sucinta o tema da in/constitucionalidade do programa de cotas, passando a análise do direito à informação e o princípio da publicidade e o direito à não discriminação negativa e proteção dos dados pessoais, para, ao final, apresentar uma síntese conclusiva do assunto.

2. DA IN/CONSTITUCIONALIDADE DO PROGRAMA DE COTAS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

A discussão acerca da in/constitucionalidade do programa de cotas para ingresso nas Universidades Públicas gira em torno da igualdade de acesso ao ensino superior que, basicamente, está disciplinada em dois artigos da Constituição Federal, a saber, o art. 206 inciso I, que dispõe que a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola é um princípio do ensino, e o art. 208, inciso V, que disciplina o dever do Estado para com a educação, quanto ao acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.¹

Em que consiste o programa de cotas? Como toda medida normativa, a reserva de vagas para ingresso no ensino superior deve estar em sintonia com o Princípio da Proporcionalidade, a saber, a medida deve ser adequada, necessária e deve atender o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito.² A experiência brasileira no tocante a reserva de vagas está sendo de atingir, basicamente, três grupos: indígenas, negros e estudantes de escola pública. As justificativas para os três grupos beneficiados pelo programa têm com elemento comum as dificuldades que os mesmos enfrentam para ingressar no ensino superior.

Como a finalidade desse ensaio não é abordar o tema da constitucionalidade do programa de cotas, far-se-á uma análise sucinta da in/constitucionalidade do programa de cotas para candidatos oriundos de escola pública e para candidatos negros.

Inicialmente, poder-se-ia dizer que não haveria nenhuma espécie de discriminação positiva no tocante a política de cotas para egressos de escola pública, em razão de ser a escola pública de acesso universal (art. 208 inciso I e II da CF). Assim, todos os brasileiros têm o direito garantido de acesso, mas alguns preferem estudar em escola particular. Por certo que essa escolha é forçada pela baixa qualidade da escola pública em geral, que obriga as famílias a matricularem seus filhos em escola particular. De toda forma, no entanto, não se pode negar que se trata de uma opção.

O direito de optar por não estudar em escola pública não é também algo que esteja apenas no campo do desejo das pessoas, mas está intimamente ligado à capacidade econômica delas. O direito de não estudar em escola pública só é dado àqueles que podem pagar uma escola particular. O restante permanece na escola pública e assume as consequências de lá estudar.

O baixo nível, em geral, do ensino público no Brasil reflete na participação dos alunos nas Universidades. Os dados da Universidade Federal do Paraná demonstram que os alunos oriundos de escola pública são a maioria dos inscritos no vestibular (54%)

¹ Sobre esse tema, ver MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001, pp. 169-175 e 230-233. “A constatação e assimilação, pelo constituinte, das desigualdades (art. 3º inciso III da CF) é a negação do primado clássico da igualdade perante a lei. Trata-se, agora, de uma igualdade através da lei, uma igualdade que é buscada pela lei por meio da regulação diferenciada das situações desiguais” (pp. 170-171).

² Sobre o Princípio da Proporcionalidade ver, entre outros, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 72 e seg, e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 228 e seg.

e a minoria dos aprovados (42%).³ A participação desses estudantes se dá em alguns cursos da Universidade, pois enquanto há cursos em que a média de alunos oriundos de Escola Pública ultrapassa os 60% como, por exemplo, Pedagogia – N (noturno), Matemática – N, Geografia – N e Letras português/espanhol – D (diurno), se tem outros em que a presença de estudantes oriundos de escola pública fica em torno de 10%, como, por exemplo, Direito – D e Medicina.⁴

A política de cotas, desta forma, visa atingir os chamados “cursos de elite”, aqueles em que o ingresso dos alunos de escola pública é dificultado tendo em vista a grande concorrência. Os alunos de escola privada levam vantagem nessa disputa em razão do procedimento de avaliação elaborado pela Universidade. Eles dominam a técnica do vestibular, pois são treinados para competir e vencer por professores muito bem preparados, que inclusive conhecem o histórico dos vestibulares e sabem de antemão quais questões podem vir a cair na prova. Os alunos de escola pública, de outro modo, não dispõem dos mesmos recursos e não conseguem estar tão bem preparados para a acirrada competição.

Quanto as cotas para candidatos negros, uma distinção fundamental deve ser realizada, qual seja, a desvinculação das políticas sociais das políticas raciais. Nesse caso, para que as cotas para negros possam ter procedência é necessário se entender como legítimas as políticas raciais, assentadas no combate à discriminação racial.

A história do negro na formação da sociedade brasileira é marcada por estereótipos que mascaram a sua real situação. A peculiaridade da colonização portuguesa, que possibilitou ao negro se tornar branco por meio das relações inter-raciais, deu ao Brasil, indevidamente, por muitos anos, a imagem de um país onde não havia discriminação racial. Note-se que o negro enquanto negro nunca obteve o espaço na sociedade brasileira que lhe é devido.⁵

A política de cotas visa justamente se contrapor a tese do embranquecimento da população.⁶ A Constituição, no seu preâmbulo e no art. 3º, reconhece o pluralismo como Princípio Fundamental do Estado e da sociedade brasileira. Portanto, segundo a Constituição o índio tem o direito de ser índio e o negro o direito de ser negro. Não se trata de dar o direito ao negro de se tornar branco, mas de aceitá-lo na sua condição de negro. Esse processo resgata a auto-estima do grupo, suas tradições, seus

³ Dados da Universidade Federal do Paraná citados pelo Prof. Dr. José Borges Neto no Processo 14898/04-12 que tratou do Plano de Metas de Inclusão Racial e Social na UFPR. Aqui se está fazendo referência àqueles que cursaram a maior parte de sua formação em escola pública.

⁴ Dados da Universidade Federal do Paraná.

⁵ No Brasil, a partir dos anos trinta, as relações raciais centraram-se no mito da democracia racial (atualmente, da morenidade, celebração do mestiço de tez clara como síntese da ‘raça brasileira’) e nas relações raciais ambíguas. O que pretendo dizer com ambíguo é uma certa informalidade no contato social e nas relações com pessoas de cor e classes diferentes, bem como uma ausência de distinções raciais claras (...). Naturalmente, a maneira como os membros dos diferentes grupos sociais vivenciam o mito da democracia racial ou a celebração da morenidade nem sempre é a mesma”, conforme SANSONE, Livio. *Negritude sem Etnicidade*. Trad. Vera Ribeiro. Salvador/Rio de Janeiro: Edufba; Pallas, 2003, p. 10.

⁶ Talvez, aqui, possa se dizer que se está a tratar do direito de quarta geração que fala Bonavides, o direito ao pluralismo, consistente na universalização dos direitos fundamentais sem perda de identidade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 525.

costumes, sua identidade, seu orgulho. Note-se que a legitimidade das cotas para a comunidade negra tem fundamento constitucional justamente em razão da discriminação que essa comunidade sofre no seio da sociedade brasileira.

A pesquisa realizada pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Governo Federal, com base nos dados do IBGE, apresenta dados alarmantes quanto a discriminação da população negra brasileira. A metodologia do IPEA diferencia a sociedade brasileira em: brancos, negros (pretos e pardos) e outros. Os brancos somam (dados de 2000) 53% da população, enquanto que os negros 45%. Dos 45% que formam a comunidade negra brasileira, 38% são pardos e 7% são pretos.⁷ A taxa de analfabetismo em 2001 atingiu 8% dos brancos e 18% dos negros. Os brancos estudam em média 6,9 anos e os negros 4,7 anos. Quanto a taxa de escolarização líquida (razão entre crianças na idade escolar matriculadas no ciclo escolar no qual deveriam estar), os dados de 2001, não obstante a universalização do ensino fundamental que distancia a comunidade negra apenas 3% da comunidade branca (95% contra 92% de acesso ao ensino fundamental), no ensino médio atinge apenas 25% da comunidade negra contra 51% da comunidade branca. O gráfico mais interessante e de fundamental importância na distinção entre as políticas sociais e raciais é aquele que analisa “a evolução de anos médios de estudo para a população negra e branca de diferentes coortes nascidas entre 1900 e 1965, representando pessoas que entraram no sistema educacional entre 1907 e 1972”. Dois fenômenos são observados: “(i) o nível educacional, tanto de brancos como de negros, aumentou das coortes nascidas de 1900 a 1965; (ii) a evolução entre os grupos de coortes assume trajetória semelhante, mantendo a diferença entre brancos e negros em torno de dois anos de estudo, ou seja, todos se beneficiam com mais escolarização, mas a desigualdade entre negros e brancos permanece inalterada”.⁸ Ou seja, a tese de que a industrialização do país e o crescimento econômico iriam diminuir a distância entre brancos e negros resta insustentável. Sem a presença atuante do Estado e da sociedade civil com medidas compensatórias a diferença entre brancos e negros não se alterará, ainda que possa haver melhora das condições de vida para o conjunto.

A presença do negro em diversas manifestações da cultura brasileira, poderia até se dizer, das principais manifestações da cultura nacional, sempre passou a idéia de que no Brasil o negro não é discriminado. Isso na verdade esconde as chamadas áreas duras e áreas moles das relações raciais no Brasil. As pesquisas em Antropologia mostram que nas áreas duras a cor das pessoas tem maior importância, ao passo que nas

⁷ JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil. Um Balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002, p. 26.

⁸ JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil*, pp. 32-33. A USP realizou um censo étnico entre seus 39.000 estudantes de graduação e constatou que há apenas 1,3% de negros. Ver: ALENCASTRO, Luiz Felipe de. As cotas e a história nacional. *Revista Veja*. Internet: http://veja.abril.com.br/190303/ponto_de_vista.html. 17.03.2003 10:53 horas. Ao déficit de educação se soma a discriminação que a população negra também sofre no mercado de trabalho e na renda. Os dados de 2001 mostram que um trabalhador branco recebeu em média por ano R\$ 482,00, enquanto que um trabalhador negro apenas R\$ 205,00, ou seja, menos da metade. 47% da população negra é pobre, contra apenas 22% da população branca. Os negros são a maioria dos trabalhadores sem carteira assinada (17% contra 12% dos brancos). Ver: JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil*, pp. 27-29.

áreas moles a cor tem menor importância. Assim, são áreas duras, entre outras, as do trabalho, do mercado matrimonial e das relações com a polícia, e são áreas moles aquelas vinculadas basicamente ao domínio do lazer (como as artes, o esporte, etc.) e à religião.

Comentando essa distinção escreve Carlos Hasenbalg que em primeiro lugar aquilo que se chama “áreas duras – trabalho e mercado matrimonial – remetem o sociólogo para dois elementos cruciais do sistema de estratificação social: a família e o mercado de trabalho. É na complexa inter-relação família, educação e mercado de trabalho que se define o lugar que as pessoas irão ocupar na hierarquia social. É aqui que para uma maioria de negros e mestiços se estruturam as suas condições de exclusão e subordinação. (...) Por sua vez, as áreas moles do relacionamento, excluído o espaço das religiões cristãs, são as que alimentam formas antigas e novas de preconceitos e visões estereotipadas do negro”. O autor cita o antropólogo Livio Sansone, autor da distinção acima proposta, que diz que “a divisão cultural-racial funciona através de novas visões naturalizantes das diferenças de cor – associar à cor características psicológicas e culturais. (...) Na base desta distinção reside a idéia que ao negro pertence uma natureza diferente, mais genuína, natural, sensual, associada ao corpo e, para alguns, lúdica. O negro teria o que o branco deixou de ter: proximidade à natureza.” Ainda no tocante as relações raciais nas áreas moles, a aproximação do branco às manifestações da cultura negra (escolas de samba, carnaval, pagode, capoeira, umbanda, candomblé, etc.) acaba reforçando as imagens da cordialidade brasileira, da fluidez e brandura das relações raciais no Brasil.⁹

Assim, concordando com o Prof. Dr. José Borges Neto, Conselheiro Universitário Relator do processo que tratou das cotas para negros na Universidade Federal do Paraná, “a justificativa para as cotas para os estudantes negros na Universidade se prende à necessidade – urgente – de assegurar o acesso desse segmento da população à educação superior pública por meio de uma política compensatória das condições de desigualdade que enfrenta”.

Todo programa de cotas para ingresso nas Universidades deve ter uma nota de corte, para impedir que candidatos sem as mínimas condições de freqüentar uma universidade ocupem vagas. Essa medida revela-se fundamental para atender o art. 208, inciso V, que dispõe que o acesso ao ensino superior será mediante a capacidade de cada um. É razoável que a reserva de vagas ocorra apenas em uma segunda etapa do vestibular, em que as condições intelectuais mínimas de um universitário estejam preenchidas.

Assim, entre ampliar as chances daqueles que são excluídos da Universidade por não dispor de meios para vencer o processo seletivo geral, e não dar essa chance a essas pessoas, é proporcional que se opte pela segunda alternativa.

Portanto, em apertada síntese, tanto as cotas para alunos negros como para alunos egressos de escola pública, são medidas que estão em sintonia com a Constituição e revelam uma preocupação imediata de se reverter, a curto prazo e por certo período, os baixos índices de participação desses segmentos da população brasileira no ensino superior público e gratuito.

⁹ HASENBALG, Carlos. Entre o Mito e os Fatos: Racismo e Relações Raciais no Brasil. In: Maio & Santos (org.) *Raça, Ciência e Sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/CCBB, 1996, pp. 235-248.

3. DO DIREITO À INFORMAÇÃO E DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O direito à informação pode ser considerado um dos fundamentos do Estado de Direito. Nada é mais arbitrário e contrário ao ideal de democracia do que a sonegação de informação. A Constituição é clara ao dispor no art. 5º inciso XXXIII, que “todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Por sua vez, o Princípio da Publicidade dos atos administrativos, consagrado no art. 37 da CF, consiste no dever da administração de “agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. (...) A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, ‘não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade’”.¹⁰

Na hipótese que aqui se discute, a informação que o interessado quer obter refere-se a sua colocação no vestibular única e exclusivamente segundo as notas obtidas por todos os candidatos, ou seja, o interessado pretende a desconsideração da reserva de vagas e a resposta da Universidade se ele teria ou não sido aprovado caso não houvesse as cotas.

A primeira questão a ser enfrentada quanto ao direito acima referido é saber se ele é legítimo, ou seja, saber se a informação é de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral. Observe-se que a resposta a esse questionamento deve ser dada levando-se em consideração as regras do vestibular. Assim, a título meramente exemplificativo para efeito de análise, considera-se as regras do vestibular constantes do Edital nº 01/2004 do Núcleo de Concursos da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Segundo o art. 28 do Edital acima referido, “serão convocados para a segunda fase os candidatos melhor classificados na primeira fase em cada curso (independentemente de terem optado ou não pelas vagas de inclusão racial e social), em número de “N” vezes o número de vagas, assumindo “N” um dos seguintes valores, dependendo da relação candidato/vaga em cada curso”.¹¹

Se na primeira fase do vestibular todos os inscritos no curso estavam disputando as vagas com todos, na segunda fase ocorreu uma divisão entre aqueles que optaram pelas vagas de inclusão racial, os que optaram pelas vagas de inclusão social e os que se mantiveram na classificação geral. Não obstante a Universidade dispor da informação da classificação de todos os candidatos segundo o desempenho individual (art. 63 alínea b do Edital), a norma do parágrafo único do art. 63 do Edital dispôs que “apenas o relatório básico mencionado na alínea a) se destina a divulgação pública”, ou seja, apenas o relatório “organizado por curso, em ordem alfabética, contendo os nomes dos candidatos classificados até o limite de vagas do curso, sem menção de classificação ou de opção para as vagas de inclusão racial e social”.

¹⁰ Conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 617.

¹¹ N = 3, quando a relação candidato/vaga for igual ou inferior a 10; N = 4, quando a relação candidato/vaga for superior a 10 e inferior a 15; N = 5, quando a relação candidato/vaga for igual ou superior a 15 e inferior a 20; ou N = 6, quando a relação candidato/vaga for igual ou superior a 20.

O procedimento de divulgação do vestibular historicamente sempre ocorreu mediante a publicação dos aprovados, por ordem alfabética. Individualmente os candidatos recebiam ou poderiam pleitear o seu desempenho no vestibular, ou seja, o desempenho individual não era de divulgação pública. Com o programa de cotas essa sistemática passou a ser questionada em razão de que na lista divulgada ao público poderiam estar nomes com desempenho individual inferior a de outros candidatos. O preenchimento das vagas do curso se deu mediante a chamada dos aprovados na classificação geral e dos que optaram pelo programa de cotas sociais e raciais. Na hipótese das vagas sociais e raciais não serem totalmente preenchidas, foram convocados os classificados na chamada complementar, classificação essa que deu-se exclusivamente segundo o desempenho acadêmico dos candidatos em lista única, não mais operando a distinção entre aqueles que optaram ou não pelo programa de cotas.

A única razão que legitima o candidato, que se manteve na classificação geral, de querer ter acesso à lista geral por desempenho, sem menção ao sistema de cotas, é de questionar a constitucionalidade do programa de cotas, que sob o ponto de vista administrativo é completamente sem fundamento. A administração pode negar o pedido administrativo de acesso a lista geral em razão da falta de interesse do requerente. Note-se que, nesse caso, não se está descumprindo o art. 5º inciso XXXIII da CF, pois a informação (saber da listagem geral) não se refere a interesse particular, coletivo ou geral, mas refere-se a interesse alheio, de outrem, ou seja, saber quais foram os candidatos aprovados, supostamente com nota inferior a sua.

A administração até mesmo poderia fornecer a lista geral sem a identificação dos candidatos, apenas para informar o interessado qual seria a sua classificação caso não houvesse o programa de cotas. Mas isso seria um contra-senso, pois ela mesma estaria relativizando a legalidade de seus atos. Assim, é razoável que a administração indefira todo e qualquer pedido administrativo de acesso a listagem geral, tendo em vista que, sob a sua ótica, o programa de cotas é constitucional e, portanto, não é dado ao candidato o direito de saber da listagem geral, que contenha os nomes dos candidatos classificados segundo a ordem de desempenho.

Situação diversa é quando o candidato procura questionar judicialmente o programa de cotas mediante pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade da normativa da Universidade. O Juiz, para verificar o interesse de agir do postulante, necessita ter acesso à lista geral por desempenho para saber se, caso não houvesse o programa de cotas, teria ele sido aprovado no vestibular. A Universidade, nesse caso, até mesmo por se tratar de uma ordem judicial, não pode deixar de cumprir o mandado. No entanto, aqui, seria razoável a determinação para que a lista ficasse sob sigilo de justiça, pelos argumentos a seguir expostos.

4. DO DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA E DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A Constituição Federal garante no art. 3º inciso IV, a promoção de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Trata-se aqui da proibição da discriminação negativa, visto que nenhuma pessoa pode ter tratamento diferenciado que a coloque em pior situação em razão de sua origem, de sua raça, de seu sexo, etc.

O programa de cotas para ingresso em Universidades Públicas precisa atentar para o fato de que a política de discriminação positiva, autorizada pela Constituição em face das desigualdades reais (art. 3º inciso III), não se converta em mecanismo para a discriminação negativa, que é vedada pela Constituição (art. 3º inciso IV). A única forma de superar esse risco e evitar que uma medida, que visa integrar setores da sociedade, não se converta em fator de maior discriminação e intolerância social e racial, é conceber que o exercício dessa prerrogativa não é um privilégio, mas um direito legítimo. No momento em que houver a consciência de que os alunos que ingressaram na Universidade pelo sistema de cotas estão no exercício de um direito assegurado pela Constituição, toda política de cotas tenderá a ser vista positivamente. Infelizmente, no entanto, essa não é a realidade, pois são inúmeros os questionamentos que desaprovam essa medida pelas Universidades.

Assim, é extremamente salutar que a Universidade preserve a identidade dos candidatos e futuros alunos cotistas, para evitar a formação de guetos no ambiente universitário e, até mesmo, o sentimento de inferioridade daqueles que ingressaram pelo programa. A publicação dos aprovados em lista por ordem alfabética, bem como a negativa da Universidade no tocante aos pedidos administrativos de acesso a lista geral por desempenho, vêm atender essa finalidade.

Quando da solicitação da lista geral por desempenho pelo Poder Judiciário é prudente que a mesma permaneça em segredo de justiça, nos termos do art. 5º inciso LX da CF, ao dispor que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Note-se que a divulgação da lista com a identificação do cotista fere tanto o seu direito individual (fornecimento dos dados de seu desempenho individual a outrem), quanto o interesse social (não proliferação da discriminação negativa).

Essa matéria tem sido analisada pela Justiça Federal de Curitiba e as decisões estão divergindo quanto ao deferimento do pedido de segredo de justiça em quatro sentidos: (i) concedendo-o; (ii) negando-o, por não vislumbrar elemento discriminatório, (iii) negando-o, por não encontrar nenhum fundamento jurídico que possa ser sustentado quanto a eventual restrição a direito fundamental que a publicidade das informações pudesse acarretar e (iv) negando-o, por entender que a restrição ao princípio da publicidade deveria preceder de expressa autorização legal. Quanto ao primeiro sentido, pode-se fazer menção a decisão interlocutória no Mandado de Segurança nº 2005.70.00.004246-8, que acatou o pedido de segredo de justiça fazendo referência ao resguardo dos direitos dos candidatos arrolados na lista apresentada.

No segundo sentido, tem-se as decisões interlocutórias proferidas nos autos da Ação Ordinária nº 2005.70.00.005662-5 e do Mandado de Segurança nº 2005.70.00.004258-4, que entenderam que não havia razão para a não divulgação, tendo em vista que não haveria interesse público que o exigisse, uma vez a média obtida pelos cotistas não se situar em patamar tão distinto dos demais aprovados. Esse entendimento se sustenta no fato de que a divulgação das notas não seria um fator de discriminação. Aqui, talvez seja necessário pontuar que há, a rigor, uma distinção entre uma análise racional das cotas, ou seja, de que o processo implica em uma nota de corte e que é pequena, muitas vezes, a distinção de posições entre os candidatos, do efeito simbólico de

ingressar pelo programa de cotas e a receptividade que isso tem no meio social. É de se ponderar que, não obstante esse entendimento possuir certo fundamento, talvez deva prevalecer a concepção de que a proteção decorre do possível efeito discriminatório que pode haver contra aqueles que ingressaram pelo programa de cotas, ainda que com boas notas.

No terceiro sentido, estão decisões como a proferida no Mandado de Segurança nº 2005.70.00.003627-4: “A publicação da lista de aprovados unicamente por ordem alfabética, sem menção à classificação obtida pelos aprovados, conforme realizado pela UFPR em relação ao vestibular 2005 atenta contra a transparência que se espera (e se exige por lei) de um processo seletivo público, permitindo inclusive fraudes (o que não se acredita), sendo imperiosa a determinação no sentido de compelir a autoridade impetrada a fornecer tais documentos judicialmente”.

Esse entendimento chega a ir mais longe no raciocínio da ilegitimidade do programa de cotas afirmando, conforme se observa da decisão interlocutória nos autos aqui referidos, que “se a UFPR cria um sistema de cotas por entender que não revela qualquer afronta ao princípio da isonomia, não sendo discriminatória e tendo por finalidade a inclusão racial e social, não pode temer que a publicação dos nomes daqueles cotistas aprovados possa gerar o efeito que, por premissa, sustenta inexistir”¹². Por fim, consta ainda da decisão que “a lista de aprovados apresentada pela UFPR nestes autos, com menção expressa das notas (desempenho) obtidas por cada um dos candidatos aprovados no vestibular/2005, deveria, no entendimento deste juízo, ser disponibilizada a todos os que pretendessem a ela ter acesso, sem qualquer restrição, por se constituir em verdadeiro direito à publicidade assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, inciso LX, CF/88)”. A posição defendida nesse entendimento não reconhece a existência do direito à não discriminação, dando máxima vigência ao direito à informação e o dever de publicidade dos atos administrativos. Não se revela, por certo, o entendimento mais adequado, pelo contrário, pois ao não ponderar os direitos em jogo promove uma interpretação parcial do texto constitucional.

Quanto ao quarto entendimento, a Sentença proferida no Habeas Data de nº 2005.70.00.003003-0 dispôs que “se o acesso à informação algum estigma produz, é antes uma consequência mediata que se deve atribuir à própria política de quotas adotada pela UFPR, que não poderia ser implantada com previsão de exceção ao princípio da publicidade sem expressa autorização legal”. O direito à não discriminação não decorre da lei, mas da própria Constituição. Portanto, a restrição à publicidade está na própria Constituição. Por certo que essa restrição não tem um caráter abstrato e genérico, mas depende da análise do caso concreto. Na hipótese que aqui se discute, não há que se falar em lei para restringir o dever de publicidade, mas de uma interpretação que harmonize o dever de publicidade com o direito à não discriminação. Quanto à inconstitucionalidade da norma da Universidade que restringe a publicidade das listas, a mesma não tem procedência. É um equívoco imaginar que a Universidade dependa de lei formal do parlamento para disciplinar o ingresso por cotas em seu

¹² Nessa passagem há uma confusão entre discriminação negativa, vedada pela Constituição, e discriminação positiva, autorizada por ela.

vestibular, pelas seguintes razões: (i) por ser um entendimento que desprestigia, e muito, a instituição universitária e a forma como ela é democraticamente estruturada; (ii) em razão de tal entendimento não possuir fundamento na ordem constitucional vigente, visto que a restrição à publicidade se dá mediante o prestígio de um direito fundamental, o direito à não discriminação e, portanto, a norma da Universidade, nesse aspecto, não está criando direito novo, mas dando eficácia a um direito fundamental.¹³

Dos quatro entendimentos, aquele que concede o pedido de segredo de justiça é o mais adequado à proteção dos direitos fundamentais em jogo, ainda com mais fundamento se a decisão for liminar, uma vez o mérito da ação ainda não ter sido enfrentado e o deferimento de tal cautela não incorrer em nenhum prejuízo as partes.

Partindo-se do pressuposto que a política de cotas é constitucional, a não identificação do cotista não viola o princípio da publicidade ou priva os outros candidatos de acesso à informação. Trata-se de um direito do candidato e futuro aluno cotista de não ser discriminado. Assim, o candidato que queira saber o seu posicionamento geral para fins de propor medida judicial questionando a política de cotas, pode requerer em juízo que da informação prestada pela Universidade não conste a identificação dos candidatos, mas apenas uma lista com números, que perfeitamente atende a finalidade processual e preserva outros direitos fundamentais que merecem igual proteção. Caso o propósito seja verificar a idoneidade do processo seletivo, os que dele duvidarem podem utilizar-se do Ministério Público para auferir a lisura do processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, apresentam-se as seguintes considerações finais:

a) O programa de cotas para ingresso em Universidades Públicas é constitucional e ele tem por objetivo reverter, em curto prazo e por certo período, sempre sujeito a avaliações periódicas, os baixos índices de participação dos segmentos beneficiados no ensino superior público e gratuito;

b) O acesso à lista geral, por ordem de desempenho, deve ser administrativamente negado, para preservar a identidade dos candidatos cotistas. Em caso de determinação judicial para fins de questionamento da normativa da Universidade quanto a sua constitucionalidade, a lista deve permanecer sob segredo de justiça, como forma de preservar os direitos fundamentais em jogo;

¹³ A autonomia administrativa das Universidades é decorrência da autonomia didático-científica e pressuposto da autonomia de gestão financeira e patrimonial. Consiste, basicamente, no direito de elaborar normas próprias de organização interna, em matéria didático-científica, de administração de recursos humanos e materiais e no direito de escolher dirigentes. Segundo Nina Ranieri, “revestidas de tais atributos (e desde que emitidas validamente) as normas universitárias integram a ordem jurídica como preceitos de valor idêntico ao da lei formal na escala de suas fontes formais, e de idêntica hierarquia em relação às demais normas, gerais e especiais, que promulgadas com base no art. 24, IX, da Constituição Federal, disponham sobre matéria de cunho didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial, e cujo sujeito passivo sejam as universidades”. Seria uma exceção a competência normativa da Universidade caso o art. 208 inciso V da CF fizesse referência expressa a regulamentação por lei. A não referência não é sem propósito: “A competência para legislar sobre o que lhe é próprio tem por escopo a colmatação das áreas de peculiar interesse propositalmente não preenchidas pelo legislador (por determinação Constitucional), com vistas à consecução de seus objetivos institucionais”. RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da USP, 1994, pp. 124-125.

c) O Princípio da Publicidade dos atos administrativos não pode propiciar condições para a violação de direito fundamental como a vulnerabilidade à discriminação que a identificação dos candidatos cotistas pode acarretar;

d) O direito à informação pode ser compatibilizado com a não identificação dos candidatos cotistas, pois é direito do candidato saber informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, mas não informações de interesse de outrem.

6. BIBLIOGRAFIA

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HASENBALG, Carlos. Entre o Mito e os Fatos: Racismo e Relações Raciais no Brasil. In: Maio & Santos (org.) *Raça, Ciência e Sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/CCBB, 1996, p. 235-248.

JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil. Um Balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da USP, 1994.

SANSONE, Livio. *Negritude sem Etnicidade*. Trad. Vera Ribeiro. Salvador/Rio de Janeiro: Edufba; Pallas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.