

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Guilherme Diniz de Figueiredo Dominguez

Direito e desenvolvimento: as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras
sob a perspectiva da jurisprudência

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Guilherme Diniz de Figueiredo Dominguez

Direito e desenvolvimento: as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras
sob a perspectiva da jurisprudência

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Doutor Carlos Ari Vieira Sundfeld.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora:

No meio de tantas agruras e dúvidas que cercam um período de estudos e pesquisas como este que se encerra, havia sempre uma única certeza: a de que o resultado final de tanto esforço seria dedicado à minha esposa Letícia, meu grande amor e, mais do que isso, a companheira e estimuladora dos meus sonhos. Sem ela nada disso seria possível, com ela tudo fica mais doce.

Agradecimentos

Agradeço, antes de tudo, aos meus pais, Sebastião e Quintina, que constantemente me encorajam a estudar, evoluir e ir em busca de novos desafios, além de terem me ajudado com um cantinho em São Paulo durante a fase mais aguda dos créditos no Mestrado.

Agradeço também aos meus irmãos: Thales, Henrique e Letícia, que sempre me incentivaram a confiar muito em mim e no meu trabalho. E aos meus sogros, Leslie e Aldo, não só por terem cuidado da minha esposa grávida durante a minha reclusão para escrever esta dissertação, como pelas dicas, estímulo e recomendações que me transmitiram nesse processo, como professores natos que são.

Agradeço à equipe do meu escritório durante os anos de curso e na reta final desta dissertação, hoje representada pelas Dras. Lígia e Priscilla, pelo grande apoio durante minhas ausências em função das viagens para São Paulo.

Agradeço ainda aos amigos que me estimularam a ingressar no desafio do curso de Mestrado, me acolheram nos períodos de estadia em São Paulo, deram sugestões para aprimoramento da dissertação e não me deixaram esmorecer nos momentos de adversidade. Citar alguns nominalmente poderia me fazer cometer injustiças e eles sabem quem são, porém, ainda correndo esse risco, os agradeço nas pessoas da Teca e do Léo Di Cola, porque ambos se graduaram e concluíram o Mestrado junto comigo aqui na PUC/SP.

Agradecimento especial tributo ao meu orientador, Professor Carlos Ari Sundfeld, não só pelos ensinamentos que me proporcionou, no período de orientação e no crédito que cursei com ele, mas principalmente pelos questionamentos científicos que sempre me provocou a investigar.

Agradeço, por fim, aos funcionários da PUC/SP e colegas de crédito no Mestrado durante esses quase quatro anos, fazendo-o na pessoa dos Professores com quem tive o privilégio de ter aulas e aprender nesse período: Celso Antônio Bandeira de Mello e Dinorá Mussetti Grotti (ainda como ouvinte antes de ingressar no curso), Silvio Luis Ferreira da Rocha, Paulo de Barros Carvalho, Maria Helena Diniz e Márcio Cammarosano.

Resumo

Este trabalho é o resultado de uma pesquisa voltada a investigar possíveis correlações entre Direito e desenvolvimento a partir do estudo de um caso concreto: a implantação de ações afirmativas nas universidades federais brasileiras, especificamente por meio da reserva de vagas a minorias em seus vestibulares (cotas sociais e raciais), mas analisando a perspectiva da jurisprudência a respeito do assunto. O levantamento realizado tinha como objetivo examinar se essas medidas eram tidas como constitucionais pelos Tribunais Regionais Federais e pelo Supremo Tribunal Federal, se essas Cortes reconheciam tais medidas como políticas públicas ou ações afirmativas (e se esse fato as induzia a realizar um controle judicial mais pormenorizado desses programas). Adicionalmente, a pesquisa buscou estudar como se decide o conflito de competência entre o Poder Executivo (universidades) e o Poder Legislativo a respeito da necessidade ou não de lei específica autorizando a adoção de ações afirmativas pelas universidades e qual era a postura dos Tribunais no caso de existir pedido de implantação de ação afirmativa em virtude de omissão administrativa. Além desses aspectos pontuais, a hipótese maior que pautou a pesquisa cujos resultados ora se apresentam partia da premissa de que ações afirmativas são medidas de Estado voltadas à promoção da igualdade material com redução de desigualdades econômicas e sociais, visando o desenvolvimento nacional. Nesse contexto, examinou-se se esses elementos estavam presentes ou não nos debates judiciais estudados e qual era o peso que tinham na decisão dos magistrados. Constatou-se que, em número absoluto de decisões analisadas, as cotas são tidas como constitucionais, porém examinando-se o conjunto de decisões em cada região do País, percebe-se que o assunto está longe de alcançar um consenso, não havendo ainda pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Em geral, a jurisprudência valoriza a autonomia universitária na implantação de ações afirmativas, afastando o possível conflito de competência com o Legislativo e reconhecendo tais ações como políticas públicas (e em mais casos do que se supunha o próprio Judiciário fixou ou modulou tais políticas), embora isso não implique uma revisão judicial mais aprofundada desses programas, contemplando todos os seus aspectos. Para além da discussão a respeito da constitucionalidade dessas ações afirmativas, a pesquisa levantou uma série de outros problemas relacionados à sua aplicação, como, por exemplo, a ausência de uma padronização a respeito de quem pode ser considerado estudante egresso do ensino público para ser beneficiário das cotas sociais, o que sugere a necessidade de uma lei federal fixando diretrizes (*standards*) para implantação dessas ações pelas universidades federais. Todavia, o debate sobre a constitucionalidade dessas medidas é pautado por uma discussão a respeito da sua contribuição ou não para o desenvolvimento do País, não sendo o fundamento principal das decisões, mas um elemento fortemente presente no exame da questão.

Autor: Guilherme Diniz de Figueiredo Dominguez

Título: “Direito e desenvolvimento: as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras sob a perspectiva da jurisprudência”

Palavras-chave: Direito e desenvolvimento; políticas públicas; ações afirmativas; controle judicial; reserva de vagas; cotas sociais e raciais; autonomia universitária.

Abstract

This paperwork is the result of a research that intends to investigate possible relations between Law and development, based upon an empiric study of the affirmative actions implemented by the Brazilian federal universities, mainly by means of the reservation of enrollment slots to minorities on its admission exams (social and racial quotas), but through the perspective of Court's decisions on the matter. The research focused on the analysis of whether or not such affirmative actions were held constitutional by the Regional Federal Courts of Brazil and by the Brazilian Supreme Court. Also the research intended to verify if such Courts recognized these quotas as public policies or affirmative actions (and thus if this recognition made them adopt a more detailed judicial review of such programs). Furthermore the research intended to study how the apparent conflict between the Executive Branch (universities) and the Legislative Branch, on whether a specific law is needed in order to authorize the adoption of such affirmative actions, was settled and how Courts acted when called to impose affirmative actions in the event of an omission by the Executive Branch. In addition to these specific issues, and assuming that affirmative actions are State policies directed to assure equality and, thus, reduce poorness and prejudice, aiming to promote social development, the main purpose of the research was to examine if such elements were part of the judicial debate that was studied and what was its importance on the examined decisions. We have verified that, considering absolute numbers, the quotas affirmative action is held constitutional by Federal Courts in Brazil. But by analyzing the decisions in each region of the Country we have noticed that a consensus on the subject is far and that there is no precedent of the Brazilian Supreme Court on the matter. In general, the Court's decisions value university autonomy on the implementation of affirmative actions, recognizing that such attribution does not belong only to the Legislative Branch, assessing such measures as public policies (and eventually, in more cases than anticipated, establishing or modulating these policies), although this assessment does not imply a deeper judicial review of the quotas programs, examining all its aspects. Beyond the debate on the constitutionality of the studied affirmative actions, the research detected a number of other problems related to its application, such as, for instance, the lack of a general and common provision on who could be considered a student from a public school in order to benefit from the social quotas, what suggests the need for a federal law determining the guidelines (standards) in order for such affirmative actions to be adopted by the federal universities in Brazil. Nonetheless, the debate on the constitutionality of such policies is marked by a clear discussion on its contribution or not to the development of the Country and, although that is not the main issue discussed on the decision, it is a strong element on the appreciation of the matter.

Author: Guilherme Diniz de Figueiredo Dominguez

Title: "Law and development: the affirmative actions on Brazilian federal universities under the Court's perspective".

Keywords: Law and development; public policies; affirmative actions; judicial review; enrollment slots; social and racial quotas; university autonomy.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	09
II. DIREITO E DESENVOLVIMENTO.....	21
II.A. Breve contextualização e evolução histórica do debate sobre Direito e desenvolvimento.....	21
II.B. O conceito de desenvolvimento adotado para este trabalho e a relevância do estudo da matéria.....	30
III. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS.....	35
III.A. Contextualizando a expressão políticas públicas.....	35
III.B. O debate jurídico no Brasil sobre políticas públicas e seu controle judicial.....	37
III.C. As ações afirmativas como espécie do gênero políticas públicas.....	49
IV. O CASO DAS COTAS SOCIAIS E RACIAIS COMO CRITÉRIO DE INGRESSO NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS BRASILEIRAS.....	66
IV.A. Breve contextualização e evolução histórica da política de cotas sociais e raciais nas universidades federais brasileiras.....	66
IV.B. Os mecanismos de implementação de ações afirmativas nas universidades federais cujo questionamento judicial foi estudado.....	82
IV.C. O debate das cotas na jurisprudência.....	84
IV.C.1. Delimitação do objeto e da metodologia de trabalho da pesquisa.....	84
IV.C.2. A posição dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema.....	95
IV.C.2.1. A posição do TRF da 1ª Região.....	95
IV.C.2.2. A posição do TRF da 2ª Região.....	114
IV.C.2.3. A posição do TRF da 3ª Região.....	122
IV.C.2.4. A posição do TRF da 4ª Região.....	126
IV.C.2.5. A posição do TRF da 5ª Região.....	142
IV.C.3. As manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.....	149
IV.C.4. Outras vertentes jurisprudenciais passíveis de análise relativas à aplicação de ações afirmativas nas universidades federais.....	160
V. CONCLUSÕES.....	166
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	179
VII. ANEXOS.....	190

I. INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta foi elaborada dentro de uma linha de pesquisa voltada a estudar possíveis correlações entre Direito e desenvolvimento, no âmbito do Direito Administrativo, mas dentro da linha mestra do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP, hoje dirigida ao estudo da Efetividade das Normas Jurídicas.

Para tanto, definiu-se que o trabalho a ser elaborado se debruçaria sobre a investigação da possível correlação acima indicada na órbita do desenvolvimento social, realizando, ao mesmo tempo, um estudo empírico, voltado à análise da jurisprudência a respeito de alguma matéria em que ela pudesse ser examinada.

Esse estudo empírico, por sua vez, teria como premissa a verificação de como a jurisprudência examina conflitos de competência específicos que surgem hoje em decorrência do grande papel de intervenção na ordem econômica e social que foi atribuído ao Estado a partir do século XX.

Com efeito, dentro da miríade de formas possíveis de intervenção do Estado na economia e na ordem social (leis, decretos, atos normativos, decisões administrativas, fixação de políticas públicas, sentenças judiciais, dentre outras), é certo que hoje muito se discute sobre haver ou não uma área específica para atuação de cada função estatal (administrativa, legislativa e judicial) e como se resolvem as disputas de competência entre cada uma dessas funções (ou Poderes de Estado), bem como as disputas internas entre os órgãos de cada Poder (*e.g.* disputas entre agências reguladoras e ministérios no âmbito do

governo federal, disputas entre o Executivo e o Legislativo para ver a quem compete a regulação de determinados setores da economia, entre outras).

Dentro desse escopo, dois temas no debate sobre Direito e desenvolvimento social encontram-se hoje muito em voga no Brasil e no mundo.

Um toca a questão das chamadas políticas públicas, debate bastante recente em nosso País, que inicialmente foi rejeitado pela comunidade jurídica, mas atualmente experimenta aumento de interesse fundado na ampla utilização dessa expressão para designar uma gama de atos estatais (ou de ações estatais, melhor dizendo), notadamente aqueles voltados à efetivação dos chamados direitos sociais.

Política pública pode ser conceituada juridicamente? Se sim, qual o conteúdo e o alcance desse conceito? Sua instituição só pode ser feita pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelos dois poderes? Existe um campo determinado de matérias que pode (ou deve) ser objeto de políticas públicas? Se sim, esse campo se restringe ao da efetivação dos direitos fundamentais? Ou apenas à efetivação dos chamados direitos sociais? Existe um meio adequado para instituição de políticas públicas? O Judiciário pode exercer controle sobre políticas públicas? Em que termos? Apenas para dirimir controvérsias sobre sua legalidade ou conflitos de competência entre o Executivo e o Legislativo? O Poder Judiciário pode instituir ou criar políticas públicas? Só quando falamos em omissões administrativas e legislativas ou também nas hipóteses de normas constitucionais auto-aplicáveis?

Casos recentes foram vários em que esse debate ganhou força e repercussão, especialmente na jurisprudência, valendo mencionar, exemplificativamente, as discussões envolvendo a determinação judicial para abertura de vagas em escolas e creches por Prefeituras, também aquelas sobre o investimento percentual mínimo de orçamentos públicos de todas as esferas federativas de governo em áreas como Saúde e Educação; além das relacionadas ao dever de fornecimento pelo Estado de moradias, medicamentos e de tratamentos de saúde.

O outro debate que em nossa visão se relaciona ao tema do Direito e desenvolvimento, no âmbito da efetividade das normas de Direito Administrativo, envolve as chamadas ações afirmativas, usualmente objeto de políticas públicas orientadas para a promoção do desenvolvimento social.

Em apertada síntese, ações afirmativas são medidas de Estado (ou eventualmente da iniciativa privada) voltadas especialmente para a promoção da igualdade, por meio da redução de desigualdades oriundas da condição social, histórica, econômica ou pessoal (*e.g.* por sexo, cor da pele, etnia, deficiência física) dos agentes sociais.

Mas, afinal, as ações afirmativas promovem a igualdade ou acirram a desigualdade? Ideais de justiça e mérito são ou não sobrepujados pela adoção de ações afirmativas? Os preconceitos são estimulados? Qual a medida da desigualdade que pode pautar o *discrímén* implícito na adoção de uma ação afirmativa?

O simples elenco de algumas poucas questões relacionadas às discussões sobre os dois assuntos (políticas públicas e ações afirmativas) mostra que eles são, de fato, candentes. Todavia um debate mais seguro, produtivo e maduro só pode ser feito a partir da análise casuística de temas nos quais esses dois assuntos se encontrem.

No Brasil esse encontro já aconteceu, materializado no debate sobre as ações afirmativas implantadas por diversas universidades federais, especialmente aquelas que adotaram políticas de reserva de vagas para minorias em seus exames de seleção. E, como se tornou habitual em tempos modernos, o tema foi judicializado e, assim, está sendo enfrentado pela jurisprudência, palco ideal para a análise e discussão pragmática de matérias que, no campo hipotético, trazem tantas inquietações. E a discussão está bastante acirrada.

A partir da edição da Lei Federal nº 10.558/02, que institui o Programa Diversidade na Universidade, foi franqueada a possibilidade de que as universidades brasileiras, dentro da autonomia que lhes é assegurada pela Constituição Federal (cf. artigo 207, *caput*), implementassem medidas voltadas para “a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros” (cf. artigo 1º do referido diploma legal).

Exercendo essa prerrogativa, várias universidades federais passaram adotar ações afirmativas de estímulo ao ingresso de minorias nos seus quadros acadêmicos. E o fizeram mediante a expedição de atos administrativos no exercício de poder de organização interna e regulamentação dos seus processos de admissão, na maioria das vezes por resoluções dos

seus Conselhos Universitários, mas em outras até pelo próprio edital de convocação para os seus vestibulares.

A ação afirmativa mais adotada pelas universidades federais brasileiras foi a estipulação de percentuais de vagas em seus exames de ingresso que seriam, mais comumente, asseguradas aos melhores alunos oriundos de escolas públicas ou que se autodeclarassem negros ou ainda indígenas. Genericamente se diz que as universidades estabeleceram “cotas” para alguns alunos (“sociais”, no primeiro exemplo, “raciais”, nos exemplos seguintes e “sobrepostas” quando adotam a combinação dessas duas formas).

Muitos alunos que se sentiram prejudicados com a adoção desse critério ingressaram com ações na Justiça pleiteando sua aprovação no vestibular, pois teriam sido preteridos por alunos cotistas em função de critério que afirmam ser discriminatório. Por seu turno, em algumas regiões do País o Ministério Público ajuizou ações visando impor àquelas universidades que não adotavam política de cotas sociais ou raciais que passassem a fazê-lo.

Assim, a partir de um primeiro impulso oficial oriundo do Poder Executivo Federal, estabeleceu-se, por meio de política pública desenvolvida no âmbito da autonomia de cada uma das universidades federais, uma ação afirmativa de inclusão universitária que tem gerado alguns debates relevantes a respeito da eficácia dessas medidas, sua

constitucionalidade e legalidade, além de qual a sua real contribuição (ou não) para o desenvolvimento, especialmente social, do País¹.

Em linhas gerais, a discussão se coloca nos seguintes termos: os que são contrários às cotas afirmam, em essência e apenas sob uma perspectiva jurídica, que são violados o artigo 3º, inciso IV, artigo 4º, inciso VIII, artigo 5º, *caput* e inciso II, artigo 21, inciso XXIV, artigo 206, inciso I e artigo 208, inciso V, todos da Constituição Federal, que asseguram a vedação à discriminação estatal por qualquer critério, a igualdade formal e o princípio do mérito acadêmico mediante igualdade de oportunidades de acesso como premissa de ingresso no ensino universitário. Em muitos casos, observam também que não haveria lei formal autorizando a aplicação dessas medidas, que são usualmente criadas pelas universidades federais por resoluções aprovadas pelo Conselho Universitário dessas instituições, sendo que seria competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação.

Os contrários às cotas sustentam ainda, em argumento fora da seara jurídica, que a instauração desse tipo de ação afirmativa redundaria na criação de um racismo que não

¹ Além da questão das cotas estabelecidas nas universidades federais, mais recentemente uma outra ação afirmativa de inclusão universitária, esta determinada pelo Governo Federal, ganhou bastante visibilidade: o PROUNI (Programa Universidade para Todos). Criado pela Medida-Provisória nº. 213, de 10 de setembro de 2004, depois convertida na Lei nº. 11.096, de 13 de janeiro de 2005, esse programa concede bolsas em universidades particulares a estudantes que tenham condição econômica menos favorecida, sendo que uma parcela significativa dessas bolsas devem ser prioritariamente dirigida à negros, pardos e indígenas (cf. artigo 7º, inciso II, da Lei nº. 11.096/05). Embora seja uma ação afirmativa de inclusão universitária, na qual uma parte do benefício é concedida respeitando-se um critério de cotas, o PROUNI não pode ser tido como uma política pública dentro da concepção que se apresentará mais adiante, por não ter prazo determinado e nem metas claras, além de se tratar de imposição legislativa às universidades privadas. Logo, não será objeto da pesquisa que ora se apresenta, embora haja um julgamento sobre o tema no Supremo Tribunal Federal (STF) que será aqui referido em função de poder trazer reflexos futuros no julgamento da questão das cotas nas universidades federais especificamente, razão pela qual em alguns momentos se fará a menção ao PROUNI apenas a título ilustrativo.

se coaduna com a tradição brasileira em reconhecer a grande miscigenação que originou a formação do povo brasileiro, o que, com o passar do tempo, acabaria por tornar a sociedade brasileira dividida por um ódio racial que a dia de hoje não estaria presente.

Já os partidários das cotas afirmam, a partir dos mesmos dispositivos constitucionais acima ventilados, que a igualdade prevista na Constituição Federal é não só a formal, mas também a material, que se consubstancia na igualdade de oportunidades e não apenas na igual aplicação da lei. Asseveram ainda que, para isso, é necessária uma “discriminação positiva”, ou seja, a favor de minorias historicamente excluídas (e que não seria vedada pelo artigo 3º, inciso IV). Pregam que o mérito acadêmico não é prejudicado, até porque somente uma parte das vagas é reservada aos cotistas e isso não exclui o dever de que eles façam provas e obtenham pontuações mínimas. Defendem ainda que as ações afirmativas possuem raiz constitucional, inclusive a partir de tratados internacionais subscritos pelo Brasil sobre o tema, sendo plenamente possível o estabelecimento desse tipo de política diretamente pelas universidades considerando a autonomia constitucional de que desfrutam (cf. artigo 207, *caput*).

E advertem, fora do âmbito jurídico do debate e no que diz respeito às chamadas cotas raciais, que a “democracia racial” seria um mito há muito derrubado no País, uma vez que, sob as mais variadas perspectivas, mesmo entre os mais pobres, a situação de exclusão social e econômica dos negros, por exemplo, seria sempre pior no Brasil.

Esse acalorado debate já chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF)², porém, como se verá com mais vagar na parte final deste trabalho, lá a discussão está apenas começando e será intensa, tendo sido, inclusive, objeto de audiências públicas realizadas pela Corte para discutir o assunto³. Essas audiências foram convocadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em função de dois processos por ele relatados que versam o tema: o Recurso Extraordinário nº. 597.285/RS (questionando a política de cotas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e ao qual se atribuiu os efeitos da repercussão geral) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186/DF (questionando a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília – UNB).

Contudo, a discussão sobre a constitucionalidade das cotas para ingresso nas universidades já é muito mais intensa e de longa data nos Tribunais Regionais Federais (TRF's), que há algum tempo vêm examinando essa matéria, uma vez que foram as universidades federais em todo o país as pioneiras na adoção da política de cotas sociais e raciais para ingresso em seus quadros no exercício da autonomia que lhes é assegurada constitucionalmente⁴.

² Foram encontrados precedentes também do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que em nada interferem no debate principal que, de fato, é travado no âmbito do STF e dos TRF's, mormente em função da indiscutível natureza constitucional dos temas controvertidos. Tais precedentes versavam na verdade sobre questões processuais e, incidentalmente, os relatores optaram por externar opinião a respeito da matéria, reconhecendo inclusive que ela tinha natureza constitucional. São eles o REsp nº. 1132476 e a Medida Cautelar nº. 15623, ambos relatados pelo Ministro Humberto Martins, além do Agravo Regimental no REsp n. 1104484, relatado pelo Ministro Francisco Falcão.

³ As audiências foram realizadas entre os dias 03 e 05 de março de 2010 e sua repercussão pode ser examinada no <www.stf.jus.br>, que inclusive disponibiliza vídeos no serviço YouTube com a íntegra de todos os debates.

⁴ Em verdade, o pioneirismo efetivo é, usual e incorretamente, atribuído à Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), que já em 2002 implementaram a sua política de cotas (porém por força de lei estadual promulgada nesse sentido), seguidas logo depois pela Universidade de Brasília (UNB), que foi efetivamente a primeira a adotar tal política no exercício de sua autonomia universitária e não por imposição legislativa, conforme se tratará com maior profundidade no Capítulo IV.

O objeto da pesquisa que se apresenta com a vertente dissertação é, portanto, estudar o debate judicial sobre a política de cotas sociais e raciais nas universidades federais, no âmbito do STF e dos TRF's, com vistas ao exame de algumas hipóteses relacionadas ao eventual conflito de competência instaurado entre o Poder Executivo (universidades) e o Poder Legislativo, dentro do chamado controle judicial de políticas públicas, mas à luz de uma ótica que pretende averiguar se esse debate revela ou não um papel do Direito (por meio das chamadas ações afirmativas) como instrumento ou parte do desenvolvimento social do País.

Não se almeja com este trabalho a apresentação de um alinhavado jurídico a favor ou contra as cotas, embora a síntese dessa discussão seja tema de interesse do que aqui se irá apresentar, mas sim elucidar qual a natureza do debate que se trava nos Tribunais sobre o assunto e qual a perspectiva que nossas Cortes tomam ao examiná-lo.

Com efeito, é indiscutível que, modernamente, o estudo do Direito não pode se limitar a formulações teóricas sobre os temas que são seu objeto de interesse. A dinâmica da sociedade atual, bem como a crescente judicialização de uma gama enorme de assuntos, impõe ao cientista do Direito o dever de compreender o fenômeno jurídico na prática, examinando especialmente os critérios e processos de tomada das decisões judiciais, quem são os atores envolvidos (e porque se envolvem com o assunto), além de quais os reais interesses que movem os debates, que muitas vezes vão além das razões jurídicas e em outras, ao contrário, ignoram todas as dimensões jurídicas presentes em um conflito.

Assim, dentro dessa ordem de idéias, o que se pretendeu investigar na pesquisa cujos resultados ora se apresentam era se haveria (ou não) um posicionamento majoritário da jurisprudência a respeito da constitucionalidade (ou não) das cotas e também sobre o seu enquadramento como uma política pública de ação afirmativa, fato que, se confirmado, consubstanciaria uma validação judicial a conceitos que ainda são muito debatidos, juridicamente, pelos doutrinadores.

Em ambos os casos, a resposta foi positiva, ou seja, o entendimento majoritário (ao menos no âmbito dos TRF's) reconhece a constitucionalidade desse tipo de medida, inclusive a rotulando como uma política pública de ação afirmativa, implementada por cada universidade no exercício de sua autonomia assegurada constitucionalmente.

Mas, além disso, se investigou também de que maneira o Judiciário solucionava o aparente conflito de competência entre as universidades (órgão autônomos ligados ao Poder Executivo Federal) e o Legislativo, mormente quando se argüia a ausência de lei específica autorizando cada uma daquelas instituições a adotar ações afirmativas como a política de cotas.

Aqui, verificou-se uma deferência do Judiciário à autonomia das universidades, ainda mais considerando que, para a maioria dos julgados, se estava falando na efetivação de direitos extraídos diretamente da Constituição Federal, tornando absolutamente válido o exercício desse tipo de poder “regulamentar” ou “normativo” pelas universidades federais.

Porém, o dado curioso que a pesquisa apresenta é que se verificaram alguns casos em que o próprio Poder Judiciário estabeleceu uma política de cotas, a partir da não adoção desse tipo de ação afirmativa por algumas universidades federais no Brasil. Essa constatação contraria muito do que tem sido formulado teoricamente a respeito da medida de intervenção do Poder Judiciário nesse tipo de assunto, uma vez que, usualmente, o que se refere é que as políticas públicas podem ser controladas pelo Poder Judiciário durante sua formulação e execução. Nas hipóteses de omissão administrativa a intervenção judicial teria de ser mais parcimoniosa, sob pena de caracterizar um perigoso desequilíbrio em favor do Poder Judiciário dentro da tripartição clássica de funções do Estado.

Além dessas contribuições ao estudo do fenômeno jurídico na prática, um outro ponto relevante de investigação da pesquisa era voltado a analisar se há ou não uma visão da jurisprudência sobre desenvolvimento pautando o exame de políticas públicas instituidoras de ações afirmativas no ensino superior do País.

Como se viu no breve trecho desta Introdução que pretendeu sintetizar as linhas de argumentação jurídica existentes no debate sobre as cotas nas universidades, que serão mais bem aprofundadas adiante no trabalho, a partir dos mesmos dispositivos constitucionais as correntes de pensamento favoráveis e contrárias a esse tipo de ação afirmativa extraem as suas certezas incontestáveis ou as “únicas interpretações possíveis” sobre o assunto.

Em regra, o que se tem é uma discussão sobre princípios, seu alcance, extensão e conteúdo jurídico dentro de um caso concreto. Assim, é lícito supor que, além da interpretação jurídica (que a rigor é bem fundamentada adotando-se qualquer uma das duas

linhas de pensamento), os magistrados optem por encontrar outros elementos para reforçar sua decisão, não necessariamente elementos jurídicos.

O que se imaginou como hipótese era verificar se um desses elementos seria acolher a solução que parecesse ao julgador mais favorável ao desenvolvimento social do País, rejeitando ou legitimando as cotas a partir dessa concepção. Ou mesmo examinar se, ao apreciar a matéria e considerando a bem delineada argumentação jurídica de lado a lado, além das polêmicas que o assunto gera por si só, os julgadores se atribuíam e exerciam um papel como agentes do desenvolvimento. Aqui, o resultado foi surpreendente.

De se ressaltar que essa linha de investigação jurisprudencial nada tem de sociologia jurídica ou de estudo de questões meta ou extra-jurídicas, mesmo porque o artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. Não se diz no Texto Constitucional que isso seja primado do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. O que não se costuma fazer, de fato, é enxergar o Poder Judiciário como parte desse esforço.

Antes, porém, de se trazer as conclusões pormenorizadas a respeito do levantamento jurisprudencial que foi realizado (objeto do Capítulo IV deste trabalho), é pertinente tecer algumas brevíssimas considerações sobre os debates jurídicos em curso envolvendo Direito e desenvolvimento (Capítulo II), bem como políticas públicas e ações afirmativas (Capítulo III), além de indicar o porquê da relevância do estudo desses temas e detalhar como se desenhou a adoção da política de cotas no âmbito das universidades federais brasileiras, a fim de melhor contextualizar a presente dissertação.

II. DIREITO E DESENVOLVIMENTO

II.A. Breve contextualização e evolução histórica do debate sobre Direito e desenvolvimento

A atividade acadêmica, mormente quando pautada por critérios científicos, serve a dois propósitos: fomentar debates e produzir conhecimento. Em um mundo cada vez mais interligado, interdependente, fomentar debates e produzir conhecimento não é algo que se faça olhando para cada assunto ou cada área do conhecimento de forma isolada.

Um debate interdependente que não é tão novo assim no mundo e mesmo no Brasil, mas que só mais recentemente voltou a ganhar maior interesse, é aquele que pretende estudar as correlações existentes entre Direito e desenvolvimento, aqui entendido como o desenvolvimento social e econômico das nações.

Será que o Direito influencia o desenvolvimento de um país, de uma região ou mesmo de todo o planeta? Se sim, para o bem ou para o mal? Ele influencia mais o desenvolvimento econômico ou social? É possível se estabelecer a intensidade dessa influência e os mecanismos por meio dos quais ela se manifesta? Podemos falar na existência de Direito ao desenvolvimento?

A idéia do desenvolvimento como função primordial do Estado (ou como fim político dos países) ganhou grande robustez após a 2ª Guerra Mundial e a criação de

organismos multilaterais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Banco Mundial⁵.

Esses organismos começaram a dirigir uma série de estudos voltados não só a entender o fenômeno do desenvolvimento econômico, como também a elaborar e aplicar modelos que visavam tirar as nações subdesenvolvidas dessa condição.

Como lembra Fábio Nusdeo, essa dimensão política atribuída ao tema do desenvolvimento foi motivada por uma compreensão geral de que a continuidade da paz no planeta só seria possível com a superação, ou ao menos a atenuação, das desigualdades de renda e qualidade de vida tão discrepantes entre diversos países e regiões do globo⁶. E, evidentemente, com a manutenção da prosperidade das nações já desenvolvidas.

Nusdeo assevera ainda que o desenvolvimento econômico era “um estado rigorosamente excepcional na história dos povos”⁷, apontando que apenas vinte dos cem países que aderiram inicialmente à ONU poderiam ser vistos como desenvolvidos, além de ser um fenômeno geograficamente concentrado, pois a quase totalidade dos países nessa condição estava no Hemisfério Norte, em regiões específicas da Ásia, Europa e Américas.

⁵ Gilberto Marcos Antônio Rodrigues bem observa que: “A expressão Banco Mundial (World Bank) engloba mais de uma organização financeira. Aquela fundada em Bretton Woods, em 1944, é oficialmente denominada Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird). Além dela, há que se registrar a Corporação Financeira Internacional (CFI), criada em 1956; a Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), criada em 1960; e a Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos (AMGI). O conjunto destas organizações compõem o chamado Grupo Banco Mundial” (Cf. “A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais”, p. 204, in BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 193-216).

⁶ “Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas”, p. 11, in SALOMÃO FILHO, Calixto (coordenação). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24.

⁷ *Ibidem*, p. 11/12.

Contudo, esse não foi um processo marcado por consensos e seus resultados são até hoje bastante discutidos, especialmente no que toca à relação entre Direito e desenvolvimento, cujos primeiros estudos acadêmicos remontam à metade da década de 60 e foram marcados por dois paradigmas iniciais: a teoria da modernização e a teoria da dependência, como observam Kevin E. Davis e Michael J. Trebilcock⁸.

Em um primeiro momento, a agenda que pautou os estudos de Direito e desenvolvimento se confundia com a dos primeiros estudos de economistas e cientistas sociais sobre o tema do desenvolvimento (econômico, primordialmente), que se fiava na noção de que o progresso evolucionário seria, em última análise, fruto da implementação de ideais e instituições jurídicas como as do lado ocidental do planeta, consubstanciado essencialmente na definição do império do Direito (*rule of law*), como sintetizado por Brian Z. Tamanaha⁹.

Em outras palavras, para os adeptos da teoria da modernização, o subdesenvolvimento de uma sociedade tinha como causa principal as características ou estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais tradicionais (em oposição às modernas, daí o nome dado à teoria), o que se refletia nessas sociedades, impedindo seu progresso,

⁸ “A Relação entre Direito e Desenvolvimento: Otimistas versus Céticos”, in *Revista Direito GV São Paulo*, n.º. 5, p. 217-268, Jan-Jun 2009. Na verdade os autores observam que o interesse intelectual pela relação entre Direito e desenvolvimento remonta a pensadores do século XVIII, asseverando que mesmo autores como Montesquieu e Weber se interessaram por isso no contexto europeu, bem como desde o século XIX existiam estudiosos dos países desenvolvidos que muito se preocupavam com papel que o Direito poderia desempenhar no desenvolvimento econômico e social dos seus países. Contudo, a literatura norte-americana, embora a mais profícua no tema, costuma ignorar essas manifestações.

⁹ “As Lições dos Estudos sobre Direito e Desenvolvimento”, in *Revista Direito GV São Paulo*, n.º. 5, p. 187-216, Jan-Jun 2009. Ainda segundo o autor: “Uma descrição minimalista do império do direito exigiria apenas que o governo aceitasse e executasse as leis promulgadas pela autoridade política competente e tratasse seus cidadãos com o mínimo de dignidade, e que, além disso, haveria acesso a um judiciário, ou outras instâncias responsáveis pela tomada de decisões, de caráter justo e neutro (até o alcance possível) para atender às reivindicações e resolver disputas.” (Idem, p.197).

que só seria possível a partir de uma reforma jurídica que aproximasse os países subdesenvolvidos do modelo institucional e legal adotado pelos países já desenvolvidos.

Por seu caráter gritantemente etnocêntrico e pela ausência completa de demonstrações empíricas de que a simples transposição de modelos prontos para outras realidades transformava a realidade dos países subdesenvolvidos (além de, em muitos países que adotaram esse receituário, não se verificar melhora significativa em sua condição de subdesenvolvidos), com o tempo a teoria da modernização perdeu espaço.

Davis e Trebilcock registram que o grande marco do fim dessa primeira fase do Direito e desenvolvimento foi o artigo “Acadêmicos Auto-Alienados reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina `direito e desenvolvimento””, dos Professores David M. Trubek e Marc Galanter¹⁰, muito embora se reconheça que aquele artigo e o conseqüente declínio da teoria da modernização estivessem sendo fortemente impactados pela realidade interna dos Estados Unidos, que se debatiam em grandes contradições como exportadores de um modelo de desenvolvimento quando enfrentavam uma crise interna envolvendo a implementação de direitos civis e o fracasso na Guerra do Vietnã.

Uma segunda fase dos estudos de Direito e desenvolvimento, iniciada em meados da década de 70, com o colapso da teoria da modernização, teve como referência a teoria da dependência. Os seus adeptos sustentavam que a condição de subdesenvolvidos de alguns

¹⁰ David M. Trubek & Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wis. L. Rev.* 1062, 1075-76 (1974). Publicado em português como: TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento". In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro - textos selecionados de David M. Trubek*. São Paulo: Saraiva, 2009.

países era decorrência da sua condição periférica e de dependência das antigas metrópoles, dado o seu histórico de exploração e o fato de suas economias estarem essencialmente voltadas às exportações para aquelas metrópoles e importações de produtos das mesmas (os colonizadores de outrora).

Como nos lembra Tamanaha, a teoria da modernização entendia que fatores internos impediam os países subdesenvolvidos de se desenvolverem, ao passo que a teoria da dependência defendia que “as origens do subdesenvolvimento poderiam ser encontradas na história e na estrutura do capitalismo” (ou seja, em razões externas). Sendo assim, segundo o autor, “a imagem projetada pela teoria da dependência era a de um centro ocidental e uma periferia em desenvolvimento, em que a riqueza do primeiro é baseada na manutenção da última em um estado permanente de dependência e subdesenvolvimento”¹¹.

Porém, Tamanaha observa que, a despeito do grande poder argumentativo dessa visão - que reunia elementos políticos, históricos e sociais diferentes fornecendo uma única explicação singular sobre o fenômeno do subdesenvolvimento (inclusive originando um nacionalismo agressivo em uma série de países em desenvolvimento, notadamente na América Latina e na Índia) - a realidade acabava por desmistificá-la, dado o fato de que, a despeito de sua condição histórica, uma série de países subdesenvolvidos apresentava grande desenvolvimento econômico e industrial, em certos períodos da história com

¹¹ Ibidem, p. 198/199.

números de investimento e crescimento econômico superiores ao dos países dito desenvolvidos¹².

Com o desencantamento também dessa linha de pensamento, a temática do Direito e desenvolvimento experimentou uma grande diminuição de interesse, que voltou em uma terceira fase inspirada, como lembra David. M. Trubek, “na crença neoliberal nos mercados como motores do crescimento, numa profunda desconfiança do Estado e numa concepção do direito como ferramenta para possibilitar o ordenamento privado e refrear o Estado”¹³.

Para Davis e Trebilcock, a razão para essa retomada de interesse, especialmente pelo Direito nos países em desenvolvimento, teria também um outro motivo, relacionado mais diretamente ao que eles chamam de “Novo Constitucionalismo”, a partir de uma percepção de que a simples pregação pela diminuição do Estado (com crescimento dos mercados) não daria conta de todos os desafios sociais vivenciados pelas nações modernas, especialmente à luz das necessidades específicas dos países em desenvolvimento.

Com efeito, os autores registram que, entre 1989 e 1999, mais de 56% dos Estados-membros da ONU fizeram importantes emendas constitucionais, sendo que, dentre eles,

¹² Ibidem, p. 199. É interessante registrar que, para o autor, a maior contribuição que a teoria da dependência deu ao Direito, na medida em que por ser uma concepção de bases marxistas via o Direito apenas com conteúdo instrumental, foi a inspiração para o “Direito Internacional de Desenvolvimento” ou Direito ao Desenvolvimento. De fato, nas batalhas que se travavam sobre o peso da dívida dos países pobres aos países ricos, bem como sobre o histórico de iniquidades econômicas e sociais oriundas da colonização desses países, no fim dos anos 70, a ONU passou a emitir relatórios, resoluções e a organizar conferências que conclamavam por uma “Nova Ordem Econômica Internacional”, que seria acompanhada de uma nova concepção do Direito Internacional, que deixaria de ser um direito de coexistência, para se transformar em um direito de cooperação, voltado ao desenvolvimento de todos os povos e países (op. cit., p. 202/203).

¹³ “A coruja e o gatinho: há futuro para o `direito e desenvolvimento´?”, p. 217/218. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro - textos selecionados de David M. Trubek*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-226.

70% adotaram constituições inteiramente novas (Brasil incluído, cuja Constituição vigente é do fim de 1988).

Mais importante do que esse alto número de alterações constitucionais, segundo os autores, foi o fato de que, como consequência desse processo, 92 países (quase a metade dos integrantes da ONU à época), “incorporaram leis de direitos, direitos fundamentais ou alguma forma de direitos individuais e/ou coletivos aos seus regimes constitucionais” e “muitos países ratificaram tratados e convenções sobre direitos humanos”¹⁴.

Além do que, antes de 1989 apenas 10 (dez) dos países integrantes da ONU tinham algum sistema de revisão constitucional, com possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, proposta ou promulgada, por meio de um tribunal específico ou de tribunais em geral, número que pulou para 70 (setenta) países dez anos depois.

Ou seja, com a abertura dos ordenamentos jurídicos de vários países subdesenvolvidos a uma série de outros valores, as áreas de interesse para o estudo do Direito e desenvolvimento foram largamente ampliadas, ainda que, ironicamente, na maioria dos casos esses novos valores envolvessem a importação de temas de direito ocidental, como os direitos humanos, mas aqui sem grandes restrições como acontecia à época da teoria da modernização.

¹⁴ Ibidem, p. 225.

É curioso notar que tanto Tamanaha, como Davis e Trebilcock e também Trubek, acentuam que os esforços para realizar demonstrações empíricas da correlação entre Direito e desenvolvimento ou de que reformas jurídicas interferem no desenvolvimento dos países, são, em sua grande maioria, infrutíferos.

Entretanto, eles mesmos afirmam que isso não quer dizer que tais esforços sejam inválidos ou inúteis.

Tamanaha sintetiza oito grandes lições que ele acredita que a experiência do Direito e desenvolvimento já acumula em sua história¹⁵ e ressalta que essa permanente noção de crise que permeia o debate sobre o tema é motivada em parte por uma “tensão autodestrutiva” dos autores que versam o tema (que apontam críticas aos modelos teóricos formulados, porém sem apresentar uma agenda positiva visando a evolução do debate) e de outra parte pela impotência de se perceber que “o Direito não pode resolver por si só os

¹⁵ São elas, em transcrição integral que fazemos apenas da sua síntese pelo autor, por conterem objetividade muito bem-vinda para a explanação, fazendo-o em itálico apenas para destacar a transcrição literal das citações: **(i)** *A modernização é necessária, mas não suficiente, para o desenvolvimento econômico (...);* **(ii)** *A aparência de que um império do direito existe é proveitosa, mas não suficiente, para o desenvolvimento político (...);* **(iii)** *Além de tais mínimos, o Direito não é de importância primordial (...).* **(iv)** *A teoria da dependência estava parcialmente certa e parcialmente errada; a teoria da modernização estava equivocada em parte, e ainda é muito cedo para dizer se estava parcialmente certa; contudo, o império do direito é compatível com ambas (...);* **(v)** *Países em desenvolvimento irão se beneficiar - isto é, a qualidade de vida de seus cidadãos irá melhorar -, se desenvolverem suas próprias variantes do conteúdo mínimo do império do direito.* (aqui vale ainda observar que para o autor esse objetivo será sempre realizado imperfeitamente, logo, esse conteúdo mínimo deve envolver respeito às regras estabelecidas na arena política inclusive pelo governo, além da existência de um corpo jurídico ao qual recorrer, que seja marcado pela ética e neutralidade inclusive antes do grau de recursos); **(vi)** *O conteúdo mínimo do império do direito pode ser mais bem estabelecido por meio de esforços voltados ao desenvolvimento jurídico - isto é, à criação de instituições jurídicas e do corpo da doutrina jurídica (...);* **(vii)** *O trabalho dos teóricos de direito e desenvolvimento sempre foi substancialmente um reflexo das questões e das preocupações ocidentais (...);* **(viii)** *A teoria de direito e desenvolvimento, em particular, e estudos sobre direito e desenvolvimento, em geral, podem ser vistos, em grande medida, como uma discussão acadêmica do Ocidente, no mínimo no que se refere ao presente* (Ibidem, p. 208/210).

diversos problemas que confrontam os países em desenvolvimento”¹⁶, o que leva a maioria dos acadêmicos a se cercar de dúvidas quanto à relevância ou impacto desse trabalho. Para Tamanaha, provavelmente a única saída possível para sanar essa dúvida seja o empenho no trabalho concreto para obtenção de resultados nos países em desenvolvimento, como muitos teóricos do movimento tem feito.

Por sua vez, Davis e Trebilcock, entendem, em uma concepção um pouco mais otimista, que o debate hoje deve centrar-se não em se reformas jurídicas produzem ou não desenvolvimento (o que para eles tem indícios empíricos firmes e fundamentados em sentido positivo), mas sim em quais instituições são importantes para esse fim, tendo em vista os diversos substitutos informais que influenciam as decisões e processos de desenvolvimento nos países subdesenvolvidos. E, tal qual Tamanaha, exortam os pesquisadores do tema a aventurarem-se na sua nova fronteira de pesquisa, que “provavelmente pedirá uma análise muito mais trabalhosa e sensível ao contexto dos regimes jurídicos e instituições específicas (formais e informais) de determinadas sociedades e de suas reformas potenciais avaliadas em comparação com algum conjunto de objetivos amplos ou mais generalizáveis de desenvolvimento”¹⁷.

Assim, o que é, então, Direito e desenvolvimento? Trubek é quem apresenta uma síntese que, por sua precisão, justifica uma transcrição integral:

“Direito e desenvolvimento´ é uma idéia que define uma prática e molda a ação. A prática é o esforço autoconsciente no sentido de mudar o direito e as instituições jurídicas a fim de alcançar algum objetivo. Os fins buscados podem ser sociais: os esforços do direito e desenvolvimento podem estar

¹⁶ Ibidem, p. 210/211.

¹⁷ Ibidem, p. 255.

voltados a promover o crescimento econômico, preservar a liberdade individual, proteger a propriedade privada, garantir os direitos humanos ou fomentar a emancipação de grupos. Mas os objetivos podem incluir também valores jurídicos, como a garantia do devido processo e da proteção igual¹⁸.

A partir desse breve quadro, o que se verifica é que o esforço para compreender o Direito e desenvolvimento e suas possíveis correlações deve partir, quase sempre, de uma bem definida perspectiva a respeito de qual mecanismo de desenvolvimento se pretende investigar e a que tipo de desenvolvimento se está referindo, considerando as múltiplas teorias e possibilidades existentes sobre o assunto. É o que se passará a fazer a seguir.

II.B. O conceito de desenvolvimento adotado para este trabalho e a relevância do estudo da matéria

A despeito das colocações feitas anteriormente sobre o campo de pesquisa do Direito e desenvolvimento, para se compreender ou assumir uma linha de orientação a respeito dessa prática é importante que se tome uma definição do que se entende por desenvolvimento, ao menos.

Evidente que esse é outro debate que poderia justificar várias laudas para apresentar todas as vertentes possíveis de compreensão do fenômeno do desenvolvimento, relacionando-o às mais variadas facetas da atividade humana, da clássica avaliação do Produto Interno Bruto - PIB (ou da renda per capita, ou do índice de industrialização), até o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)¹⁹ avaliado pelas Organizações das Nações

¹⁸ “A coruja e o gatinho: há futuro para o `direito e desenvolvimento`?”, p. 217.

¹⁹ Cf. <<http://hdr.undp.org/>>.

Unidas (ONU), passando pelo mais recente (e não menos inusitado) Índice de Felicidade Interna Bruta (FIB) do Butão²⁰. Poder-se-ia falar de desenvolvimento econômico, social, ambiental, tecnológico, dentre outros.

Para os fins deste trabalho, que pretende estudar correlações entre o Direito e o desenvolvimento no campo da regulação social por meio de ações afirmativas, tomamos como base a perspectiva defendida pelo Professor Amartya Sen, no sentido de que “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”, pois como assevera o economista:

“Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os *fins* que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos *meios* que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou intervenção excessiva de Estados repressivos”²¹.

Sen sustenta que a centralidade da liberdade substantiva dentro do contexto do processo de desenvolvimento tem duas razões, uma avaliatória e outra da eficácia. Para o autor, só é possível avaliar a existência de progresso se houver aumento das liberdades dos indivíduos (razão avaliatória), em detrimento de abordagens tradicionais meramente

²⁰ Felicidade Interna Bruta (FIB) é um indicador sistêmico desenvolvido no Butão, um pequeno país do Himalaia. O conceito nasceu em 1972, elaborado pelo rei butanês Jigme Singya Wangchuck. Desde então, o reino de Butão, com o apoio do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), começou a colocar esse conceito em prática e atraiu a atenção do resto do mundo com sua nova fórmula para medir o progresso de uma comunidade ou nação. Assim, o cálculo da “riqueza” deve considerar outros aspectos além do desenvolvimento econômico, como a conservação do meio ambiente e a qualidade da vida das pessoas, inclusive sob a perspectiva do desenvolvimento da sua espiritualidade (cf. <www.felicidadeinternabruta.org.br> e <www.felicidadeinternabruta.blogspot.com>; acesso em 30.11.2009).

²¹ *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17. Nesse mesmo sentido é a leitura de David M Trubek: “Em anos recentes, no entanto, a idéia de desenvolvimento expandiu-se. Crescimento e equidade permanecem, mas o desenvolvimento tem sido definido de modo a incluir metas como o alívio direto da pobreza, emancipação das mulheres, proteção das minorias, liberdade política, acesso à justiça e segurança jurídica” (“A coruja e o gatinho: há futuro para o `direito e desenvolvimento`?”, p. 221).

informativas, como renda real e utilidade²². Por outro lado, a liberdade não é apenas um parâmetro de avaliação de êxito ou fracasso, pois a materialização do desenvolvimento depende completamente da livre condição de agente das pessoas, já que quanto maior for a liberdade de que desfrutam, maior seu potencial de cuidar de si mesmas e de influenciar o mundo (razão da eficácia)²³, fatores essenciais para o desenvolvimento.

O economista indiano assevera que dentro da ótica do “desenvolvimento como liberdade”, existem cinco tipos diferentes de liberdades que ajudam a promover a capacidade geral de uma pessoa e que podem ser estimuladas por políticas públicas, mediante a promoção individualizada ou inter-relacionada de tais liberdades, são elas: *(i)* liberdades políticas; *(ii)* facilidades econômicas; *(iii)* oportunidades sociais; *(iv)* garantias de transparência e *(v)* segurança protetora²⁴.

²² Para comprovar sua teoria, Sen faz uma série de demonstrações comparando, por exemplo, a expectativa de vida média de um norte-americano negro, com a expectativa de vida média de um cidadão norte-americano branco e cidadãos de países como a China, a província indiana de Kerala, o Sri-Lanka e a Jamaica. Mesmo em idades avançadas, excluindo a questão da violência que aflige os jovens, o fato é que praticamente 85% dos brancos norte-americanos chegam aos 75 anos, ao passo que esse número é de pouco mais de 65% entre os negros e de quase 75% na China e na província de Kerala. A partir de uma perspectiva de PIB per capita, não haveria como discordar que os EUA são mais desenvolvidos do que os três países citados. Porém, considerando a expectativa de vida, que no fim é o tempo que se teria sobre a Terra (qualidade vida), há que se discutir qual país seria mais desenvolvido. E mesmo se, diante dos números referentes aos afro-americanos, é possível se reconhecer os EUA como um país plenamente desenvolvido. O mesmo tipo de exemplo é usado comparando-se os níveis de desemprego nos EUA e na Europa Ocidental, muito maiores no segundo caso, contudo, sendo discutível o desamparo dos desempregados daquela região dado os sistemas de ajuda a desempregados dos países europeus e a ampla proteção do sistema de saúde da qual desfrutam, em oposição à ética social americana que repudia o assistencialismo e no qual mais de 40 milhões de pessoas não tem cobertura completa de saúde. Essa é a razão pela qual Sen sustenta que para se aferir o desenvolvimento devem ser examinadas as cinco diferentes liberdades que ele sistematiza, uma vez que, isoladamente, dados como os aqui exemplificados denotariam que a China e a Jamaica são países desenvolvidos (ou mais desenvolvidos que os EUA, por exemplo), o que não se confirmaria se examinássemos o grau de liberdades políticas de que desfruta o povo chinês, por exemplo. Da mesma forma, é por essa razão que a pobreza, na concepção de Sen, não pode ser compreendida apenas como baixa renda, mas sim como privação de capacidades (ibidem. p. 35/38 e 109/122).

²³ Ibidem, p. 18 e 32/33.

²⁴ Ibidem, p. 25.

Políticas públicas voltadas à realização de direitos sociais (seja ou não por meio de ações afirmativas) são evidentemente opções feitas pelos agentes e órgãos de Estado visando à expansão das liberdades e possibilidades dos seus cidadãos, tendo como finalidade a redução de desigualdades sociais. A partir das lições de Amartya Sen elas se voltam especificamente à expansão das assim chamadas *oportunidades sociais*, que se relacionam diretamente ao acesso à saúde, educação e emprego.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici, tornando jurídica a definição adotada pelo Professor Sen, em observação que pela clareza justifica sua transcrição literal, assevera que:

“(...) o elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização para todo o povo dos direitos humanos de caráter econômico, social, e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação, em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação e o direito de fruição dos bens culturais”²⁵.

É a partir dessa perspectiva do desenvolvimento como expansão das liberdades de que gozam os indivíduos, aliada à crença de que o estudo da jurisprudência do tema das ações afirmativas por meio de cotas nas universidades pode trazer importantes interações no campo do Direito e desenvolvimento, que se extrai a relevância do presente trabalho.

Com efeito, um dos objetivos deste trabalho (e possivelmente o mais importante) é, justamente, avaliar se os Tribunais, dentro da perspectiva de desenvolvimento aqui apresentada, examinam as cotas sociais e raciais como critério de ingresso nas universidades federais sob essa mesma ótica. Ou seja, se pretende examinar se, principalmente quando autorizam a manutenção das cotas, os magistrados reconhecem que

²⁵ *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 108.

isso representa um processo de expansão das liberdades individuais, por meio da concretização do princípio da igualdade ou mediante uma expansão de oportunidades sociais.

Ainda que eventualmente essa discussão não seja tão explícita, se tentará examinar se, no curso dos litígios envolvendo o tema das cotas nas universidades federais, os magistrados, além de discutirem a constitucionalidade ou não das ações afirmativas, debatem também se essas ações são importantes, necessárias, impeditivas ou indiferentes para o desenvolvimento do Brasil. Ou mesmo se não há qualquer debate a esse respeito, o que seria, na pior das hipóteses, apenas mais um indicador de que, nessa matéria, não é possível se estabelecer qualquer correlação entre Direito e desenvolvimento.

III. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS

III.A. Contextualizando a expressão políticas públicas

O tema políticas públicas é atual e está em debate não só no Brasil, mas em todo o mundo, sendo que ele é versado nos Estados Unidos desde os anos 30 quando H.D. Laswell introduziu a expressão “*policy analysis*”, buscando uma maneira de reunir conhecimento científico e acadêmico à produção empírica dos governos²⁶.

Por ser um assunto no qual o Direito se encontra destacadamente com a Política, requer alta dose de cuidado no seu enfrentamento, além de envolver expressões idênticas que possuem uma série de significados distintos.

Com efeito, justamente na origem da expressão (em inglês), a intenção era distinguir o “*politics*” do “*policy*”, pois, naquele idioma, a primeira se relaciona à atividade política em sentido amplo e a segunda aos programas governamentais, sendo que, no Brasil, “política” é expressão que pode se referir tanto à atividade partidária ou institucional entre os Poderes, como a ações governamentais ou privadas voltadas a uma determinada finalidade (e.g. política agrária do Governo A ou política de contratação de pessoal pela empresa B).

²⁶ In *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland, Meridian Books. 1936/1958, *apud* SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*, Sociologias [online]. 2006, n.16, pp. 20-45. Acesso Scielo em 28.02.2010, p. 21.

Para além da crítica primeira que se faz no Brasil a respeito da aparente redundância da expressão “políticas públicas” (por ser a política, na primeira conotação acima referida, tratada na esfera pública e voltada, ao menos em tese, à realização do interesse público)²⁷, o fato é que o conceito no Brasil é equívoco.

Isso não só se tomarmos os exemplos acima indicados, mas também a Constituição Federal, na qual há uma série de usos diferentes para a expressão “política” isoladamente, o mesmo valendo para a legislação infraconstitucional²⁸.

Mas a idéia central que preside a organização de um campo do conhecimento sob o rótulo de “políticas públicas” é a de entender e debater como os governos agem e para que eles agem, como observa Celina Souza:

“A política pública enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Nos EUA, ao contrário, a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos”²⁹.

²⁷ Essa crítica não leva em conta que política pública, muitas vezes, é uma expressão usada apenas como o contrário de política setorial, por exemplo, que ainda que persiga um interesse que é reconhecido pelo governo como relevante (*e.g.* isenção de impostos para um dado setor da economia com o fim de manter o nível de atividade econômica e emprego), beneficia diretamente grupos específicos, ao passo que a política pública, nesse contexto, é aquela sempre voltada à coletividade como um todo.

²⁸ Na Constituição Federal, temos, exemplificativamente, o artigo 182, *caput*, que fala da política urbana; o artigo 187, da política agrícola; o artigo 175, parágrafo único, inciso II refere-se à política tarifária dos contratos de concessão e o artigo 196, que fala do direito à saúde, registra que ele deverá ser garantido por meio de “políticas econômicas e sociais”, elencando em seguida as finalidades que deverá perseguir. Já na legislação infraconstitucional (e ainda exemplificativamente) temos a Lei nº. 11343/06, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e a Lei nº. 6938/81, que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente.

²⁹ *Políticas públicas: uma revisão da literatura*, p. 21/22.

A mesma autora observa ainda que existe um pressuposto analítico que pautou toda a elaboração e consolidação dos estudos sobre tema. Esse pressuposto é no sentido de que, nas democracias estáveis, aquilo que os governos fazem, bem como o que deixam de fazer, pode ser formulado cientificamente e estudado por pesquisadores independentes³⁰.

Assim, ainda que originada de outro campo do conhecimento e bastante controvertida quanta à possibilidade de uma conceituação jurídica, o fato é que a expressão políticas públicas está hoje impregnada no debate político e jurídico do Brasil. E, especialmente no debate jurídico, o tema que mais chama a atenção é o da possibilidade e eventuais limites do seu controle judicial.

III.B. O debate jurídico no Brasil sobre políticas públicas e seu controle judicial

Dentro de um Estado Democrático e Social de Direito, mais ainda no contexto de uma Constituição dirigente como a brasileira, existe uma constitucionalização de demandas e objetivos que devem ser levados em consideração pelo administrador público, independentemente do programa de governo seguido (ou sugerido) pelo partido A ou B, bem como pelo governante X ou Y.

É à efetivação dessas demandas que mais comumente se aplica hoje o conceito de políticas públicas no Direito brasileiro.

³⁰ Ibidem, p. 22.

Curioso registrar que esse tema remonta às discussões de planejamento dos anos 50/70, mas é fato que a própria Constituição Federal (conforme artigo 165, § 1º e 2º, por exemplo), bem como a legislação infralegal (artigo 2º, da Lei nº. 4320/64), prevêm formas de planejamento e elaboração de *políticas* pelo Governo.

O que se discutiu por alguns anos era se essas atividades caracterizariam ou não os chamados atos de governo, que não seriam passíveis de controle pelo Poder Judiciário, porque exercidos dentro de uma competência política que não poderia ser contrastada, sob pena de violação do princípio democrático e republicano.

Além disso, a eleição de prioridades pelo administrador ou pelo legislador, com vistas aos objetivos e finalidades almejados por meio de uma política pública (bem como a respeito do melhor momento e mecanismo para sua efetivação) é tema em muito relacionado ao exercício de competência discricionária, na qual a partir de certos parâmetros é lícito ao aplicador ou intérprete fazer a escolha que entenda mais conveniente e oportuna.

Com o tempo, concluiu-se que, dada a raiz diretamente constitucional de tais políticas e o fato delas representarem o resultado final de um processo administrativo, era cristalina a possibilidade de seu controle judicial, especialmente sob o ponto de vista da adequação dessas medidas aos comandos constitucionais ou legais relacionados à matéria que ela viesse a regular, bem como sob a perspectiva da validade dos mecanismos usados para sua criação ou implementação (*e.g.* leis e atos administrativos). Isso não

consubstanciava nenhuma novidade, mesmo porque também na doutrina existia um consenso de que o exercício da competência discricionária podia ser controlado pelo Poder Judiciário³¹.

As preocupações e a utilização mais comum da expressão políticas públicas hoje no Brasil estão relacionadas àquelas ações estatais voltadas à realização de direitos sociais³², mediante a efetivação concreta desses direitos (com a construção de casas populares ou distribuição de medicamentos, por exemplo), ou por meio da elaboração de normas que visem à efetivação desses direitos (*e.g.* criação do Estatuto do Idoso - Lei 10.741/2003 - marco legal da política pública relacionada à terceira idade).

Em função disso, políticas públicas podem efetivar direitos ou eleger prioridades, o que estabelece como um dos seus traços inegáveis a coordenação entre Legislativo e Executivo, sendo certo que, com a judicialização dos conflitos oriundos desse tema, também o Judiciário passa a ter um papel relevante nos debates sobre a matéria.

Não existe um conceito jurídico consensual sobre políticas públicas e, na verdade, nem todos os autores que tratam o tema se propõem a vencer esse desafio. Eros Roberto Grau, por exemplo, elaborou um conceito bastante amplo, asseverando que a expressão política pública deve partir da “(...) pressuposição de uma bem demarcada separação entre

³¹ Confira-se a esse respeito, por todas, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, 17ª Edição, p. 841-875.

³² Nesse sentido é o entendimento de FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47. APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.142-147 (este autor assevera que são duas as modalidades de políticas públicas: as econômicas e as sociais, estas voltadas à efetivação dos direitos sociais). FIGUEIREDO, Marcelo. “O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral”, p. 107-136, Revista Trimestral de Direito Público nº. 48/2004, p. 107.

Estado e sociedade (...)” e, assim, “(...) designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”³³.

Seguindo essa ordem de idéias, porém de forma mais aprofundada, Fábio Konder Comparato quando trata do tema bem observa que existe uma primeira distinção de ordem negativa a ser feita quando se fala de uma política como programa de ação. Segundo ele política pública “(...) não é uma norma, nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte das suas reflexões, desde os primórdios da *jurisprudencia romana*”.

Ainda segundo Comparato, porém, essa distinção não elide o fato de que as políticas públicas acabam por englobar atos e normas como seus componentes. Para o autor: “(...) a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”³⁴.

Realçando o fato da política pública ser não só uma atividade estatal, mas principalmente um processo, o que torna importante os meios utilizados e os fins por ela colimados a fim de se estabelecer seu traço distintivo, Maria Paula Dallari Bucci apresenta uma definição que, por ser bastante didática, justifica sua transcrição integral:

³³ *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 21.

³⁴ “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, p. 352/353. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Vol. 2. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 343/359. Interessante registrar também que na seqüência do seu raciocínio o Professor Comparato ressalta que “O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado `ato de comércio’) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia”.

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”³⁵.

O que se extrai em comum das definições aqui colacionadas é que política pública é uma ação estatal marcada pela indicação de alguns traços distintivos, quais sejam, os princípios que ela deve seguir, os meios utilizados para sua implantação e os recursos que a ela serão alocados, as competências e deveres dos envolvidos na sua formulação e execução (bem como a forma de organização e gestão durante a sua implementação), além, principalmente, dos fins e objetivos daquela ação, cujos resultados deverão ser aferíveis no tempo.

Extrai-se também que qualquer política pública deve ser precedida de um *plano*, por meio do qual se estabeleça, empiricamente, com dados e avaliações, quais os objetivos a se alcançar e o seu tempo de duração (além de períodos de avaliação), sendo o estágio seguinte o da elaboração do *programa*, que consiste na repartição das competências, meios e recursos que redundarão na *ação*, propriamente dita.

Disso decorre que uma política pública pode ser controlada formalmente e finalisticamente. Ou seja, uma política pública pode ser inconstitucional pelos fins que visa perseguir, como também pode ser inconstitucional em função dos meios adotados para sua

³⁵ “O Conceito de Política Pública em Direito”, p. 39. In BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 01-49.

implementação. Valendo registrar, nessa mesma ordem de idéias, que uma só ação governamental não é política pública e nem todo programa governamental necessariamente o é.

E isso não quer dizer que essas outras ações estatais não são importantes. Tome-se como exemplo os descontos em ingressos para espetáculos e eventos culturais que são oferecidos a estudantes. Essa medida nasceu como uma pressão isolada de alguns setores da sociedade (no caso específico a União Nacional dos Estudantes – UNE), que foi cooptando governos estaduais e obtendo aceitação a essa idéia, por meio de legislação específica iniciada de forma controvertida, em alguns Estados, depois estendendo o benefício também a doadores de sangue, professores, policiais, ex-atletas e outros³⁶.

Em função de não ter um programa claro e nem metas definidas, esse benefício não pode ser reconhecido como uma política pública, e, talvez até por isso, não se iniciou de forma coesa, porém hoje é uma ação estatal que tem uma finalidade relevante (acesso a bens culturais) e, com o passar do tempo, alcançou uma certa padronização. Mas seria um anti-exemplo com relação ao que foi versado acima a respeito do conteúdo jurídico de uma política pública.

De todo modo, o controle judicial de políticas públicas apresenta duas ordens de problemas, uma ligada à teoria geral do direito: políticas públicas são uma categoria

³⁶ Sobre o tema confira-se NOVIS, Mariana. “A meia-entrada no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia -RDPE*, ano 6, nº. 23, julho/setembro 2008, p. 215-240.

jurídica nova ou nova sistematização de antigas categorias a partir da abertura do Direito para diferentes áreas do conhecimento?

A outra relacionada a uma fricção no princípio da separação de poderes (artigo 2º, da Constituição Federal), dado o conflito que exsurge quando um juiz (que não é eleito) e deve examinar os casos que lhe são apresentados à luz da Constituição e da Lei, toma uma decisão, muitas vezes substituindo a vontade do legislador ou do administrador, sem fazer a apreciação sistemática que é feita por ambos, que são eleitos democraticamente justamente para considerar todas as necessidades que devem ser atingidas por uma ação governamental, sendo tecnicamente mais aptos e melhor amparados para estabelecer a alocação ideal dos recursos públicos disponíveis e conciliar também o interesse daqueles que podem ser prejudicados com uma medida e com ela não estão diretamente envolvidos.

Com relação à primeira ordem de problemas devemos ter presente a lição de Maria Paula Dallari Bucci, no sentido de que “O trabalho de delinear um conceito só se justifica se agrega algo novo à capacidade de compreensão dos fenômenos tratados pelo conhecimento estabelecido”³⁷.

Em que pese reconhecermos que, na verdade, está a se tratar de uma nova forma de organização de categorias já existentes, isso não quer dizer que esse novo arranjo não traga repercussões diferentes a respeito de velhos problemas, especialmente no que toca os mecanismos de controle judicial dessa nova categoria.

³⁷ Ibidem, p. 38.

Logo, parece interessante a tentativa de apresentar um conceito de política pública, na medida em que a partir dele se poderá verificar se uma discussão judicial refere-se ou não a atos estatais colocados sob esse rótulo e se, ao controlá-los, o Poder Judiciário está fazendo a apreciação da integralidade dos elementos envolvidos na formulação ou na execução de uma dada política.

Política pública é, então, uma ação estatal composta de atos e normas jurídicas, dos quais deve ser possível extrair os princípios, meios, recursos, competências, deveres, forma de organização e gestão, além dos fins e objetivos daquela ação, prioritariamente dirigida à implementação dos direitos sociais constitucionais, cujos resultados deverão ser aferíveis no tempo.

De qualquer sorte, ainda que se tenha presente essa noção aglutinadora de ação (ou atividade), a verdade, como se disse, é que o debate sobre o controle judicial das políticas públicas é um debate sobre o controle de atos estatais do Executivo e do Legislativo, embora sistematizados de uma outra forma. E nesse debate sempre será controvertida a medida de intensidade da intervenção possível pelo Poder Judiciário, ainda que seja função típica do Poder Judiciário justamente a revisão dos atos dos outros Poderes.

Em muito, como já se observou antes, o debate sobre o controle judicial das políticas públicas importa problemas que já foram largamente discutidos na questão do controle do assim chamado *mérito* dos atos administrativos, expedidos no exercício de competência discricionária.

Entretanto no caso da política pública há uma especialidade. De fato, por ser uma política (conjunto de medidas), planejada (com prazos, programas e objetivos) e baseada em levantamento de dados, muitas vezes fruto de anos de pesquisas ou de uma série de audiências públicas sobre o assunto objeto da política (por exemplo), o seu controle judicial não pode ser tão voluntarista quanto o de atos isolados expedidos pela Administração Pública ou de leis editadas pelo Poder Legislativo.

Assim, os elementos usados para o controle da política pública são diferentes e seguramente mais complexos do que quando versando sobre atos isolados. A rigor, quando examina uma política pública o Poder Judiciário não realiza só um controle de atos à luz da lei ou de uma lei à luz da Constituição, mas sim de todo um sistema, envolvendo os mecanismos de implementação, o núcleo total daquela política, os critérios por ela adotados, ou seja, todo o seu conjunto (que teve início com a eleição de uma prioridade que não poder desconsiderada e substituída açodadamente pela opção do julgador), logo, é evidente que a apreciação judicial das políticas públicas deve ser enxergada com um nível de complexidade maior.

E aqui, falando da segunda ordem de problemas dantes referida, é indiscutível a possibilidade de intervenção do Judiciário, até mesmo por determinação constitucional (artigo 5º, inciso XXXV).

O que deve ser sopesado, contudo, é sempre a magnitude dos valores constitucionais e legais envolvidos e, especialmente, todos os aspectos relacionados aos efeitos da decisão judicial que examina uma dada política pública. Temas como custos dos

Direitos, reserva do possível e legitimidade democrática na escolha de prioridades³⁸ sempre devem ser avaliados pelos magistrados e apreciados de forma explícita na motivação das decisões que examinem essas medidas.

Entretanto, essa avaliação deve levar em conta a observação de Patrícia Helena Massa-Arzabe, no sentido de que o tema das políticas públicas é direito prospectivo, não retrospectivo, cuida de normas e condutas, mas também de diretrizes e metas a serem atingidas, dentro do contexto do Estado Social³⁹.

Ou seja, o principal é que se tenha presente que as políticas públicas são ações voltadas a atingir objetivos de médio e longo prazo. Assim, se interrompidas antes de terem atingido um período mínimo que permita algum grau de avaliação (ou, ao mesmo tempo, se impostas como obrigações mandamentais para efetivação de direitos sociais, sem avaliar ações já existentes ou o risco de descontinuidade de outras ações socialmente relevantes para prestígio daquelas determinadas judicialmente), de nada adiantará toda a teorização que se construiu em torno do tema como mecanismo de avaliação e controle da atividade dos governantes eleitos, pois, na prática, nova formulação seria necessária a respeito, então, de um governo dos juízes (que seria muito mais grave considerando, por exemplo, a vitaliciedade a que tem direito, em detrimento da avaliação e renovação constante dos governantes e legisladores por meio da realização de eleições periódicas).

³⁸ Para um panorama geral sobre esses assuntos confira-se: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

³⁹ “Dimensão Jurídica das Políticas Públicas”, p. 53. In BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 51-74.

Deveras, admitir o controle judicial de políticas públicas, no ponto de maturidade em que se encontra esse debate hoje, é algo incontestado. Entretanto, parece ser também inquestionável, mesmo nas hipóteses de omissões administrativas, que não é possível ao Poder Judiciário implementar políticas públicas, notadamente a partir da leitura e aplicação de comandos marcados por conceitos indeterminados extraídos de princípios da Constituição Federal, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Em recente artigo⁴⁰, Carlos Ari Sundfeld lança algumas luzes sobre o assunto, propondo uma interessante sistematização para pautar a atuação judicial quando lastreada na aplicação de princípios, ilustrando o texto com uma série de exemplos de controle judicial de atos de regulação. Isso acontece frequentemente no campo das políticas públicas, dada sua íntima conexão com os direitos prestacionais estabelecidos na Constituição Federal, usualmente a partir de princípios marcados por conceitos indeterminados, como direito à saúde, à moradia e o mais recente direito à alimentação⁴¹, por exemplo.

O autor sustenta que, ao tomar decisões com base em princípios, existiriam dois ônus dos quais os magistrados deveriam se desincumbir: o *ônus da competência* e o *ônus do regulador*.

O primeiro teria como base a inexistência de qualquer fundamento para a presunção absoluta de que é do Judiciário a competência para construir soluções jurídicas a partir de

⁴⁰ “Princípio é preguiça?”. No prelo, São Paulo, 2009.

⁴¹ Introduzido como direito social na cabeça do artigo 6º, da Lei Maior, por meio da Emenda Constitucional nº. 64 (!), promulgada em 04 de fevereiro de 2010.

princípios em detrimento de outros órgãos. A despeito do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV), o fato de todos os assuntos poderem ser submetidos à apreciação judicial não quer dizer que sobre todos eles o Poder Judiciário tenha de decidir. Destarte, a intervenção em cada caso dependeria de *elementos especiais de ordem institucional* que justificassem a intervenção no debate, sendo que esses elementos devem ser identificados pelo julgador na motivação da decisão, a fim de que ele se desincumba do assim chamado *ônus da competência*⁴².

Por outro lado, considerando a já mencionada indeterminação do alcance e conteúdo de uma série de princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, é certo que, para Sundfeld, a simples alegação de pertinência de um princípio ao caso subsumido ao Poder Judiciário, ou mesmo longas laudas de elogios e citações sobre esse dado princípio, não são suficientes para justificar uma solução específica. Ao substituir, modificar ou revogar regulações legais ou administrativas, os juízes devem se encarregar dos mesmos ônus incumbidos ao legislador ou ao administrador (ou seja, ao regulador). Desse modo, para o autor, “é indispensável formular de modo explícito a *regra geral* que se vai aplicar, *justificando-a* com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e ainda de seus possíveis efeitos positivos e negativos”, o que consubstanciaria o assim chamado *ônus do regulador*⁴³.

Essas balizas servirão também de critério para análise das decisões jurisprudenciais que serão examinadas a seguir, justamente por reforçarem a necessidade de que na

⁴² Ibidem, p. 01 e 07/12.

⁴³ Ibidem, p. 01 e 12/14.

apreciação de temas sensíveis, controlando, como no caso do presente trabalho, decisões tomadas pelas universidades federais acerca da implantação de ações afirmativas (às vezes após longas discussões no âmbito de Conselhos Universitários e com a comunidade em que estão inseridas), os magistrados adotem um critério racional e analítico na tomada de sua decisão, não se valendo apenas da indicação de “bons princípios”, como afirmado por Sundfeld, para validar ou não esse tipo de medida⁴⁴.

Como observa o precitado autor, em última análise, se adotada essa postura haverá uma melhora na possibilidade de controle das decisões judiciais em particular e da jurisprudência como um todo, evitando mudanças de entendimento ao sabor dos tempos, além de decisões casuísticas e até mesmo arbitrárias, justamente o que não se espera do Direito.

III.C. As ações afirmativas como espécie do gênero políticas públicas

A afirmação contida no título deste sub-capítulo não é nova e foi feita por um dos grandes tratadistas da matéria, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa Gomes, que assim conceitua ações afirmativas⁴⁵:

"Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de

⁴⁴ Ibidem, p. 05/07.

⁴⁵ *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40. Sobre o tema, confira-se também: UYEDA, Massami. “Defesa Legal das Ações Afirmativas”, RTDP n.º. 47/2004. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 45-50. MELO, Mônica de. “O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n.º. 25, Ano 6, Outubro-Dezembro de 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

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 emprego”.

Barbosa observa ainda que o conceito de ações afirmativas é multifacetário e visa evitar que a discriminação se manifeste por meios formais (como normas de aplicação geral ou específica) ou “através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo”⁴⁶.

Nesse sentido, esse tipo de política pública difere das chamadas políticas governamentais antidiscriminatórias, normalmente baseadas em legislação de caráter proibitivo e que oferecem às vítimas de discriminação apenas medidas reparatórias posteriores ao agravo que tenham sofrido. O foco da ação afirmativa é inclusivo e almeja atingir a igualdade de oportunidades universalmente reconhecida pela maioria das constituições mundiais⁴⁷.

Como se verifica já da leitura dessas primeiras considerações, ações afirmativas são medidas voltadas à promoção da igualdade material, a partir de previsões constitucionais de igualdade formal, relacionadas especialmente a grupos historicamente alvos de preconceitos ou a minorias sociais e econômicas.

A assertiva de que as ações afirmativas são uma espécie do gênero políticas públicas decorre justamente do fato de que elas são, mais habitualmente, ações estatais

⁴⁶ Ibidem, p. 40-41.

⁴⁷ Nesse mesmo sentido confira-se PIOVESAN, Flávia. “Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”. In: DUARTE, Evandro C. Piza (coord.). *Cotas Raciais no Ensino Superior – Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 15-26.

(consubstanciadas em atos ou normas jurídicas), com fins, diretrizes e princípios claros, além de específica determinação dos seus mecanismos de implementação, que necessariamente devem ter um prazo de duração, sob pena de desvirtuamento do instituto, que ao pretender igualar situações jurídicas e fáticas, com o passar do tempo acabaria por fazer justamente o oposto, apenas invertendo os sujeitos da discriminação.

Ou seja, dentro da conceituação anteriormente proposta para políticas públicas, verifica-se, com clareza meridiana, que todos os seus requisitos encontram-se presentes também na definição das chamadas ações afirmativas, que, quando promovidas pelo Estado, são políticas públicas voltadas à redução de desigualdades sociais, históricas, econômicas ou de compleição física, notadamente nos casos em que tais desigualdades estão relacionadas também a alguma discriminação, especialmente a pretérita⁴⁸.

⁴⁸ É importante destacar que as ações afirmativas podem ser de iniciativa privada, como preconiza a doutrina e se verifica na prática. No Brasil, por exemplo, a organização não-governamental (ONG) Educafro realiza um importante trabalho de ação afirmativa privada, mediante a oferta de cursos pré-vestibulares para alunos negros e egressos de escolas públicas da periferia, além de manter convênios com algumas universidades privadas que fornecem bolsas prioritariamente para alunos inseridos nessas características. Da mesma forma, a Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio-Cultural (Afrobras), também originalmente voltada para cursos preparatórios de vestibular para negros, hoje tem programas como o "Mais Negros nas Universidades", além do programa de "Jovens Negros no Mercado de Trabalho", por meio do qual bancos conveniados passaram a contratar centenas de jovens negros para vagas de emprego. Como ação mais visível, ela criou uma universidade própria, a Universidade da Cidadania Zumbi dos Palmares (Unipalmares), instituição idealizada por negros tendo como foco a cultura, a produção e a difusão dos valores da diversidade, sendo a única com esse perfil na América do Sul e uma das poucas com o mesmo objetivo no mundo (cf. <www.unipalmares.org.br>). Ela não tem fins lucrativos e trabalha pela diversidade e inclusão do afrodescendente e dos oriundos da escola pública no ensino superior no Brasil. Foi criada em 2003 e se dispõe a ter 50% de alunos negros. Suas aulas são ministradas em São Paulo e no período noturno. A sua primeira turma, de administração, formou 160 alunos – dos quais 140 negros – no começo de 2008. Atualmente a Unipalmares tem 2 mil alunos e uma faculdade de direito autorizada pelo MEC e recomendada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A origem dos mecanismos de ações afirmativas não remonta ao direito norte-americano⁴⁹, mas teve lá o seu exemplo de maior visibilidade e mais usualmente citado pela doutrina (além de ter sido onde foi cunhada essa expressão), especificamente a partir da construção jurisprudencial feita pela Suprema Corte daquele País, que teve início com o reconhecimento da inconstitucionalidade de medidas de segregação racial no julgamento do famoso caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em 1954, rompendo com a doutrina do “separados mas iguais”, sufragada pelo julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson*, em 1896, mesmo depois da abolição da escravatura naquele País em 1865⁵⁰.

⁴⁹ Em verdade, como nos lembra Daniel Sarmiento, a primeira experiência relevante em termos de ação afirmativa (embora essa expressão tenha sido cunhada apenas anos depois) foi a da Índia, que na sua Constituição de 1950 banuiu juridicamente o regime de castas, porém sem resultado prático imediato em termos de fim da discriminação e igualdade de oportunidades para as pessoas de castas inferiores. Tanto que em 1951 a Suprema Corte da Índia julgou inconstitucional uma lei estadual que instituía reserva de vagas a indivíduos de castas inferiores em uma faculdade de Medicina e Engenharia (*State of Madras v. Champakan Dorairajan*; AIR 151 S.C. 226), entendendo que ela violava o princípio da isonomia. Esse fato motivou uma firme reação do Poder Legislativo daquele país, que promulgou uma emenda alterando a Constituição para que constasse uma previsão expressa validando as medidas de discriminação positiva em benefício das castas e tribos situadas em posição social desfavorável, passando o governo indiano a fazer amplo uso desse tipo de medida também em campos como educação e acesso a cargos públicos, por exemplo. Como mostra de que a relação de freios e contrapesos entre os Poderes se verifica na prática, anos depois, em 1975, a Suprema Corte da Índia julgou constitucional a política que favorecia os membros de castas inferiores em promoções no serviço público do país (*State of Kerala v N.M. Thomas*; A.I.R. 1976 S.C. 490), sustentando, nas palavras de Daniel Sarmiento, que “medidas de discriminação positiva não deveriam ser vistas como meras exceções em relação a uma suposta regra geral de isonomia formal, mas como providências necessárias na busca da real igualdade de oportunidades” (Cf. “O Negro e a Igualdade no Direito Constitucional Brasileiro – Discriminação de Facto, Teoria do Impacto Desproporcional e Ações Afirmativas, p.260/262. In ZONINSEIN, Jonas e FERES JÚNIOR, João. *Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008, p. 243/278).

⁵⁰ Apenas para fins de referência, como observa Paulo Lucena de Menezes, no caso *Brown* (...) na verdade foram decididos quatro processos diferentes e “os recorrentes eram estudantes negros que pleiteavam, com fulcro no princípio da igualdade, o acesso a determinadas instituições públicas de ensino sem observar a segregação racial imposta aos negros pelas leis locais”. Já no caso *Plessy* (...), a Suprema Corte reconheceu a validade de lei do Estado da Louisiana que impunha às empresas ferroviárias a obrigação de ofertar acomodações iguais mas separadas para passageiros brancos e negros, sob pena dos responsáveis da empresa serem processados penalmente (Cf. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 75; 80 e ss.). Vale registrar que 58 anos separam um julgamento do outro, o que demonstra o tempo que se demorou para uma mudança de posição na Suprema Corte norte-americana. Por seu turno, o primeiro caso em que foi impugnada uma política de cotas em universidade nos Estados Unidos foi o caso *Bakke v. Regents of the University of Califórnia*. Em 1978, Alan Bakke, um aluno branco que fora preterido no vestibular da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual da Califórnia, em Davis, questionou os termos do edital que reservava 16 das suas 100 vagas para candidatos negros, pois sua nota era superior a dos alunos negros aprovados. A Suprema Corte aprovou essas medidas inicialmente, por 5 votos a 4 (cf. Daniel Sarmiento, op.cit., p. 262). Mas o debate prossegue até hoje nos EUA e, para Sarmiento, esse tipo de medida está em um momento de ocaso naquele país.

Iniciado esse movimento de quebra do paradigma da segregação, o grande impulso para abandono da posição de neutralidade estatal no trato de desigualdades veio por meio de medidas de estímulo adotadas pelo Poder Executivo federal norte-americano, durante o Governo do Presidente Lyndon Johnson (*Civil Rights Act*, de 1965), uma vez constatada que a simples proibição da discriminação não tinha contribuído para tirar os negros daquele País de sua situação de pobreza e exclusão social.

Ganharam corpo então as chamadas medidas de “discriminação positiva” (ou tratamento preferencial), em favor de negros e minorias étnicas (como os indígenas, que também lá foram massacrados durante a colonização), por meio de acesso favorecido às universidades, preferência na celebração de contratos com o Poder Público para empresas que mostrassem ter políticas de admissão de pessoal que privilegiassem a diversidade, além de incentivos voltados à contratação e promoção no mercado de trabalho, todas matérias reguladas ou estimuladas pelo *Civil Rights Act*⁵¹.

Embora muitas vezes se façam reparos a uma suposta importação acrítica desse instituto pela doutrina nacional, é interessante observar que a legislação brasileira é pródiga

⁵¹ De se ressaltar que a expressão ação afirmativa, embora com uma conotação mais restrita do que a que conhecemos hoje, foi usada pela primeira vez no *Executive Order* nº. 10.925, promulgado pelo Presidente John F. Kennedy apenas dois meses depois de sua posse, ocorrida em janeiro de 1961 e por meio desse ato criou-se um órgão para fiscalizar e combater a discriminação existente no mercado de trabalho americano (*President's Committee on Equal Employment Opportunity*), mas o foco principal era repressivo, ou seja, voltado ao combate da discriminação. Também nessa linha, como lembra o citado autor, começa a se aproximar do que veio a se compreender como ação afirmativa o *Equal Pay Act*, de 1963, que proibiu as mulheres de receberem, pelo mesmo trabalho, uma remuneração inferior à dos homens (cf. Paulo Lucena de Menezes, *ibidem*, p. 88/89).

em exemplos de determinações constitucionais e legais que se consubstanciam em ações afirmativas⁵².

Com efeito, a própria Constituição Federal possui dispositivos que naturalmente induzem à necessidade de implementação de ações afirmativas, tais como (i) o artigo 7º, inciso XX, que refere à proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (ii) o artigo 23, inciso X, que outorga às unidades federadas a responsabilidade de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; (iii) o artigo 37, inciso VIII, ao dispor que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (iv) o artigo 170, que dispõe sobre os princípios da ordem econômica no Brasil, dentre eles a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX); (v) o artigo 179, que dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei; e, finalmente, (vi) o artigo 227, inciso II, que trata da criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do

⁵² Daniel Sarmento bem observa que essa crítica não procede, porque Constituições como a da África do Sul e do Canadá têm previsões específicas autorizando a implementação de ações afirmativas de cunho étnico (no caso canadense voltada à proteção dos indígenas) e que práticas de políticas de ação afirmativa no campo étnico podem também ser encontradas na Austrália, Nova Zelândia, Israel, China, Rússia, Sri Lanka, Malásia, Nigéria e as Ilhas Fiji, o que afastaria qualquer tentativa de se caracterizar a adoção desse instituto no Brasil como mera importação de um modelo norte-americano (ibidem, p. 265).

adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

De igual maneira, na legislação infraconstitucional federal são vários os exemplos que vão nesse mesmo diapasão. O primeiro que se tem notícia é a edição da Lei nº. 5.465/68, que prescreveu a reserva de 50% de vagas dos estabelecimentos de ensino médio agrícola e das escolas superiores de Agricultura e Veterinária a candidatos agricultores ou filhos deles (também conhecida como a Lei do Boi), que acabou sendo revogada porque beneficiava mais uma pequena elite da aristocracia rural à época de sua vigência do que os trabalhadores mais pobres que visava proteger (em outras palavras, tinham maior acesso às escolas os filhos dos latifundiários e não os dos pequenos agricultores).

Em tempos presentes, verificamos exemplos como: *(i)* a Lei nº. 9.504/97 (que impôs a reserva de uma cota mínima de 30% para mulheres nas candidaturas partidárias); *(ii)* a Lei nº. 9.029/95 (de caráter mais proibitivo do que afirmativo, por vedar a exigência de atestados de gravidez e esterilização, além de outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); *(iii)* a Lei nº. 8.112/90 (que no seu artigo 5º, parágrafo 2º, prevê a reserva de até 20% de vagas para os portadores de deficiências no serviço público civil da União); *(iv)* a Lei nº. 8.213/91, que no seu artigo 93 estabelece que a empresa com mais de 100 (cem) empregados está obrigada a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiências, habilitadas, dentro de uma proporção especificada mais adiante na lei; *(v)* a Lei nº. 8.666/93, que no seu artigo 24, inciso XX, dispensa a licitação na contratação de

associação de portadores de deficiência física, desde que sem fins lucrativos e idôneas, pela Administração Pública, para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, uma vez que com preço compatível com o mercado; e (vi) o mais recente, a Lei nº. 10.741/2003 (também conhecida como Estatuto do Idoso), que estabeleceu a tramitação preferencial de processos judiciais aos idosos (artigo 71) e no seu artigo 38, inciso I, assegura uma reserva preferencial, aos maiores de 60 anos, de 3% das unidades de programas habitacionais públicos ou subsidiados com dinheiro público, bem como em seu artigo 39, estabelece a gratuidade no transporte coletivo urbano aos maiores de 65 anos e, no artigo 40, uma reserva de dois assentos gratuitos no transporte coletivo interestadual, além de desconto de 50% para os demais passageiros nessa condição, depois de esgotada a cota de gratuidade⁵³.

Especificamente com relação a questão do combate à discriminação racial também são vários os exemplos de legislação específica no Brasil, que trazem consigo muitas vezes proposições de conteúdo afirmativo.

O primeiro é o Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969 (recepcionado pela Constituição Federal de 1988), que internalizou a Convenção Internacional Sobre a

⁵³ Como exemplo de legislação estadual de caráter afirmativo, no Estado do Paraná a Lei nº. 14.274/03 garante 10% das vagas em concursos públicos do Estado para afrodescendentes. O Estado de São Paulo, recentemente, criou dois programas de estímulo, voltados a jovens que deixaram a Fundação CASA (Programa de Inserção de Jovens Egressos e Jovens em Cumprimento de Medida Socioeducativa no Mercado de Trabalho – PROGRAMA) e a ex-presidiários (Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário no Mercado de Trabalho - PRÓ-EGRESSO). Tais programas foram implementados, respectivamente, pelos Decretos nº. 55.125 e nº. 55.126, ambos de 07.12.2009. Esses decretos facultam aos órgãos estaduais que, no bojo de suas licitações, exijam a contratação de percentuais de trabalhadores oriundos do sistema prisional pelas empresas interessadas em participar do certame, respeitada a proporcionalidade definida na legislação (e.g. 5% (cinco por cento) das vagas para um contingente mínimo de 20 (vinte) trabalhadores, nos termos do artigo 4º, inciso I). Também o Município de São Paulo, por meio do Decreto nº. 51.080, igualmente do dia 07 de dezembro de 2009, instituiu o PRÓ-EGRESSO em âmbito municipal, repetindo as disposições do Decreto Estadual.

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução nº. 2.106 (XX) da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965.

Já em seu artigo 1º, parágrafo 4º, a Convenção impunha a adoção de uma "discriminação positiva" pelos países signatários. A norma em tela estimulava a adoção de medidas especiais "(...) com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições", determinando que essas medidas não seriam consideradas de discriminação racial, "desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos".

Esse diploma, particularmente, tem grande relevância porque, à luz do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, é possível se afirmar que ele possui conteúdo de direito fundamental⁵⁴ no ordenamento brasileiro.

Nesse mesmo sentido, dois outros diplomas legislativos federais de bastante importância são a Lei nº. 10.678/03 (fruto da conversão da Medida-Provisória nº. 111/2003, aprovada pelo Congresso Nacional), que criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial para "formulação, coordenação e avaliação das políticas

⁵⁴ "Art. 5º (...). § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em reforço à importância dos tratados no ordenamento constitucional brasileiro, há que se observar que a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial poderia, se fosse assinada hoje, ter a força normativa de emenda constitucional, diante da inclusão do parágrafo 3º, ao artigo 5º de nossa Carta Política, que estabeleceu a exigência de aprovação de tratados pelas duas Casas do Congresso Nacional para tanto, porém muito tempo depois da incorporação dessa Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro.

públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância" (conforme artigo 2º da referida norma) e o Decreto nº 4.228/02, que instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas, para promover "os princípios da diversidade e pluralismo no preenchimento de cargos da administração e na contratação de serviços por órgãos do governo", prevendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência nos quadros da Administração Pública Federal e nas contratações por ela realizadas.

É importante anotar que as ações afirmativas partem do pressuposto do abandono da neutralidade estatal no combate à discriminação e na efetivação da igualdade. Assim, vão além de medidas proibitivas e, ao mesmo tempo, não se resumem ao estabelecimento de cotas⁵⁵, por exemplo.

A esse respeito, é interessante destacar uma observação feita em nota de rodapé pelo Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que, no Brasil, o debate sobre as ações afirmativas começou de forma equivocada, confundindo-se ação afirmativa com sistema de cotas, uma vez que estas seriam, de acordo com o autor, simplesmente uma das formas de implementação daquelas. Assenta ainda o autor que a jurisprudência norte-americana faz sérias restrições às chamadas “cotas cegas”, instituídas aleatoriamente e sem a intenção de

⁵⁵ Como exemplo nesse sentido, cite-se a edição da Lei nº. 10.639/03, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e tornou obrigatório o ensino de história e cultura da África e das populações negras brasileiras nas escolas de ensino fundamental e médio de todo o país.

corrigir uma injustiça precisa, sendo que em nosso País, “infelizmente, os poucos projetos de lei de ação afirmativa já apresentados ao Congresso incorrem nesse erro”⁵⁶.

No âmbito jurídico, a maior discussão que se trava é a respeito da violação ou não, pelas ações afirmativas, ao princípio da igualdade e também, nos casos de reserva de vagas em concursos públicos ou vestibulares, ao sistema meritório. Ainda que se esteja de acordo com a instituição das cotas, a discussão subsequente é sobre os seus critérios de aplicação, ou seja, se os percentuais estabelecidos nessas políticas não ferem o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade ou se, no caso das universidades, as cotas deveriam ter critérios apenas sociais ou raciais também.

Em síntese, os contrários a tais medidas afirmam que a Constituição brasileira, nos seus artigos 3º, inciso IV⁵⁷, e 4º, inciso VIII⁵⁸, veda preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, repudiando ainda o racismo (crime

⁵⁶ Ibidem, nota de rodapé 32, p. 40. Atualmente existe uma série de projetos de lei versando temática racial ou de cotas em tramitação no Congresso Nacional. Os dois que se costumam destacar de forma mais intensa (e que reforçam a procedência da crítica do Ministro por serem eminentemente voltados à instituição de cotas) são o Projeto de Lei (PL) nº. 3.627/2004, que institui o Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior. E o PL nº. 3.198/2000, de autoria do então deputado federal e hoje senador Paulo Paim, que pretende instituir o Estatuto da Igualdade Racial, que visa estabelecer proteções àqueles que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, por exemplo, autorizando o Governo Federal a oferecer incentivo a empresas com mais de 20 empregados que contratarem pelo menos 20% de negros e prevendo também uma reserva de 10% das vagas de candidaturas partidárias a afrodescendentes.

⁵⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁵⁸ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

imprescritível conforme artigo 5º, inciso XLII⁵⁹), que seria instaurado de forma oficial no Brasil com a adoção de cotas com critérios raciais, além do artigo 5º, *caput*⁶⁰, assegurar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Os favoráveis à ação afirmativa específica das cotas, por sua vez e também em apertada síntese, argumentam que o artigo 3º, inciso III, impõe como objetivo fundamental da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, ao passo que já é superada na doutrina a alegada vedação à discriminação positiva (também chamada de tratamento preferencial), voltada justamente a assegurar a igualdade material (e não apenas formal) entre os integrantes de um Estado⁶¹.

No caso específico das cotas para ingresso em universidades, existem ainda dois outros dispositivos da Constituição Federal bastante ventilados no debate sobre o tema. Um, o artigo 206, inciso I, que determina expressamente que o ensino será ministrado com igualdade de oportunidade de acesso e permanência na escola⁶². O outro, o artigo 208, inciso V, que determina ser dever do Estado garantir o acesso aos níveis mais elevados do

⁵⁹ “Art. 5º (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁶⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

⁶¹ Nesse sentido, por todas, confira-se a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha: “O grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou, nas últimas duas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica. O princípio da igualdade deixou de ser um dever social negativo para tornar-se uma obrigação política positiva. A *ação afirmativa* é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido” (cf. “Ação Afirmativa - O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”, publicado na RTDP nº 15/96, p. 98).

⁶² “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios; I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. (...)”

ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (usualmente referido como princípio meritório ou do mérito acadêmico)⁶³. E um terceiro ainda, o artigo 207, *caput*, que assegura a autonomia universitária⁶⁴.

Os que argumentam contra as cotas em vestibulares dizem que a reserva de vagas viola a igual oportunidade de acesso, porque restringe o universo da disputa, além de assegurar o ingresso na universidade segundo uma condição racial ou social (ainda que apenas para um certo número de vagas) e não segundo a capacidade de cada um indistintamente.

Os favoráveis às cotas, em linha com as observações já tecidas a respeito do princípio da igualdade, entendem que sem a reserva de vagas, considerando o histórico de exclusão e desamparo educacional que assola os beneficiários da medida, não haveria igualdade material de oportunidades e a conseqüente redução da desigualdade, além do que, quanto à violação ao mérito acadêmico, na maioria dos vestibulares se exige que os alunos cotistas atinjam uma pontuação mínima para serem aprovados.

À luz das disposições constitucionais e legais que já foram colacionadas mais acima, parece fora de dúvida que o ordenamento constitucional brasileiro admite as ações afirmativas, pois se não por medidas ativas é difícil imaginar como se dará a promoção de

⁶³ “Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

⁶⁴ “Art.207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

tantos dos valores e princípios elencados ao longo dos artigos 3º, 5º, 6º e 7º, da Carta Maior.

Nesse lanço, releva notar o que disse o também Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello:

“Posso assegurar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de ter-se como virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?”⁶⁵

Contudo, isso não quer dizer que não existam parâmetros para adoção dessas medidas. Nesse aspecto, vale trazer à baila novamente a lição do Ministro Joaquim Barbosa que, embora fazendo a ressalva de que se tratava de avaliação a partir da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, estabeleceu alguns fatores que poderiam contribuir para a validação desse tipo de política pública na via judicial.

O primeiro desses fatores seria o prestígio aos planos mistos, oriundos de uma opção que o autor chama de filosófica pela Suprema Corte americana, nos quais se combinam o igual prestígio entre a finalidade perseguida (“outcome equality”) e os meios utilizados para isso (“process equality”). Desse modo, ainda que idealisticamente o que se almeje seja uma igualdade de resultados, principalmente sob o ponto de vista econômico, é

⁶⁵ “Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas”. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-91, abr. 2006 (o trecho citado é das páginas 85 e 86).

importante que os mecanismos adotados para perseguição desses objetivos não acabem se transformando em uma barreira de difícil transposição (ou até mesmo intransponível) para aqueles que não são beneficiados pelas políticas de promoção da igualdade⁶⁶.

Barbosa destaca ainda como imprescindível o caráter temporário do plano e que ele não seja imposto aos beneficiários, que devem poder optar se pretendem ou não se associar a ele. Além disso, a medida deve ter por objetivo “sanar desigualdades gritantes, manifestas, inquestionáveis”, que por isso devem ser objeto de demonstração documental e estatística dos desequilíbrios que se pretende combater, a fim de que seja possível uma análise comparativa futura e que o plano deixe de ser aplicado tão logo se restaure a mínima normalidade⁶⁷.

E então, como último e importante requisito o autor pondera que se deve evitar as chamadas “cotas cegas” (“blind hiring preferences”), ou seja, aquelas medidas orientadas apenas pelo sexo ou cor da pele dos beneficiários. O ideal, para aprovação de uma ação afirmativa no âmbito da Suprema Corte norte-americana, é que ela seja flexível, conjugando uma série de fatores para eleger os beneficiários das medidas, como por exemplo, a qualificação técnica profissional ou educacional anterior, aliada ao sexo ou a cor da pele do indivíduo, que seriam, em verdade, um fator adicional para concessão do benefício⁶⁸.

⁶⁶ Ibidem, p. 223.

⁶⁷ Ibidem, p. 223.

⁶⁸ Ibidem, p. 224.

O simples elenco desses requisitos serviria até mesmo para que o exame do levantamento jurisprudencial realizado para esta dissertação fosse feito a partir desses critérios, verificando-se se eles são ou não aplicados pela jurisprudência brasileira ao validar (ou não) as políticas de cotas adotadas pelas universidades federais.

Mas, além de ser uma perspectiva bastante simplória e até mesmo uma mera reprodução de debate alienígena, é certo que, em linhas gerais, as políticas de cotas adotadas nas universidades federais brasileiras respeitam tais critérios.

Elas não criam barreiras intransponíveis àqueles que não se beneficiam das ações afirmativas, porque mesmo nas universidades federais que adotam percentuais altos de reserva de vagas (na casa dos 40%), ainda assim a maioria dessas vagas é disputada pelo chamado sistema universal.

Ademais, também na maior parte dos casos, essas políticas são calcadas em planos com prazo de vencimento e lastreados em estudos e dados estatísticos, precedidas muitas vezes de debates com a comunidade local no âmbito do Conselho Universitário, além de, em muitos casos, combinarem o critério racial com um critério sócio-econômico (renda familiar mensal ou estudo em escola pública por um dado lapso temporal).

De qualquer sorte, o que importa destacar é que as linhas de argumentação a favor e contra as ações afirmativas mencionadas alhures encontram-se bastante presentes nas decisões judiciais que serão examinadas mais adiante no trabalho, que trazem ainda outras nuances para o debate, como o respeito (ou não) ao princípio da proporcionalidade e da

razoabilidade na adoção de ações afirmativas no âmbito das universidades, os limites da autonomia dessas instituições (ainda que constitucionalmente assegurada) para estabelecer essas políticas públicas, a ausência de lei formal determinando a adoção das cotas e mesmo quanto a existência de embasamento científico para a implementação de tais medidas, pontos que foram mencionados como um interessante critério de avaliação de tais políticas anteriormente e, ainda que não sejam o foco específico do trabalho, servirão para ilustrar a análise que se seguirá.

IV. O CASO DAS COTAS SOCIAIS E RACIAIS COMO CRITÉRIO DE INGRESSO NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS BRASILEIRAS:

IV.A. Breve contextualização e evolução histórica da política de cotas sociais e raciais nas universidades federais brasileiras

A primazia na instituição de ações afirmativas dentro do processo seletivo para ingresso em seus quadros acadêmicos é muitas vezes atribuída à Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF)⁶⁹.

⁶⁹ O caso do Rio de Janeiro, inclusive, é bastante curioso para uma outra análise que poderá ser feita a partir deste trabalho. Com efeito, naquele Estado, até hoje, são leis estaduais que regulam a matéria das cotas, leis votadas pela Assembléia Legislativa por iniciativa do Executivo, caso clássico de política pública estabelecida coordenadamente. Contudo, inúmeros são os questionamentos judiciais às práticas lá adotadas, por isso o uso da expressão lei no plural. Tudo começou com a edição das Leis n.ºs. 3.524/00 (que estabelecia cota mínima em universidades públicas para egressos de escola pública) e 3.708/01 (que fazia o mesmo para negros e pardos), porém de forma absolutamente aleatória e atropelando a autonomia universitária, porque impostas às universidades, mediante iniciativa do Governo do Estado referendada pela Assembléia Legislativa. Essas leis foram questionadas no STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2858-8, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, juntamente com a Lei n.º 4.061/03, que previa um percentual de cotas em universidades públicas também para deficientes físicos. Essa ADI nunca foi julgada porque as três leis foram revogadas e aglutinadas em uma só, o que impôs o arquivamento da ação por perda de objeto. A nova lei era a n.º 4.151/03, que previa percentuais no vestibular das universidades públicas do Estado de 20% para negros e pardos, 20% para egressos de escolas públicas, além de percentuais a serem definidos para “pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço”. A Lei n.º 4.151/03 foi então também questionada no STF por meio da ADI n.º 3197 (essa ADI, como a 2858-8, igualmente ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), sendo relatada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, mas com seu falecimento agora foi redistribuída ao Ministro José Antonio Dias Toffoli. Ocorre que a Lei n.º 4.151/03 também foi revogada, desta feita pela Lei n.º 5.346/08, que agora estabelece prazo de duração da política de ação afirmativa (inclusive com previsão de revisão para sua manutenção ou não), respeita a autonomia universitária indicando que os percentuais serão estabelecidos progressivamente pelas instituições e está mais nos moldes do que se entende como o padrão de ação afirmativa para inclusão universitária, em que pese manter critérios de cotas para deficientes físicos e filhos de policiais militares mortos em serviço, que tem discutível pertinência temática para ação afirmativa de inclusão universitária nos moldes até aqui debatidos. Com a edição da Lei n.º 5.346/08 a ADI em trâmite no STF deve ser arquivada, havendo inclusive pedido da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro nos autos nesse sentido. Vale registrar que, em 25 de maio de 2009, a Lei n.º 5.346/08 foi suspensa em caráter liminar, pelo Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Todavia, no julgamento do mérito da ação, ajuizada pelo Deputado Estadual Flávio Bolsonaro, a lei foi tida como constitucional por 15 votos a 6 dos membros do Órgão Especial daquela Corte.

Porém, essa política não foi estabelecida pelas universidades em si, sendo, na verdade, fruto de uma lei estadual que impôs às instituições de ensino superior do Estado do Rio de Janeiro a adoção de um sistema de cotas nos seus vestibulares. Ainda que a partir de impulso legislativo, o fato é que aquelas foram as duas primeiras instituições a adotar essas medidas no País em âmbito universitário.

Entretanto, a primazia na adoção de políticas de ações afirmativas dentro do processo seletivo para ingresso em seus quadros acadêmicos, no exercício da autonomia universitária, é da Universidade de Brasília (UNB), logo seguida pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), que, nos anos de 2004 e 2005, respectivamente, passaram a adotar o sistema de cotas raciais e sociais nos seus processos seletivos (a UNB aprovou seu plano em 2003 e a UFBA em 2004).

Essa abertura, em verdade, foi possível não só pela criação do Programa Diversidade na Universidade (pela já mencionada Lei n.º. 10.558/02), mas, antes, foi precedida por duas importantes mudanças. Uma fruto da regulamentação do artigo 207 da Constituição Federal, que dispõe sobre a autonomia didático-financeira das universidades, e a outra decorrente da implementação, no ano de 2001, do Plano Nacional de Educação do Governo Federal.

A regulamentação do artigo 207, da Constituição Federal, foi feita pela Lei n.º. 9.394/96, que, respeitando a autonomia das universidades públicas, procurou estabelecer novos parâmetros no âmbito do processo de seleção e admissão de alunos e alunas naquelas

instituições, permitindo a utilização de outros critérios que não só o vestibular, o que já foi um primeiro avanço.

Por sua vez, o Plano Nacional de Educação foi instituído por meio da Lei nº. 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Esse plano, que claramente consubstancia o que se espera de uma política pública (contendo diagnóstico e prognóstico claro, além de diretrizes e metas cujos resultados poderiam ser aferidos no tempo), possui duração prevista de dez anos (nos termos do seu artigo 1º) e avaliações periódicas a partir do quarto ano, com "vistas à correção de deficiências e distorções" (de acordo com o artigo 3º, § 2º). E inseriu, entre os objetivos e metas do Governo Federal, o dever de "criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino" (cf. item 4.3.19 do documento).

A partir dessas duas medidas, as universidades públicas se viram estimuladas a adotar ações afirmativas em seus processos seletivos.

Antes, porém, dessas duas medidas legais, em 1995 havia sido criado o Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, em comemoração aos 300 anos de Zumbi dos Palmares, fato

que costuma ser atribuído como o primeiro reconhecimento histórico formal por um governo brasileiro à existência de preconceito e discriminação racial no Brasil⁷⁰.

Logo depois, em 1996 o Ministério da Justiça organizou o “Seminário Internacional Multiculturalismo e Racismo – o Papel da Ação Afirmativa nos Estados Democráticos Contemporâneos”, reconhecido daí como a primeira manifestação oficial a favor do tema das ações afirmativas, sendo que, naquele mesmo ano, foi lançada a primeira versão do Plano Nacional de Direitos Humanos, instituído pelo Decreto Federal nº. 1.904/1996, que no seu item 191 estimulava a adoção de ações afirmativas pelo governo brasileiro como forma de redução das desigualdades no País⁷¹.

A partir daí começaram a ganhar força as discussões para promoção de ações afirmativas de fato no Brasil, tema que sempre foi bastante controvertido, especialmente no que diz respeito às cotas raciais em benefício dos negros, que puxaram a discussão trazendo a reboque a necessidade de inclusão de outras minorias, como indígenas, por exemplo

⁷⁰ Releva notar que, o Governo Federal criou, antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, a Fundação Cultural Palmares (FCP), entidade pública vinculada ao Ministério da Cultura (MinC), instituída pela Lei Federal nº. 7.668, de 22.08.88, com estatuto aprovado pelo Decreto nº. 418, de 10.01.92. De acordo com essas determinações legais a Fundação Cultural Palmares formula e implanta políticas públicas que têm o objetivo de potencializar a participação da população negra brasileira no processo de desenvolvimento, a partir de sua história e cultura. Essas previsões estão em linha com o artigo 215 da Constituição Federal, que contém a seguinte previsão: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional". O site da Fundação (<www.palmares.gov.br>) lista inclusive uma série de outras ações afirmativas patrocinadas pelo Governo Federal.

⁷¹ Curioso que essa primeira versão do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), assim com as outras duas que a sucederam (instituídas, respectivamente, pelo Decreto nº. 4.229/2002 e pelo Decreto nº. 7.037/2009), consubstancia apenas uma grande relação de diretrizes e objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública Federal, com a indicação de órgãos que seriam envolvidos no alcance desses objetivos, contudo, sem estabelecer um prazo para cumprimento dos mesmos e a cada nova edição agregando mais assuntos e providências, o que afasta qualquer tentativa de caracterizar esses planos como políticas públicas dentro da concepção adotada neste trabalho. Mesmo porque, uma vez que tais planos foram instituídos por decretos, nenhuma obrigação é por eles imposta, até por impossibilidade decorrente do princípio da legalidade estrita (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal).

(sendo curioso notar que praticamente não há registro de literatura criticando a adoção de cotas em favor dessa minoria específica).

O debate envolvia o movimento social negro organizado, acadêmicos das mais variadas matizes (*e.g.* antropólogos, geneticistas, historiadores, juristas) e partes da sociedade civil e do governo.

O impulso definitivo para adoção de ações afirmativas no País veio com a participação do Brasil, em setembro de 2001, da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, promovida pela ONU, em Durban, na África do Sul. O documento final desse encontro recomendava a adoção de políticas públicas de ação afirmativa racial, especialmente nas áreas da educação e relações do trabalho, pelos seus signatários, dentre os quais se incluía o Brasil⁷².

Na esteira da participação do Brasil na Conferência de Durban, ainda em 2001 o Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio das Portarias nº 202 e 224, lançou um programa de ação afirmativa voltado aos seus cargos comissionados, nos quais 20% das vagas seriam destinadas para negros, 20% para mulheres e 5% para portadores de necessidades especiais. Naquele mesmo ano o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº

⁷² De fato, a Declaração de Durban 2001 estabeleceu, no seu texto final que o combate ao racismo é "responsabilidade primordial dos Estados" (parágrafo 99), instando os governos a adotar inclusive "programas de ações afirmativas ou medidas de ação positivas, para promoverem o acesso de indivíduos que são ou podem ser vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo ensino fundamental" (parágrafo 100) e tomar medidas que capacitem estudantes "independente de raça, cor, descendência, origem étnica ou nacional" a frequentarem "instituições de ensino superior" (parágrafo 123, item "g"), além de assegurar ambiente escolar seguro e livre de racismo (parágrafo 123, item "f"). Endossou ainda, nos parágrafos 107 e 108, a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlata.

1.156/2001 seguiu idêntico caminho, que foi trilhado pelo Ministério da Cultura, por meio da Portaria nº 484, editada em agosto de 2002.

Mas antes de todos esses órgãos e também em 2001, o Supremo Tribunal Federal (STF), pioneiramente, estabeleceu critérios de ação afirmativa para contratação de prestação de serviços na área de jornalismo ao Tribunal, impondo à contratada, no bojo de certame licitatório, a obrigação de "recrutar e selecionar os profissionais que serão alocados para a prestação de serviços, encaminhando-os para avaliação do contratante, se necessário, observado o limite mínimo de 20% para negros e negras"⁷³.

Além disso, o Instituto Rio Branco passou a destinar bolsas de estudo para afrodescendentes em cursos preparatórios para a carreira de diplomata. Essa medida, inclusive, é também uma forma de ação afirmativa, que remete às primeiras medidas de inclusão universitária voltada para negros, que se materializaram em ações privadas de entidades em São Paulo, no Rio de Janeiro e na Bahia que organizavam cursinhos pré-vestibulares gratuitos voltados especialmente para negros e pobres⁷⁴.

Então no ano de 2002 foi editada a Lei 10.558/02, que, dando concretude às indicações do Plano Nacional de Educação (Lei nº. 10.172/01), previa a transferência de

⁷³ Concorrência nº. 03/2001.

⁷⁴ O primeiro normalmente mais referido é o Curso Pré-Vestibular da Associação dos Funcionários da Universidade Federal do Rio de Janeiro (ASSUFRJ), atual Sindicato dos Trabalhadores em Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (SINTUFRJ), que foi criado em 1986. Outra iniciativa foi o curso Mangueira Vestibulares, destinado aos estudantes da comunidade do Morro da Mangueira, criado em 1992. Em São Paulo, os cursos pré-vestibulares iniciaram sua história em 1989, por iniciativa da Pastoral do Negro da Igreja Católica e redundaram na criação da Educafro, ONG anteriormente mencionada. E na Bahia, uma das primeiras iniciativas foi a experiência da Cooperativa Steve Biko que, em 1992, criou um curso pré-vestibular objetivando apoiar e articular a juventude negra da periferia de Salvador (cf. CASTRO, Jorge Abrahão de. AQUINO, Luseni. Organizadores. Texto para Discussão nº. 1335: Juventude e Políticas Sociais no Brasil, Brasília: IPEA, 2008, p. 107/108).

recursos para as universidades federais que passassem a adotar políticas de estímulo ao ingresso de negros e indígenas nos seus quadros acadêmicos, o que acabou se transformando, juntamente com a assinatura da Declaração de Durban, no grande pontapé inicial da política de cotas nos vestibulares daquelas instituições⁷⁵.

Em junho de 2003 o Conselho Universitário da Universidade de Brasília (UNB) aprovou um Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade, elaborado pelos antropólogos José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato e no vestibular do ano seguinte já se adotou o sistema de cotas, que foi a seguir implementado pela UFBA e, desde então, vêm cada vez mais se espalhando pelas universidades federais brasileiras.

De acordo com dados obtidos em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2008, 48 universidades públicas brasileiras adotavam ações

⁷⁵ Por ser extremamente curta e objetiva, transcrevemos a íntegra da norma em tela a fim de melhor subsidiar os debates que se seguirão:

“Art. 1º Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros.

Art. 2º O Programa Diversidade na Universidade será executado mediante a transferência de recursos da União a entidades de direito público ou de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área de educação e que venham a desenvolver projetos inovadores para atender a finalidade do Programa.

Parágrafo único. A transferência de recursos para entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que atendam aos requisitos do caput, será realizada por meio da celebração de convênio ou de outro instrumento autorizado por lei.

Art. 3º. Revogado pela Lei nº 11.507, de 2007 (*Nota: Dispunha que as transferências de recursos da União por meio do Programa Diversidade na Universidade seriam realizadas pelo período de três anos*).

Art. 4º Fica autorizada a concessão de bolsas de manutenção e de prêmios, em dinheiro, aos alunos das entidades a que se refere o parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º Os critérios e as condições para a concessão de bolsas de manutenção e de prêmios serão estabelecidos por decreto.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

afirmativas em seus vestibulares (21 delas federais), sendo que a maioria valia-se da política de cotas⁷⁶.

Releva notar, como já se disse, que ação afirmativa, mesmo de inclusão universitária, não significa apenas a adoção de políticas de cotas e que mesmo as políticas de cotas têm formatos distintos.

Com efeito, várias universidades públicas, como a Universidade Federal do Pernambuco (UFPE), além de universidades estaduais paulistas como a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e a Universidade de São Paulo (USP)⁷⁷, ao invés de reservarem cotas para minorias, concedem um acréscimo na nota final (bônus) aos

⁷⁶ Cf. CASTRO, Jorge Abrahão de. AQUINO, Luseni. Organizadores. Texto para Discussão n°. 1335: Juventude e Políticas Sociais no Brasil, Brasília: IPEA, 2008, p. 108/109. Dados mais recentes obtidos no site da ANDIFES (Associação Nacional de Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior), <www.andifes.org.br>, acesso em 30 de novembro de 2009, dão conta de que já são mais de 30 as universidades federais que adotam esse tipo de política.

⁷⁷ A UNICAMP, desde 2005, adota o PAAIS (Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social), no qual estudantes oriundos de escolas públicas recebem 30 pontos extras na nota final da segunda fase do vestibular e mais 10 pontos são acrescidos ao desempenho dos candidatos que se autodeclararem negros, pardos ou indígenas. Já a USP, por meio do "INCLUSP – Programa de Inclusão Social da USP", desde 2007 outorga um bônus de 3% em cada fase do vestibular na nota dos candidatos que tiverem cursado a integralidade do ensino médio em escola pública. No último vestibular, esse bônus poderia ser de até 12%, sendo que um acréscimo de até 6% seria dado na nota final dos alunos de escola pública que tivessem feito o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), dependendo do seu desempenho naquela prova. E até mais 3% aos alunos que tivessem participado do Programa de Avaliação Seriada da USP (PASUSP). Ambas as universidades em seus programas oferecem apoio financeiro aos alunos beneficiários do programas, como auxílio-moradia ou transporte. De acordo com reportagem publicada no *site* especializado em educação Universia (<<http://www.universia.com.br/gestor/materia.jsp?materia=18217>>, publicada em 17 de setembro de 2009), a partir de dados fornecidos por representantes das próprias universidades, no primeiro ano de aplicação do PAAIS, em 2005, o percentual de egressos de escolas públicas na UNICAMP chegou a 34,1% e bateu o recorde de 2004, quando 28,3% alunos da rede pública passaram no vestibular. No último vestibular, 29,9% dos alunos ingressantes foram oriundos de escolas públicas. O crescimento também ocorreu entre estudantes negros e pardos. Em 2004, eles representavam 11,8% dos matriculados na instituição. Em 2005, o número cresceu para 15,1% e, neste ano, são 15,8% dos novos alunos. Na USP o índice de ingresso de candidatos do Ensino Médio público pulou de 24%, em 2005, para 30,1%, em 2009. Ou seja, aproximadamente 3.000 estudantes sendo que a porcentagem foi maior nas faixas inferiores de renda familiar - entre 2 e 7 salários mínimos.

candidatos negros ou egressos das escolas públicas. No caso da UFPE existe um bônus de 10% na nota para alunos que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas⁷⁸.

Algumas outras, como a Universidade Federal de Uberlândia (UFU), realizam um processo de avaliação seriada, feito anualmente durante o fim de cada série do ensino médio e voltado a estudantes de escolas públicas, que disputam entre si, ao cabo desse processo, 50% das vagas dos cursos com entrada anual e 25% das vagas dos cursos com entrada semestral⁷⁹.

Por outro lado, existem universidades federais que adotam o sistema de cotas sociais apenas, mas a maioria daquelas que possui ações afirmativas com reserva de vagas o faz separando um percentual de vagas do vestibular e, dentro dessas vagas, há uma subdivisão das cotas, com uma parte sendo dirigida às minorias que se pretende incluir (*e.g.* negros, indígenas, deficientes) e outra aos alunos oriundos das escolas públicas. Em alguns casos, a opção por um tipo de cota é excludente da outra, em outros, não. Mas a maioria adota o sistema de cotas sobrepostas, nos quais se combinam alguns critérios (*e.g.* o aluno deve ser negro, pardo ou índio e ter estudado em escola pública; ou o aluno deve ser negro ou oriundo de escola pública do ensino médio e também ter uma condição sócio-econômica familiar comprovadamente precária, como renda familiar mensal *per capita* de 7 salários-mínimos – caso da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, por exemplo).

⁷⁸ Resolução Consun n.º. 09/2006.

⁷⁹ Resolução do Conselho Universitário n.º. 20/2008.

E existem ainda aquelas universidades federais, como fez inicialmente a UFMG, que instituíram ações afirmativas que não são voltadas ao vestibular, mas sim à valorização da cultura negra e ao apoio a estudantes negros que sejam alunos da instituição e necessitem de assistência financeira, psicológica e pedagógica⁸⁰, ainda que tenham ingressado na universidade sem se beneficiarem de cotas.

Evidente que o tema não passou incólume a uma série de polêmicas, que extrapolaram, inclusive, a seara jurídica.

De fato, tanto o meio acadêmico, como a sociedade civil em geral, encontram-se bastante divididos a respeito do tema das ações afirmativas, em geral, mas especialmente das cotas universitárias, sendo assim desde que se iniciaram os debates sobre sua implantação no Brasil.

Isso porque, muitos foram aqueles que sustentavam que o País, dada sua indiscutível miscigenação, era uma “democracia racial”, que não justificaria tais medidas,

⁸⁰ Com efeito, a partir de 2002 foi implementado o Programa Ações Afirmativas na UFMG, que atua com estudantes negros prioritariamente pobres que, independentemente de qualquer iniciativa institucional, conseguiram ingressar na universidade. Suas duas linhas de atuação são o apoio aos estudantes negros da graduação almejando seu desenvolvimento acadêmico para obter sua entrada no programa de pós-graduação e a outra uma série de atividades que têm como objetivo o desenvolvimento de identidade étnico-racial (cf. FONSECA, Marcus Vinícius. “O Programa Ações Afirmativas na UFMG e os Conflitos em Torno de uma Proposta de Permanência de Estudantes Negros (as)”, in LOPES, Maria Auxiliadora e BRAGA, Maria Lúcia de Santana (org.), *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: Unesco, 2007, p. 159/185). Mais recentemente, porém, a partir de 2009, a Universidade também passou a adotar a política de bônus, reservando um percentual para alunos egressos de escolas públicas (10% na nota final) e outro para os autodeclarados negros ou pardos (15% na nota final).

que acabariam por instituir no Brasil um Estado racial e racista (ou um racismo oficial), que não existiria na prática, podendo levar o país se dividir em um ódio racial inaceitável⁸¹.

Essa miscigenação, inclusive, tornaria difícilíssima a tarefa de identificação de quais seriam os beneficiários das cotas, quando marcadas por critérios raciais⁸². O que se pregava era que o Brasil deveria investir em políticas *universalistas*, voltadas à melhora das condições gerais de acesso e ensino à educação em todos os níveis, o que se refletiria em maior presença dos negros, mestiços e indígenas nas universidades públicas, em detrimento da adoção de políticas *focalizadas* como as cotas.

Os partidários das ações afirmativas, especialmente as raciais, entendiam que a democracia racial era um mito que só ocultava o problema real do preconceito arraigado no

⁸¹ Confira-se, a esse respeito, KAMEL, Ali. “Não somos racistas, uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. Também os seguintes artigos: MAGNOLI, Demétrio. “O Dom de Iludir”, *Folha de São Paulo*, 09 de setembro de 2009, p. A3; FRY, Peter. “A lógica das cotas raciais”. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 7, 14 de abril de 2004; e “Ossos do Ofício”, p. 123-126, in *Cotas Raciais na Universidade um Debate*, organizado por Carlos Alberto Steil. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006 (Síntese Contemporânea). Nessa mesma obra coletiva o artigo de MAGGIE, Yvonne. “Políticas de cotas e o vestibular da UNB ou a marca que cria sociedades divididas”, p. 131-138. Essa mesma antropóloga apresentou um artigo na audiência pública do STF sobre as cotas na UNB, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>; acesso em 08.03.2010, denominado “Um ideal de democracia” Naquele mesmo endereço no sítio do STF também se encontra um artigo em idêntica direção da educadora Eunice R. Durham, “Desigualdade Educacional e Quotas para Negros nas Universidades”. Cumprir destacar que, em sua maioria, esses autores não são contra as ações afirmativas e sim contra as ações afirmativas de cunho racista, em alguns casos até defendendo as cotas, mas desde que a partir de critérios sócio-econômicos e não apenas raciais.

⁸² Um estudo do geneticista da UFMG Sérgio Pena em conjunto com Maria Catira Bortolini (“Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?”, *Revista Estudos Avançados* 18 (50) 2004, p. 31-50), indica que a composição genética de todo o povo brasileiro, via de regra, a partir dos três traços de ancestralidade predominantes (ascendência ameríndia, européia e africana), é misturada contendo esses três elementos. Assim, geneticamente, não seria possível se estabelecer quem seriam os beneficiários de cotas raciais, porque, geneticamente, a esmagadora maioria dos brasileiros seria afrodescendente. Os autores observam, todavia, que no Brasil o chamado preconceito racial está relacionado muito mais ao fenômeno da pigmentação da pele e a uma desigualdade estrutural, oriunda de um processo histórico de escravidão e exclusão social. Ou seja, não se pode afirmar que haveria uma raça inferior ou superior e nem se esperar que critérios como exames de fotos ou de testes sanguíneos determinem os beneficiários de ações afirmativas, que devem se pautar pelo critério da autodeclaração. O que o artigo pretende afastar são as classificações raciais há muito superadas na literatura científica, que outrora deram sustentação a regimes nacionalistas como o nazismo e o fascismo, por exemplo.

País, pois seria notório, a partir de levantamentos de órgãos como o IBGE⁸³ e o IPEA, que mesmo entre os mais pobres, os negros se encontram na pior situação econômica e de condições de vida, números que se agravariam se examinada a baixa presença de negros no âmbito universitário.

Além disso, haveria uma dívida histórica da sociedade brasileira com os negros, por ter sido o Brasil o país que por mais tempo manteve um regime escravocrata (400 anos aproximadamente), tendo sido o último a abolir essa prática no mundo ocidental (em 1888)⁸⁴. Quanto ao problema da identificação dos beneficiários da medida, ela deveria

⁸³ A Síntese de Indicadores Sociais de 2003 do IBGE aponta que entre os brasileiros que estão no grupo de 1% mais ricos do país, 88% são brancos e entre os 10% mais pobres, 70% são pretos ou pardos (negros, segundo a metodologia do Instituto). Se tomado como referencial o último censo do IBGE, de 2000, verifica-se que 78,5% dos estudantes do ensino superior são brancos, apesar de os brancos representarem 55% da população brasileira, 52% do total de estudantes (em todos os níveis de ensino e de todas as idades) e 58% dos estudantes do nível secundário, atestando a maior incidência de exclusão de negros no meio universitário (*apud* ROSEMBERG, Fulvia. “Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro: Pontos para Reflexão”, apresentação proferida em ciclo de debates promovido pela UFSCAR, disponível em <<http://www.acoesafirmativas.ufscar.br/arquivos/acao-afirmativa-no-ensino-superior-brasileiro-pontos-para-reflexao-por-fulvia-roseMBERG>>, acesso em 15.01.2010). A partir de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2006 (PNAD 2006), tem-se que das pessoas com 25 anos ou mais de idade e com 15 anos ou mais de estudo apenas 3,3% se declara "preta", enquanto 78,1% são "brancos". Dados de 2001 davam conta de que apenas 2,5% dos jovens negros chegavam ao ensino superior no Brasil, sendo que esse número foi atingido nos EUA ainda em 1947, quando vigia a segregação racial institucional. Durante a audiência pública realizada no STF sobre o tema das cotas na UNB, o historiador Luiz Felipe de Alencastro registrou que: “De fato, no Censo de 1950, as estatísticas sobre cor eram limitadas, no Censo de 1960, elas ficaram inutilizadas e no Censo de 1970 elas eram inexistentes. Este longo período de eclipse estatística facilitou a difusão da ideologia da “democracia racial brasileira”, que apregoava de inexistência de discriminação racial no país. Todavia, as PNADs de 1976, 1984, 1987, 1995, 1999 e os Censos de 1980, 1991 e 2000, incluíram o critério cor. Constatou-se, então, que no decurso de três décadas, a desigualdade racial permanecia no quadro de uma sociedade mais urbanizada, mais educada e com muito maior renda do que em 1940 e 1950. Ou seja, ficava provado que a desigualdade racial tinha um caráter estrutural que não se reduzia com progresso econômico e social do país. Daí o adensamento das reivindicações da comunidade negra, apoiadas por vários partidos políticos e por boa parte dos movimentos sociais”. In: “Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal”, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>; acesso em 08.03.2010.

⁸⁴ De acordo com informações lançadas no precitado artigo do historiador Luiz Felipe de Alencastro: “Na realidade, nenhum país americano praticou a escravidão em tão larga escala como o Brasil. Do total de cerca de 11 milhões de africanos deportados e chegados vivos nas Américas, 44% (perto de 5 milhões) vieram para o território brasileiro num período de três séculos (1550-1856). O outro grande país escravista do continente, os Estados Unidos, praticou o tráfico negreiro por pouco mais de um século (entre 1675 e 1808) e recebeu uma proporção muito menor -, perto de 560.000 africanos -, ou seja, 5,5% do total do tráfico transatlântico”.

partir da premissa da autodeclaração, até mesmo para estimular a auto-estima das minorias atingidas pelas ações afirmativas.

E especificamente quanto ao alegado caráter racialista desse tipo de medida, o que se afirma é que dentro das ciências sociais contemporâneas, a raça não é mais compreendida como uma tentativa de individualização genética, mesmo porque essa idéia foi superada.

Modernamente, segundo Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, as “raças” são “construtos sociais, formas de identidade baseadas numa idéia biológica errônea, mas socialmente eficaz para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios”. Segundo o autor, se não existem no mundo físico, elas são bastante vivas no mundo social, como resultado de formas de identificar e orientar as ações humanas⁸⁵(índices, em outras palavras), por isso seriam ainda um critério válido para adoção de ações afirmativas, na medida em que o racismo, sob esse aspecto estrutural, consiste no sistemático acesso desigual a bens materiais entre os diferentes segmentos raciais.

É fato que, passados quase dez anos da implantação das ações afirmativas nas universidades públicas (sendo seis anos apenas nas universidades federais), somente agora começam a ser feitos os primeiros balanços empíricos a respeito do aumento ou não da presença de negros no meio universitário, bem como da melhora de indicadores sócio-econômicos a partir da adoção dessas medidas. E, ainda que sejam os primeiros

⁸⁵ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. “Racismo e Antirracismo no Brasil”. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, Editora 34, 3ª edição, 2009, p. 67.

levantamentos, com uma amostra pequena, eles são favoráveis ao que pregam os partidários das cotas, à luz dos resultados obtidos⁸⁶.

Todavia, ainda que também não se tenha notícia de incidentes em *campi* pelo País envolvendo alunos cotistas e não-cotistas, nota-se um acirramento de ânimos nos debates, mais recentemente com a criação de organizações como o “Movimento Contra o Desvirtuamento do Sistema de Cotas da UFRGS”, o “Coletivo de Estudantes Negros e Negras da UERJ – Denegrir” e o “Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB)”.

Todos eles participaram da recente audiência pública sobre o sistema de cotas no STF e a simples existência de movimentos organizados dessa natureza demonstra a complexidade que a questão vai ganhando. Isso porque, o movimento gaúcho registrou a existência de alunos de escolas públicas que “viajavam para a Europa e andavam de carros importados” sendo beneficiados pelas cotas. Os do movimento carioca realçaram a convivência pacífica nos campos da UERJ desde a implementação das cotas, que deveriam ser ampliadas, especialmente no âmbito da pós-graduação. E os representantes do

⁸⁶ Segundo a já citada pesquisa do IPEA “Juventude e Políticas Sociais no Brasil”, é interessante notar que o número percentual de vagas oferecidas para cotistas é quase ínfimo, pois, em média, foram reservadas para cotas 7.850 vagas por ano no período de 2001 a 2008 pelas instituições públicas de ensino superior, sendo que essas vagas representam apenas 2,4% da média de 331 mil vagas ofertadas por ano por essas instituições. De toda forma, a mesma pesquisa mostra que o número de estudantes negros na UNB, por exemplo, saltou de 2% para 13% de 2004 a 2006. Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, no dia 03 de junho de 2009 (“As cotas desmentiram as urucubacas”, p. A6), o colunista Elio Gaspari registra que nos últimos cinco anos mais de 10 mil alunos se formaram beneficiados por ações afirmativas de inclusão universitária, sendo que: “Na Federal da Bahia, em 2005, os cotistas conseguiram rendimento igual ou melhor que os não cotistas em 32 dos 57 cursos. Em 11 dos 18 cursos de maior concorrência, os cotistas desempenharam-se melhor em 61 % das áreas”. Quanto ao argumento da dificuldade de manutenção dos alunos na faculdade dado sua pior condição econômica, ele anota que: “Entre 2003 e 2007 a evasão entre os cotistas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro foi de 13%. No universo dos não cotistas, esse índice foi de 17%”. Nessa mesma linha, reportagem anterior também da Folha de São Paulo, de 08 de janeiro de 2008, p. C1, informava que: “Em 2006, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do IBGE, 30,4% dos estudantes do ensino superior se declararam pretos ou pardos. É um percentual menor que os 49,5% no total da população, mas que vem crescendo ininterruptamente desde 1998, quando representavam somente 17,6% dos alunos do ensino superior”, sendo que em 2001 esse percentual era de 22,2%.

movimento pardo-mestiço, disseram que a política de cotas da UNB “tem por base uma elaborada ideologia de supremacia racial que visa à eliminação política e ideológica da identidade mestiça brasileira e a absorção dos mulatos e caboclos, dos cafusos e outros pardos pela identidade negra, a fim de produzir uma população exclusivamente composta por negros, brancos e indígenas”⁸⁷.

Ou seja, o que se verifica é que a abertura dos processos seletivos em universidades a critérios políticos (pois é indiscutível que a adoção de ações afirmativas passa por uma decisão política, ainda que de promoção da igualdade), acaba por gerar descontentamento entre aqueles que se sentem prejudicados pelas medidas e mesmo entre os beneficiários das ações, ao menos em tese, que muitas vezes não se sentem suficientemente prestigiados pelos programas já adotados ou sustentam que eles devem ser ampliados respeitando outras clivagens.

Além disso, muitos dos critérios de aplicação das cotas são fluidos e, por isso mesmo, induzem outros debates. Por exemplo, o critério das cotas sociais deve ser sócio-

⁸⁷ Vide a esse respeito a manifestação de Helderli Fideliz Castro no dia 05 de março de 2010, disponível em <www.stf.jus.br>, aonde é possível encontrar também as outras declarações aqui indicadas, feitas pelo estudante de museologia David Curianuzio, da UFRGS, e pelo estudante Moacir Carlos da Silva, da UERJ, de 38 anos, que afirmou ser a primeira pessoa da sua família (toda composta por negros) a cursar o ensino superior. Ao defender o respeito aos mestiços como uma raça, Helderli Fideliz disse que, atualmente, para concorrer às vagas por meio de sistema de cotas o candidato deverá ser de cor preta ou parda, declarar-se negro e optar pelo sistema de cotas, o que faria com que as cotas da UnB não fossem voltadas à proteção de pretos e pardos em si, pois pretos e pardos que se autodeclararam mestiços, mulatos e caboclos são excluídos do sistema de cotas da UnB. No seu entendimento, estariam ensinando o mestiço a ter vergonha de sua origem por falta de uma identidade, nos seguintes termos: “Seria normal o branco ter identidade branca, o negro identidade negra, o índio ter identidade indígena, mas o mestiço não pode ter identidade mestiça”. Vale registrar que, nas audiências públicas no STF, também estiveram presentes representantes do Movimento Negro Socialista e da Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios da OAB/SP, que falaram contra as cotas raciais e a favor das cotas sociais, entendendo que as cotas raciais trazem uma presunção de subserviência dos afrodescendentes que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que são processos econômicos e não raciais que geram o quadro de exclusão atual do Brasil.

econômico (renda média da família), combinado com o fato do beneficiário ser aluno de escola pública ou deve prestigiar apenas o aluno de escola pública independentemente de sua condição econômica? Assumindo a primeira hipótese, o aluno pobre bolsista de escola particular ou o negro nela matriculado regularmente por não ser pobre, pode se beneficiar das cotas? E quem se enquadra como aluno egresso de escola pública? O que estudou a vida inteira em uma ou basta ter cursado o ensino médio? Será que, de fato, toda escola pública forma deficientemente seus alunos, sem exceção?

Como se tornou comum quando assuntos ganham essa dimensão e trazem consigo tanta complexidade e conflituosidade, o Poder Judiciário é hoje a grande arena para os debates sobre o tema, o que só reforça a importância de uma pesquisa jurisprudencial como a que se apresenta, trazendo um amplo levantamento a respeito da matéria e de como ela vêm sendo compreendida e decidida nos Tribunais, mesmo porque, muito provavelmente, será do Poder Judiciário a palavra final sobre o assunto⁸⁸.

⁸⁸ É curioso observar que, em sua fala na audiência pública no STF sobre as ações afirmativas adotadas na UNB e na UFRGS, o presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, Senador Demóstenes Torres (DEM/GO), disse textualmente que incitou seu partido a ingressar com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 186 no Supremo para “buscar uma definição” sobre a reserva de vagas, afirmando que “no Senado Federal, a discussão gira em torno de qual política seria melhor e mais acertada para o Brasil: se a implantação de cotas raciais ou de cotas sociais“. A curiosidade aqui decorre do fato de se ter um legislador afirmando, taxativamente, que espera da Corte Constitucional da República uma decisão para um debate que, no Senado Federal (arena supostamente mais democrática e plural), não tem solução (cf notícia no <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121125>>; acesso em 05.03.2010).

IV.B. Os mecanismos de implementação de ações afirmativas nas universidades federais cujo questionamento judicial foi estudado

Apenas para fins de referência, bem como para que, ao se examinar as decisões jurisprudenciais sobre o assunto seja possível aferir a extensão do controle judicial a respeito do programa de ação afirmativa adotado por algumas universidades federais, verificando se a jurisprudência questiona importantes aspectos destacados na seção III.C. para controle judicial dessas medidas (como a existência de prazo de duração e de uma comissão de avaliação dos resultados das políticas), importa apresentar um brevíssimo panorama dos mecanismos de implementação de ações afirmativas nas universidades federais que sofreram questionamento judicial de seus programas.

Como se detalhará no item IV.C.1. a seguir, a partir do corte metodológico utilizado na pesquisa de jurisprudência, foram questionadas (ou se tentou impor judicialmente) ações afirmativas relacionadas às seguintes instituições:

- Universidade Federal da Bahia (UFBA)
- Universidade Federal de Goiás (UFG)
- Universidade Federal de Uberlândia (UFU)
- Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
- Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
- Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
- Universidade Federal do Paraná (UFPR)

- Universidade Federal de Alagoas (UFAL)
- Universidade Federal do Pernambuco (UFPE)
- Centro Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco (CEFET/PE)

O quadro apresentado no Anexo I deste trabalho traz a indicação sintética das informações mais importantes a respeito das ações afirmativas adotadas por essas instituições, quais sejam, o mecanismo por meio da qual elas foram instituídas, qual a natureza da medida de ação afirmativa (se cotas, bônus ou programa de avaliação seriada, por exemplo), destacando ainda a existência ou não de metas concretas indicadas no plano que implantou a ação afirmativa, qual o seu prazo de validade e se foi criada uma comissão para realizar a avaliação dos seus resultados no decorrer do tempo.

Releva notar que em todas as universidades federais existe a obrigação de implementação também de medidas de apoio aos alunos que vierem a ser beneficiados pelo programa de ações afirmativas, das mais variadas formas (*e.g.* crédito estudantil para aquisição de livros, moradia estudantil com desconto, descontos para refeições no *campus*, apoio pedagógico no processo de adaptação, dentre outras), providência salutar para o sucesso desse tipo de política, considerando que sem um mínimo apoio para permanência dos estudantes, notadamente os beneficiados por medidas de cunho sócio-econômico, pouco importará a ampliação do acesso à universidade.

É interessante observar também que, em todas as universidades federais indicadas, as cotas foram instituídas por ato expedido pelo Conselho Universitário das instituições

(resoluções, sendo que apenas no caso da UFRGS se rotulou como “decisão” ato que era idêntico a todos os outros examinados), produzidos depois de amplo debate na comunidade acadêmica de cada instituição, muitas vezes acompanhados da realização de seminários e audiências públicas sobre a matéria, com forte discussão em cima de levantamentos empíricos.

O que se quer realçar com essa observação é todo o processo envolvido na produção das ações afirmativas adotadas por essas instituições, que não poderia deixar de ser apreciado em sua integralidade quando do controle judicial desse tipo de medida, porque reflexo de um esforço que não envolve apenas o exame da promoção (ou violação) ao princípio da igualdade por tais medidas, mas sim uma tentativa de diversificação do ambiente acadêmico, que na maioria dos casos foi respaldado por discentes e docentes das universidades, o que atribui uma força muito maior à essa normatização estabelecida internamente no âmbito das universidades federais.

IV.C. O debate das cotas na jurisprudência

IV.C.1. Delimitação do objeto e metodologia de trabalho da pesquisa

À luz da linha geral de pesquisa em que esta dissertação se insere, esclarecida logo na Introdução, a primeira investigação que se pretendeu realizar por meio do levantamento de jurisprudência empreendido é a respeito da existência ou não de uma posição definida, especialmente dos Tribunais Regionais Federais, quanto à constitucionalidade ou não dos programas de ação afirmativa que estabelecem reserva de vagas para minorias (*e.g.* negros,

indígenas, quilombolas, dentre outros) e alunos oriundos de escolas públicas nos vestibulares para ingresso em universidades federais.

A segunda linha de investigação, intimamente relacionada com a primeira, busca descobrir se há ou não questionamento judicial acerca da titularidade de competência para instituir políticas públicas voltadas ao desenvolvimento social, no caso da ação afirmativa de cotas sociais e raciais adotadas pelas universidades federais brasileiras.

Aqueles que ingressam na Justiça questionam a constitucionalidade pura e simples das cotas (por violação ao princípio da isonomia, ao da legalidade, ao mérito acadêmico como critério de seleção, dentre outros) ou existe um debate sobre a competência para instituir essa política (se é do Legislativo, do Executivo ou da universidade como entidade autônoma)? O Judiciário por si só enxerga esse conflito ou se sente legitimado para solucioná-lo, sem invadir competência alheia? Ele discute a validade ou não do mecanismo de instituição da política?

Considerando a alta litigiosidade despertada por temas como, por exemplo, o exercício de poder regulamentar pelas agências reguladoras e a tradição de valorização do princípio da legalidade estrita em nosso ordenamento jurídico, a hipótese que se formulou era de que haveria grande questionamento quanto à competência das universidades federais para instituírem esse tipo de ação afirmativa por ato administrativo interno, porém sem que o Judiciário alterasse esse tipo de regulação social por deferência a um comando constitucional explícito que assegura autonomia àquelas instituições e por prestigiar a auto-

aplicabilidade dos postulados constitucionais apresentados na discussão (como o da redução das desigualdades por meio da promoção da igualdade)⁸⁹.

A terceira linha de questionamentos que moveu este trabalho foi a intenção de compreender o papel que o Judiciário se atribui no julgamento das ações afirmativas nas universidades federais. Considerando toda a formulação teórica que foi apresentada sobre o controle judicial de políticas públicas (cf. sub-capítulo III.C), pretendeu-se examinar empiricamente se o Judiciário acolhe ou formula algum conceito de política pública (ou de ação afirmativa) e, em caso positivo, se isso altera de alguma forma a maneira pela qual ele exerce o controle desse tipo de medida.

Buscou-se perquirir, no caso concreto, se, quando as cotas são tidas por inconstitucionais ou ilegais, esses vícios são apenas declarados, sustando-se os efeitos do programa, ou os magistrados determinam as adequações que entendem necessárias. Mais ainda, a hipótese principal que se pretendia testar era a seguinte: nos casos de omissão administrativa, o Poder Judiciário não implementa as políticas pretendidas judicialmente,

⁸⁹ De fato, essa premissa teve como base pesquisas jurisprudenciais realizadas por outros autores que atestam ser essa uma tendência do Poder Judiciário, por exemplo, ao revisar atos expedidos pelas agências reguladoras. Em trabalho ainda não publicado, Daniel Wei Liang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama e Colombo demonstram, a partir da análise de um conjunto formado por 321 decisões judiciais oitundas do STF, STJ e dos cinco Tribunais Regionais Federais, que a tendência judicial é sempre pela manutenção da regulação, sendo que apenas 61 decisões das agências examinadas foram revistas e 244 mantidas (*Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira*. No prelo, 2009, p. 22-25). Em trabalho mais específico, voltado ao exame da revisão judicial pela via da ação coletiva, no âmbito do STJ apenas, de atos expedidos pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Marcelo Salomão Celuzniak observa que em um conjunto de 26 decisões judiciais de mérito por ele examinadas sobre o tema, seis posicionaram-se pela alteração da regulação e as vinte restantes mantiveram as determinações da agência, o que, em termos percentuais, implica dizer que em 76,9% dos casos foi mantida a decisão, ao passo que em 21,3% dos casos ela foi alterada (cf. *A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a PUC-SP. São Paulo: 2009, p. 184).

em respeito ao princípio da separação de poderes, à autonomia universitária e por não se sentir legitimado a adotar medidas distributivas dessa natureza.

A quarta linha de investigação relacionou-se às razões de decidir. Dada a natureza eminentemente principiológica do debate, ao julgar as cotas nas universidades, quais os principais argumentos que motivam o Judiciário pela manutenção ou não da política pública? Além da prevalência ou não do princípio da igualdade material sobre o princípio do mérito acadêmico, por exemplo, existe discussão sobre se a adoção ou não desse tipo de ação afirmativa contribui, atrapalha ou de qualquer maneira se relaciona com o desenvolvimento do País? A hipótese que se formulou aqui era a seguinte: nos casos em que esse tipo de ação afirmativa foi validada judicialmente os magistrados reconhecem essas medidas como importantes para o desenvolvimento do Brasil, por acreditarem que elas promovem a redução de desigualdades econômicas e sociais.

Finalmente a quinta questão que motivou este trabalho é a seguinte: os Tribunais Regionais Federais enfrentam já há alguns anos o debate sobre a questão das cotas nas universidades federais e existem julgamentos sobre a matéria pendentes no Supremo Tribunal Federal (STF). Provavelmente, considerando que a um dos recursos sobre o tema naquela Corte atribuíram-se os efeitos da repercussão geral e existe até mesmo a possibilidade de edição de Súmula Vinculante sobre o assunto, a decisão do STF passará a condicionar todas as outras decisões judiciais futuras a respeito de ações afirmativas como política de inclusão universitária.

Será que ao julgar o tema o STF vai fazê-lo a partir das bases já lançadas pelas decisões dos Tribunais Regionais ou seguirá linha própria de decisão? Aqui o que se fez não foi propriamente o teste de uma hipótese, mas sim um levantamento a respeito das manifestações daquela Corte sobre o tema das ações afirmativas, buscando divisar uma possível linha de argumentação que poderá ser seguida pelo Tribunal no julgamento da questão. Se fosse possível estabelecer uma hipótese, ainda que meramente especulativa, ela seria a seguinte: o STF ao julgar as cotas nas universidades dará menos importância à jurisprudência formada nos Tribunais Regionais sobre o tema e mais importância aos seus próprios julgamentos anteriores sobre assuntos relacionados às ações afirmativas.

No que toca ao âmbito temporal e geográfico da pesquisa empreendida, cujos resultados aqui se apresentam, releva notar que ela foi feita por decisões proferidas a partir do ano de 2.002, quando foi instituído o programa do Governo Federal denominado “Diversidade na Universidade”, primeiro marco legal em nível federal relacionado à instituição de medidas afirmativas no âmbito das universidades federais brasileiras.

Por sua vez, o âmbito geográfico da pesquisa foi o da competência dos Tribunais Regionais Federais, tendo em vista que hoje aproximadamente 30 instituições de ensino superior federal no Brasil adotam política de cotas⁹⁰ e considerando a ampla publicidade eletrônica dada aos julgamentos dessas Cortes, bem como à compilação de suas decisões, a pesquisa poderia apresentar resultados finais mais consistentes.

⁹⁰ Segundo informações obtidas no site da ANDIFES (Associação Nacional de Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior), <www.andifes.org.br>, acesso em 30 de novembro de 2009.

Quanto à técnica de pesquisa empregada, ela consistiu no exame da íntegra dos acórdãos disponíveis pelo sistema de pesquisa dos TRF's na internet e nas manifestações também disponíveis no sítio do STF a respeito de decisões dos Ministros no tema, dado que aqui não se localizaram acórdãos ainda sobre a questão.

Vale registrar que não se partiu de um levantamento sobre quais universidades federais possuem cotas a fim de verificar se, como e porque elas foram questionadas, mas realizou-se sim o caminho inverso. Qual seja, a partir de um levantamento nos Tribunais apurou-se quais universidades tiveram suas cotas contestadas judicialmente para então se aprofundar no mecanismo de implementação da correspondente ação afirmativa e nas razões jurídicas que embasaram seu questionamento.

É importante destacar que foram examinados apenas acórdãos, desconsiderando-se a busca por decisões monocráticas, na medida em que tais decisões revelam tão-somente o entendimento individual e em juízo sumário do relator sobre uma matéria, ao passo que os acórdãos consubstanciam entendimento consolidado e ponderado de toda uma Turma de julgamento (composta, sempre, no mínimo por três desembargadores). Isso se aplica mesmo se tratando de acórdãos envolvendo o julgamento de agravos de instrumento contra o deferimento ou indeferimento de liminares que pediam a concessão ou a reversão de matrícula em universidades a partir da desconsideração da aplicação do sistema de cotas sociais ou raciais, sendo tais decisões também objeto de análise.

Outrossim, não foram examinados todos os acórdãos que apareceram dentro dos critérios de busca. Além dos irrelevantes (que falavam de cota parte de aposentadoria de

servidores públicos que trabalharam em universidades, por exemplo⁹¹), muitos deles versavam o tema das cotas, mas sob um outro prisma, relacionado a critérios de aplicação desse tipo de ação afirmativa, cuja matéria de fundo não se relacionava diretamente com as hipóteses aqui formuladas, conforme se esclarecerá com mais vagar adiante.

Deveras, durante a pesquisa, inicialmente foi feita uma consulta ao portal do Conselho da Justiça Federal (CJF), que fornece um mecanismo integrado de busca de acórdãos em todos os Tribunais federais do Brasil (dos regionais até os superiores)⁹².

Nessa primeira pesquisa foram utilizadas as seguintes expressões de busca: “cota e universidade”, bem como “ação afirmativa e universidade”. Importa esclarecer que o mecanismo de busca procura pelas expressões indicadas no plural e no singular (isoladamente ou de forma combinada), dando como resultado, por exemplo, acórdãos em que constava a palavra cota no singular e universidade no plural ou vice-versa, ou ainda com ambas no plural ou no singular.

Embora fossem expressões de busca bastante amplas, não se verificou a necessidade de maior refinamento na pesquisa⁹³, pois apenas com essas expressões (que sinteticamente definem o assunto) já se obteve um número alto de precedentes especificamente

⁹¹ Como a Apelação em Mandado de Segurança nº. 20058300016354-3, do TRF da 5ª Região.

⁹² As buscas foram feitas acessando o endereço <www.cjf.jus.br> em 15 de novembro de 2009, sendo novamente confirmadas com busca em 29 de novembro de 2009.

⁹³ Uma outra expressão de busca acabou sendo acrescida, mas daí apenas por uma questão gramatical. Durante a leitura dos acórdãos relevantes do TRF da 5ª Região, em um deles foi mencionado um precedente que não aparecia nos critérios de busca até então utilizados, isso porque o relator grafava “quotas” e não “cotas” (Apelação em Mandado de Segurança nº. 20078300003888-5). Refazendo a busca no Portal da CJF com a expressão “quotas” e “universidade”, esse foi o único precedente relevante encontrado dentro de tais parâmetros, o que não alterava os resultados obtidos na pesquisa e nem invalidava os cortes de busca adotados.

relacionados ao objeto da pesquisa, com um número baixo, por sua vez, de precedentes irrelevantes.

Como medida para verificação da acuidade do mecanismo de busca do CJF a pesquisa com esses mesmos critérios foi repetida nos sítios na *internet* do STF⁹⁴, do TRF da 1ª Região⁹⁵ e do TRF da 3ª Região⁹⁶ (escolhidos aleatoriamente apenas para fins de verificação de segurança), tendo sido obtido o mesmo número de resultados tanto na busca do CJF quanto na busca nos sítios próprios daqueles Tribunais.

A partir dos resultados iniciais alcançados, que serão individualizados nos tópicos referentes a cada Corte, foi feito um filtro mediante o exame das ementas disponíveis, a fim de se apurar se o acórdão debatia ou não a constitucionalidade das cotas instituídas nas universidades federais brasileiras, sendo que apenas os acórdãos dessa natureza foram objeto de estudo na íntegra.

Isso porque, durante a pesquisa, constatou-se que existem outras ordens de assuntos que são judicializados no debate sobre as cotas sociais e raciais nas universidades. De fato, não existem apenas ações questionando a constitucionalidade das cotas, ajuizadas por pessoas que se sentiram prejudicadas por não terem sido aprovadas no vestibular em função da redução de vagas a partir da instituição dessa ação afirmativa que reputam inconstitucional (ou seja, questionamentos quanto à *formulação* da política).

⁹⁴ <www.stf.jus.br>

⁹⁵ <www.trf1.jus.br>

⁹⁶ <www.trf3.jus.br> O TRF da 3ª Região foi escolhido para verificação de segurança também porque não apresentou nenhum resultado relevante para a pesquisa na busca feita junto ao CJF, sendo certo que os mesmos quatro acórdãos que não guardavam qualquer pertinência com o objeto deste estudo, para os critérios de busca “cota e universidade”, foram apresentados no sítio na internet do Tribunal e no do CJF.

Existem também ações ajuizadas por vestibulandos que queriam ser enquadrados como cotistas, mas não o foram, em função de terem estudado parte da vida apenas em escola pública (e aqui há grande controvérsia, porque a verdade é que cada universidade federal estabelece um critério para qualificar um estudante como egresso do ensino público), ou por terem completado o segundo grau por meio de curso supletivo ou, ainda, por terem deixado de apresentar algum documento comprobatório de sua condição de cotista no prazo determinado em edital (ou seja, aspectos de *execução* da política pública).

Essas discussões serão destacadas mais à frente, porque envolvem outras considerações importantes no tema, que se relacionam à gestão e aplicação do sistema de cotas e mostram insatisfações inclusive de quem poderia se beneficiar das medidas, como já se falou anteriormente, e não apenas de quem se sente prejudicado por elas.

Com certeza é uma outra vertente do assunto que possibilita estudos relevantes sobre a questão, entretanto, tais discussões não foram objeto de exame mais detido por não se relacionarem diretamente com as hipóteses que se pretendia investigar nesta pesquisa.

Porém, o número de ocorrências relacionadas a esses assuntos, que classificamos como *problemas de aplicação das cotas* (porque relacionados aos critérios de aplicação e não de constituição desse tipo de ação afirmativa), será indicado, quando aplicável, no tópico próprio de cada Tribunal.

Uma terceira via temática que acabou se descobrindo durante a pesquisa, mas cujos acórdãos foram também examinados na íntegra por se relacionarem ao objeto deste estudo, diz respeito a ações ajuizadas pelo Ministério Público Federal almejando fosse determinada, por ordem judicial, a criação de cotas sociais e raciais por universidades federais que não adotavam essa espécie de ação afirmativa em seus vestibulares.

Uma vez que o debate jurídico sobre as cotas sociais e raciais já caminha há mais tempo e está mais maduro nos Tribunais Regionais Federais é por eles que começaremos a apresentação dos resultados da pesquisa, o que facilitará a compreensão de todas as nuances do tema⁹⁷.

Essa é, inclusive, a razão de termos nomeado o tópico como *entendimento* dos TRF's sobre o tema, porque já existem posições mais cristalizadas nessas Cortes sobre a matéria, ao passo que no STF, o que temos são apenas *manifestações* em verdade sobre o assunto das cotas em universidades, ou de forma incidental no julgamento de alguma outra questão de mérito, ou porque existem votações em andamento cujos julgamentos ainda não foram concluídos (em que pese haver alguns interessantes julgados sobre ações afirmativas em outras áreas que serão destacados, como já se observou antes).

Assim, embora o STF seja a Corte suprema de nosso ordenamento jurídico, faremos a exposição dessas manifestações por último, inclusive já objetivando a verificação da

⁹⁷ - Sobre a razão da exclusão do STJ dos critérios de pesquisa, vide novamente a nota de rodapé n°. 2, na Introdução do trabalho.

derradeira linha de pesquisa anteriormente indicada, quanto à reprodução (ou não) do debate feito nos Tribunais Regionais no âmbito do STF.

Cumprе destacar que o Anexo II lista o número de todos os processos cujos acórdãos foram examinados para apresentação dos resultados desta pesquisa, tanto no STF, como nos TRF's.

IV.C.2. A posição dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema

A partir das expressões de busca indicadas anteriormente, para a locução “cota e universidade”, foram apontados 136 resultados no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (TRF's) do País.

Valendo-se da expressão “ação afirmativa e universidade”, foram apontados 30 resultados, sendo que todos eles, à exceção de um⁹⁸, já tinham sido indicados dentro do critério de pesquisa “cota e universidade”⁹⁹.

⁹⁸ Foi a Apelação Cível em Mandado de Segurança n°. 20078300003888-5, relatada pelo Desembargador Francisco Cavalcanti que grafava quotas e não cotas, conforme já se explicou anteriormente.

⁹⁹ Apenas para fins de referência, a expressão de busca “PROUNI” apresentou 69 resultados no sítio na internet do CJF. Desses, 06 já constavam dos resultados obtidos com o primeiro padrão de busca (“cota e universidade”), porque se referiam a ações nas quais se discutia se deveriam ser aplicados os critérios e percentuais estabelecidos no âmbito do Programa Universidade para Todos (PROUNI) para reserva de vagas, ao invés dos percentuais de cotas ou os critérios do programa fixado pela universidade federal, tidos eventualmente como desproporcionais (*e.g.* Apelação n°. 20087100002546-2, do TRF da 4ª Região). Os outros 63 resultados discutiam apenas questões burocráticas como o fato do aluno que pretendia se beneficiar do PROUNI já ter uma dívida pendente com a faculdade ou ter feito outro curso superior, o que violava requisitos para obtenção de bolsa no programa. Contudo, nenhum desses 63 acórdãos discutia se era constitucional ou não o sistema de cotas estabelecido no bojo do PROUNI, o que só reforça o acerto de excluir a análise desse tema do objeto desta pesquisa.

Sendo assim, a análise no âmbito dos TRF's se restringiu às 136 ocorrências mencionadas anteriormente, sendo certo que eram 44 da 1ª Região, 06 da 2ª Região, 04 da 3ª Região, 60 da 4ª Região e 22 da 5ª Região¹⁰⁰.

Passamos então a analisar em que termos se coloca o debate sobre as cotas sociais e raciais adotadas pelas universidades federais em cada uma dessas Cortes, cotejando essa discussão com as hipóteses alhures indicadas.

IV.C.2.1. A posição do TRF da 1ª Região¹⁰¹

Dos 44 resultados obtidos na 1ª Região, apenas 05 deles se relacionavam diretamente ao objeto da pesquisa, sendo que 38 discutiam os chamados *problemas de aplicação das cotas*, já exemplificados anteriormente, além de 01 ser irrelevante, versando sobre matéria penal (acusação de uso de rádio pirata¹⁰²).

¹⁰⁰ Apenas para fins de referência, os 30 resultados da busca pela expressão “ação afirmativa e universidade” estavam assim distribuídos: 04 na 1ª Região, 02 na 2ª Região (que na verdade são um só, porque o mecanismo indicou dois repetidos, mas na contabilização total consideramos apenas um, daí porque 30 e não 31 acórdãos ao todo); nenhum na 3ª Região, 23 na 4ª Região e 02 na 5ª Região. Dentro da expressão de busca PROUNI, os 06 precedentes relevantes, tirados do total de 69 resultados ao todo, eram da 4ª Região, oriundos da mesma Câmara na qual em uma das ações um dos julgadores sugeriu a aplicação do percentual estabelecido dentro PROUNI e não o fixado pela Universidade para reserva de vagas, o que foi rejeitado pela maioria sob o fundamento, correto em nossa opinião, de que o PROUNI e o Programa Diversidade na Universidade almejam fins distintos, por isso possuem meios distintos e critérios de avaliação distintos. Esse debate se repetiu em outros julgamentos daí porque as 06 ocorrências (e.g. agravo de instrumento nº 200904000294515).

¹⁰¹ A área de jurisdição do TRF da 1ª Região abrange as Seções Judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

¹⁰² Recurso em Sentido Estrito nº. 200633000163004. A razão desse processo ser capturado pelo mecanismo de busca é a menção no voto do relator ao Decreto-lei nº. 236/67, que em seu artigo 4º, dispõe que “os serviços de radiodifusão somente poderão ser executados pela União, Estados, Territórios, Municípios, Universidades Brasileiras, Fundações constituídas no Brasil e por sociedades por ações nominativas ou por cotas”.

Verifica-se desde já que, junto com o TRF da 4ª Região, o TRF da 1ª Região é onde mais se encontraram ações discutindo o tema das cotas sociais e raciais. Foram apenas 06 os precedentes diretamente relacionados ao objeto da pesquisa, porém muitos (38) os que discutiram os critérios de aplicação de cotas. Especialmente aqueles voltados a questionar a aplicação da Resolução nº 01/2004 do Conselho Superior de Pesquisa e Extensão da Universidade Federal da Bahia (CONSEPE/UFBA), mas sob um ponto de vista técnico, debatendo a suposta impossibilidade de que ela fosse aplicada já para o vestibular de 2005, porque editada no meio do ano anterior, o que violaria uma regra de anterioridade da própria UFBA (estabelecida pelo artigo 35, da Resolução nº. 01/2002), no sentido de que alterações no processo do vestibular só poderiam valer para o mesmo ano se editadas até março. E a Resolução nº. 01/2004 fora editada em julho daquele ano, embora excepcionando que a implementação das cotas a partir de 2005 não estaria sujeita à regra de anterioridade, porque não relacionada a conteúdos mínimos de estudo para as provas.

De fato, foram mais de 08 acórdãos debatendo esse tema, o que seria mesmo natural considerando que a UFBA foi a segunda universidade federal do País a adotar o sistema de cotas, sendo razoável supor que a litigiosidade do tema foi maior quando da sua implementação, embora seja curioso registrar que sob a jurisdição do TRF da 1ª Região está o Distrito Federal e nenhum dos acórdãos encontrados questionava os critérios de aplicação ou o sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília (UNB), pioneira entre as universidades federais nesse tipo de ação afirmativa como se informou anteriormente.

De qualquer forma, a partir da leitura dos 05 acórdãos selecionados para exame é possível se afirmar uma tendência no TRF da 1ª Região, havendo uma orientação majoritária (ou já bastante consolidada) quanto à constitucionalidade das cotas sociais e raciais como critério de ingresso nas universidades federais localizadas no seu âmbito de jurisdição.

Porém, isso é apenas uma tendência, considerando o baixo número de decisões sobre o assunto diretamente e, principalmente, porque está pendente de julgamento naquela Corte incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues junto ao Pleno da Casa, nos autos dos embargos infringentes em sede de apelação cível nº 20053300018352-3 (“Caso UFBA 18352”)¹⁰³, que será tratado mais detidamente adiante.

O primeiro precedente, em sede de acórdão, que abordou o assunto tocando a constitucionalidade das cotas no TRF da 1ª Região foi o da apelação em mandado de segurança nº. 20063300002978-0 (“Caso UFBA 2978”), relatado pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Era uma apelação interposta pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), contra sentença que em mandado de segurança deferiu a matrícula a duas alunas que ficaram em 68ª e 85ª posições no vestibular para Veterinária, porém não foram aprovadas em função da reserva de vagas pelas cotas, reputadas inconstitucionais pelo Juiz de primeiro grau.

¹⁰³ Para tornar a leitura do trabalho mais dinâmica, além de facilitar a lembrança quanto a citações de decisões e fundamentações específicas debatidas durante a exposição, todos os casos detalhados neste trabalho serão nomeados. E como critério para isso se usará o nome da Universidade envolvida no processo. Na hipótese de haver mais de um caso envolvendo a mesma universidade, o nome será dado com a indicação da universidade e do número final do processo analisado, após a série de zeros e sem o dígito verificador.

Citando a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, no sentido de que “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação decidida em função dele”¹⁰⁴, Sua Excelência entendeu que “o fator racial não apresenta nenhuma relação com o benefício que foi outorgado aos negros: acesso à escola pública”, embora tenha manifestado concordância com a existência de cotas para estudantes egressos de escolas públicas, aduzindo que daí seria notória a violação ao dever de prestar ensino de qualidade pelo Estado.

Ao reformar a sentença, em seu voto vencedor a relatora teceu longas considerações sobre a possibilidade constitucional e jurídica de implantação das ações afirmativas, mormente quando no âmbito da autonomia universitária e visando dar concretude a direitos fundamentais como da educação e da igualdade, além de entender que as ações afirmativas são políticas públicas voltadas à redução de históricas e notórias desigualdades sociais e econômicas (e dada essa notoriedade sem indicar empiricamente dados que amparassem essa afirmação), com o nítido intuito de promover o desenvolvimento da nação, pugnando pela constitucionalidade das cotas.

Além de ser o primeiro julgado localizado sobre o tema, esse acórdão pautou o exame dos outros casos similares que chegaram ao TRF da 1ª Região, sendo citado como precedente favorável às cotas na UFBA também na Apelação em Mandado de Segurança

¹⁰⁴ *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 47.

nº. 20063300008424-9 (“Caso UFBA 8424”), relatada pelo Desembargador Federal João Batista Moreira. Tratava-se de recurso interposto por um candidato que julgava as cotas inconstitucionais, por violação ao princípio da legalidade estrita e da isonomia, em face de sentença que indeferiu seu pedido de matrícula no curso de Engenharia Elétrica.

Aqui também se entendeu que não haveria violação ao princípio da igualdade (que não veda a discriminação positiva) e que as cotas eram ações afirmativas válidas para redução das históricas desigualdades que afligem especialmente negros e índios (nas palavras do acórdão: “dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição”) e definindo-as como políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais (no caso a universalização do ensino, inclusive apresentando-se conceituação dessas expressões).

Porém, a fundamentação mais ampla da decisão, tratada como questão prévia para exame da matéria, foi a respeito da possibilidade de implantação de uma ação afirmativa por meio de resolução da universidade, sem lei específica e formal a respeito. O acórdão apresentou toda a doutrina nacional que versa sobre a chamada “constitucionalização da Administração”, que autorizaria o exercício de “competência normativa autônoma do Poder Executivo”, apontada como “necessidade prática do Estado contemporâneo em face da complexidade, urgência e tecnicidade das matérias postas a cargo da Administração”, além de, no caso específico, assegurada pela autonomia constitucional explícita concedida às universidades federais e por ausência de reserva de lei específica para regular o assunto,

“não bastando a reserva genérica do art. 5º, II”¹⁰⁵. Afirmou-se também não haver afronta ao princípio do mérito acadêmico, que deve ser compreendido juntamente com outros princípios que norteiam a atividade acadêmica, como o da igualdade de oportunidades, que não seria respeitado sem as cotas.

Como se depreende da leitura dos dois acórdãos em tela, eles reconheceram as ações afirmativas como políticas públicas, estabelecendo-as como mecanismo de estímulo ao desenvolvimento, mediante a promoção da igualdade e a redução das desigualdades. Com relação ao aparente conflito de competência entre Executivo e Legislativo, reconheceu-se o poder normativo das universidades sobre o tema, diante do postulado da autonomia universitária e da natureza constitucional dos direitos promovidos por meio da política de cotas da UFBA. Afirmou-se ainda a constitucionalidade das cotas, que não violariam o princípio da isonomia, que deve perseguir a igualdade material, reconhecendo o Poder Judiciário como legitimado para decidir a questão.

O que se constatou também no exame dessas decisões é que o Tribunal concentrou a apreciação da constitucionalidade ou não das políticas de cotas principalmente sob dois aspectos: a ausência de violação ao princípio da legalidade estrita (artigo 5º, inciso II) e o caráter afirmativo do comando do artigo 3º, inciso IV, ambos da Constituição Federal.

¹⁰⁵ Apenas para fins de referência e eventual interesse por aprofundamento no tema, as obras citadas na fundamentação do acórdão foram as seguintes: KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, II, p. 22-23; OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28; ARAGÃO, Alexandre Santos. “Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 225, jul.-set./2001, p. 124; FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 172, 183 e 210; BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 33, set-out/2005, p. 25; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111-112; e CUELLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 118-122.

Nas duas ações, outros temas também foram ventilados em sede de recurso, porém ou o Tribunal os ignorou ou sucintamente os rejeitou, como que a demonstrar que o importante era marcar posição a respeito da constitucionalidade da ação afirmativa, sendo todo o resto secundário.

Por exemplo, no caso “UFBA 2978”, a UFBA questionou eventual prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para que as alunas impugnassem o edital do vestibular (o que foi rapidamente rechaçado pela Turma em sede preliminar sob o fundamento de que a lesão ao Direito só nasceu quando elas tiveram pontuação suficiente para aprovação) e no caso “UFBA 8424”, dentre outras questões, a sentença havia rejeitado a pretensão do aluno também porque ele se classificara em 86º lugar, quando estavam em disputa 80 vagas. Ou seja, não só as cotas teriam de ser inconstitucionais, como ele também teria de ser chamado na 3ª ou 4ª lista de aprovados para que pudesse ter direito à matrícula.

Como se observou antes, porém, o entendimento do TRF da 1ª Região poderá ainda ser alterado, notadamente quanto à constitucionalidade da Resolução nº. 01/2004 da UFBA, debatida nesses dois primeiros julgados, por estar pendente de julgamento o incidente de inconstitucionalidade do caso “UFBA 18352”.

Embora suscitado em dezembro de 2008, esse incidente até hoje não foi apreciado e no andamento processual obtido em regular acompanhamento do processo feito até a data de conclusão deste trabalho, constava que em 09 de março de 2010, fora protocolada uma

petição de desistência do recurso¹⁰⁶, contudo sem decisão quanto à sua homologação, estando os autos conclusos com a relatora.

O acórdão do qual se originou o incidente de inconstitucionalidade em tela não foi objeto do primeiro corte de análise indicado para a presente pesquisa, porque versava sobre o critério temporal de aplicação da Resolução nº. 01/2004 da UFBA, mencionado brevemente na introdução deste sub-capítulo. Contudo, dentro da dupla verificação para confirmação empreendida durante os trabalhos, verificou-se sua relevância a partir do incidente de inconstitucionalidade suscitado.

Ao apreciar os referidos embargos infringentes, opostos pela UFBA com o intuito de reverter acórdão que lhe fora desfavorável apenas por afastar a aplicação das cotas ao vestibular de um ano específico (o de 2005, por considerar ilegal a revogação casuística do prazo de aplicação das normas do vestibular, como explicado anteriormente), tendo determinado a matrícula de uma candidata ao curso de Direito caso ela fosse aprovada nas provas, a relatora Maria Isabel Gallotti Rodrigues entendeu que, a despeito da discussão sobre o critério temporal de aplicação da norma e em que pese os relevantes motivos de redução de desigualdades sociais que a política de ação afirmativa em tela pretendia alcançar, o mérito universitário como critério de acesso era garantia muito importante que não poderia ser desvirtuada, mormente porque a obrigação do Estado com educação seria de universalização do ensino fundamental e progressiva universalização do ensino médio (cf. artigo 208, incisos I e II, da Constituição Federal), pautando-se o ensino superior pela

¹⁰⁶ Cf. <www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF>, acesso em 10 de março de 2010.

excelência que só poderia ser obtida com o ingresso dos mais capacitados (artigo 208, inciso V, da Constituição Federal).

O entendimento da relatora dos embargos em tela foi de que o incidente seria necessário, pois a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público (no caso a Resolução CONSEPE 01/2004, da UFBA) depende do voto da maioria absoluta dos membros da Corte Especial, nos termos do artigo 97¹⁰⁷, da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n.º. 10¹⁰⁸, editada pelo STF. Para a relatora, toda a matéria debatida no processo tinha sido devolvida à Seção dada a divergência integral entre voto vencedor do acórdão da apelação (que reconhecia a constitucionalidade das cotas e possibilidade de aplicação imediata da nova resolução, ambas sob o fundamento de que caberia à Administração editar e revogar seus atos de organização interna) e o voto vencido (que reputava as cotas inconstitucionais e a retroatividade pretendida abusiva por violar a segurança jurídica).

A votação pelo acolhimento do incidente foi apertada, com voto desempate do presidente da Seção Desembargador Antônio Ezequiel da Silva, vencidos a Desembargadora Selene de Almeida e o Desembargador João Moreira, relatores, respectivamente, do primeiro e do segundo precedentes aqui examinados (favoráveis às cotas). O que só reforça a percepção de que há uma tendência (manifestada em decisões

¹⁰⁷ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

¹⁰⁸ Súmula Vinculante n.º. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

lideradas por dois magistrados), mas não um entendimento majoritário pela constitucionalidade das cotas no âmbito do TRF da 1ª Região.

Além disso, releva notar que essa linha de decisão, a respeito da violação ao princípio da reserva de plenário quando julgadas inconstitucionais as resoluções que estabeleceram as ações afirmativas pelas universidades, foi poucas vezes ventilada em outros processos examinados nesta pesquisa e parece possuir uma fundamentação jurídica consistente, o que indicaria mesmo uma medida salutar para evitar julgamentos conflitantes entre Turmas do mesmo Tribunal sobre o assunto, como se verificou, por exemplo, no TRF da 4ª Região sobre o qual se tratará mais adiante. Ainda que imposta apenas no caso de reconhecimento da inconstitucionalidade da ação afirmativa.

Entretanto, os casos mais significativos encontrados no TRF da 1ª Região se relacionam aos acórdãos prolatados nos autos das apelações cíveis nº 1999380003630-8 (“Caso Federais Mineiras”) e nº. 19993500019412-6 (“Caso UFG”), nos quais, contrariando muito da elaboração teórica que se fez anteriormente neste trabalho, verificasse o Poder Judiciário criando políticas públicas.

Com efeito, no Caso das Federais Mineiras, apelação cível também relatada pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, todas as universidades federais estabelecidas em Minas Gerais¹⁰⁹ insurgiram-se contra sentença, proferida nos autos de

¹⁰⁹ Foram apelantes: Universidade Federal de Viçosa, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Lavras, Universidade Federal de Uberlândia, Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Ouro Preto, Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei, Escola Federal de Engenharia de Itajubá, Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina, Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas, Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais.

ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que havia determinado que elas reservassem 50% das suas vagas disponíveis anualmente aos alunos egressos do sistema público de ensino, “vistos como tais aqueles que até a presente data hajam frequentado escola pública por um lapso temporal mínimo de 2 anos, mediante regular concurso vestibular” (trecho do relatório do acórdão em tela).

O fundamento principal da ação e da sentença era no sentido de que haveria uma omissão administrativa, consubstanciada na violação do dever do Estado de oferecer ensino fundamental e médio gratuito e de qualidade (cf. artigos 6º, *caput*, 205, 206 e o precitado artigo 208, incisos I e II, da Constituição Federal), que acabava por gerar uma desigualdade entre os concorrentes do vestibular oriundos de escolas públicas e privadas.

O acórdão tem 40 páginas e traça todo um histórico e perfil do ensino superior no Brasil, baseando-se em levantamentos da OCDE e do IBGE para comprovar a situação de exclusão social e econômica existente no ensino universitário do país, que prejudicaria especialmente negros e mais ainda os alunos de escolas públicas.

Muito bem fundamentado, o acórdão traz também uma série de citações à doutrina sobre a questão de ações afirmativas no ensino superior, que estabeleceria quais deveriam ser os requisitos de uma boa política pública a esse respeito, voltada à redução das desigualdades e ao desenvolvimento nacional, em linha com a fundamentação adotada pela relatora também no caso UFBA 2978. Observou ainda que não haveria violação ao princípio da separação de poderes, porque caberia também ao Judiciário dar concretude aos direitos fundamentais previstos na Constituição, nem ao princípio da legalidade estrita

porque, também para dar concretude aos direitos fundamentais, as universidades poderiam aplicar ações afirmativas, ainda que determinadas judicialmente.

Em função disso, os recursos de todas as apelantes foram rejeitados, mas, aproveitando-se do fato de que o processo fora remetido ao Tribunal também em reexame necessário (cf. artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil), o que devolveu a apreciação de toda a matéria para a Corte, a relatora reformou parcialmente a sentença, por entender que o prazo mínimo de dois anos de estudo em escola pública poderia dar azo à fraudes de alunos que se matriculariam em escolas públicas por esse período, mas continuariam complementando seus estudos em cursos pré-vestibular particulares, fazendo com que ela determinasse que os beneficiários da medida seriam aqueles que tivessem estudado em escola pública por todo o ensino fundamental e médio.

Ademais, estabeleceu-se gradação na implementação das cotas, curiosamente “em respeito à autonomia universitária”, segundo disse relatora, bem como se autorizou o estabelecimento de pontuação mínima para aprovação mesmo dentro do sistema de cotas, sob o mesmo argumento e também a fim de assegurar que não houvesse grande prejuízo à produção científica e ao princípio do mérito acadêmico.

A parte dispositiva do acórdão em tela foi então assim lançada:

“Destinando-se a discriminação positiva a favorecer aos mais pobres e, portanto, em maior desvantagem econômica social, reforma a sentença, em parte, para os seguintes efeitos: (a) A reserva de cinquenta por cento de vagas é para os que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escola pública; (b) A implementação da reserva de vagas será gradativa e, por isso, numa média de 10% de reservas por ano até completar cinco anos; (c)

As rés poderão estabelecer pontuação mínima para o preenchimento das vagas; (d) As vagas reservadas não preenchidas poderão ser oferecidas aos alunos egressos da rede particular de ensino”.

Como se verifica claramente, nesse caso, tendo uma visão marcadamente desenvolvimentista (por entender que ações afirmativas, como as requeridas pelo Ministério Público Federal, contribuiriam para promoção da igualdade mediante a redução de desigualdades e que a universalização do ensino seria o motor do desenvolvimento) e entendendo que seria sim de sua competência suprir omissão administrativa do Poder Executivo, o Poder Judiciário fixou (em primeira instância) e modulou (em segunda instância) uma política pública de ação afirmativa que seria imposta a todas as universidades federais de Minas Gerais¹¹⁰.

Por sua vez, no Caso UFG, foi prolatado o outro acórdão envolvendo fixação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, no âmbito do TRF da 1ª Região (apelação n.º.

¹¹⁰ Essa decisão foi objeto de Recurso Especial e Extraordinário. Em pesquisa realizada no sítio do STJ na internet, por meio do número do processo de origem, verificamos que foi determinado o processamento do REsp n.º. 1122404/MG, interposto pela Universidade Federal de Viçosa e distribuído ao Ministro Relator Hamilton Carvalhido, da 1ª Turma, em 24 de setembro de 2009 (o processamento desse recurso foi determinado apenas em abril de 2009, quando foi provido o agravo n.º 1111055/MG, relatado pelo Ministro Francisco Falcão). Nada constava com relação às outras universidades envolvidas na ação, em que pese a distribuição ao relator ter sido feita por prevenção. Além disso, nenhum resultado apareceu para a mesma busca no STF. Assim, não se tem informações precisas sobre a implementação ou não do acórdão em questão. Sabe-se, entretanto, que a Universidade Federal de Uberlândia, a partir desse estímulo, passou a adotar política de avaliação seriada voltada à estudantes de escolas públicas, instituindo o PAAES - Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia, conforme verificamos examinando a apelação cível n.º 20083803009701-5, que versava sobre problemas burocráticos envolvendo a sua aplicação. Além disso, durante a pesquisa constatou-se que a UFMG passou a adotar política de bônus para minorias e egressos do ensino público em seu vestibular, conforme já esclarecido anteriormente na seção IV.A.1. Nas buscas por maiores informações sobre as outras universidades mineiras constatamos que também a Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), desde o seu vestibular de 2006 adotou uma política de avaliação seriada e outra de reserva de vagas, instituída pela Resolução n.º. 16/2004 e depois aprimorada pela Resolução n.º. 05/2005. Nelas ficou estabelecido o prazo de 10 (dez) anos para duração da política, sendo que para o concurso vestibular de 2006, foram reservadas 30% das vagas, de todos os cursos, para egressos de escolas públicas. No vestibular de 2007, 40% das vagas, para egressos de escolas públicas. Dentro desses percentuais 25% das vagas seriam para candidatos autodeclarados negros e são considerados alunos de escolas públicas aqueles que tiverem cursado, no mínimo, sete séries no sistema público de ensino. Com relação às demais universidades federais mineiras envolvidas no processo, não se obteve informação segura sobre se atualmente eles adotam ou não ações afirmativas.

19993500019412-6, relatada pelo Juiz Federal convocado Carlos Augusto Pires Brandão), que adotou basicamente os mesmos fundamentos do caso anterior, citando-o, inclusive como precedente, juntamente com o Caso UFBA 2978.

Aqui também cuidava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, com pedido de reserva de 50% das vagas no vestibular da Universidade Federal de Goiás (UFG) para alunos egressos da escola pública, anualmente. Todavia, o juiz de primeiro grau houve por bem rejeitar a ação, entendendo que a discriminação que o pedido ministerial pretendia combater era provocada não pela universidade, mas sim pelas circunstâncias do ensino público no Brasil não ser de qualidade, o que não se resolveria apenas mediante a reserva de vagas.

Ao prover o recurso, como se disse, o relator repetiu os mesmos fundamentos indicados no acórdão do Caso das Federais Mineiras, mencionando também a aplicação da teoria da justiça de Rawls¹¹¹, que pode ser sintetizado no trecho em que afirma o seguinte: “Descumprindo o Estado com o princípio de igualdade de condições (igualdade material) com relação aos alunos pobres da escola pública do ensino básico, há que se promover uma desigualação positiva para o efeito de se conseguir a igualação jurídica real”¹¹².

¹¹¹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹² Outro trecho interessante do acórdão em questão é o em que o relator afirma ser “simplismo dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas não constituem a única providência necessária. Não se há de erigi-la em solução permanente e única. Não se pode, todavia, considerá-la como mero paliativo, pois uma elite científica e acadêmica nova, equilibrada em diversificação, por certo contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular”.

Indicou ainda o relator, a título de exemplo, que a UFBA, por meio da Resolução nº 01/2004, já adotava essa política com bastante êxito, fixando reserva de vagas de até 45% no seu vestibular. Mas ao concluir seu voto, observou o seguinte na parte dispositiva:

“Entendo que o Judiciário deva fixar esse mínimo em 10% das vagas, ficando uma reserva maior a critério e dentro da autonomia de cada Instituição de Ensino Superior. Com fundamento em tais considerações, dou parcial provimento à apelação para julgar procedente, em parte, o pedido inicial assegurando aos alunos que tenham cursado todo o ensino fundamental e médio em escolas públicas o percentual de 10% das vagas previstas no vestibular da Universidade Federal de Goiás. O cumprimento dessa decisão, condicionado ao trânsito em julgado, não alcançará os resultados de vestibulares já realizados”.

Ou seja, à luz das linhas de pesquisa lançadas para este trabalho, o que se percebe nesses dois casos é o Judiciário se reconhecendo como agente do desenvolvimento e, ao invés de solucionar eventual conflito de competência (por omissão, no caso), entre Legislativo e Executivo, constituindo em mora aquele que se reputasse responsável por isso, atribuiu para si a responsabilidade de criar e depois modular uma ação afirmativa, textualmente reconhecida como política pública, cuja constitucionalidade era afirmada pelo julgado, inclusive impondo-se sua imediata efetivação, ainda que por criação jurisprudencial.

Assim, fazendo-se um balanço do exame dos 05 acórdãos pertinentes ao objeto da pesquisa em tela, verifica-se que nos cinco prevaleceu a tese favorável à constitucionalidade das cotas sociais e raciais, ainda que em um deles o julgamento dos embargos infringentes tirados do acórdão favorável às cotas não tenha sido concluído (Caso UFBA 18352), em função do incidente de inconstitucionalidade ali argüido que, de qualquer forma, irá se restringir à política de cotas da UFBA.

Em todas as decisões examinadas verificou-se que os magistrados não reconhecem a existência de um conflito de competência entre o Poder Executivo (universidades federais) e o Poder Legislativo quando as ações afirmativas como as que se debatem neste trabalho são instituídas diretamente pelas universidades (ou mesmo pelo Poder Judiciário), inclusive com grande teorização a respeito dos conceitos de ação afirmativa e de políticas públicas.

O Judiciário não só se enxergou apto a solucionar o conflito que chegou às suas mãos, reconhecendo que as universidades poderiam editar atos autorizando a implementação de ações afirmativas, como em dois casos ditou ele mesmo quais deveriam ser os parâmetros da política pública, ainda que em ambos com critérios distintos, o que, em nossa concepção, além de representar um desequilíbrio no princípio da separação de poderes (com implicação de existência de um *potencial normativo da tutela coletiva*), traz também o risco da chamada *vigência territorial fragmentada* da regulação social do tema das cotas na região sob jurisdição daquele Tribunal.

Isso porque, embora a fundamentação dos dois acórdãos tenha sido praticamente idêntica, em um caso (Federais Mineiras) estabeleceu-se reserva de 50% das vagas e em outro (UFG) de 10% das vagas anuais para os alunos cotistas.

Sobre o tema, vale fazer menção, novamente, ao trabalho desenvolvido por Marcelo Salomão Celuzniak¹¹³. Embora versando o controle judicial de atos de regulação no setor de telefonia pela via de ações coletivas (por meio de ações civis públicas, por exemplo,

¹¹³ *A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a PUC-SP. São Paulo: 2009.

como as duas citadas anteriormente), o autor é quem cunha as expressões referidas no parágrafo anterior, sobre o *potencial normativo da tutela coletiva* e o risco da regulação judicial com *vigência territorial fragmentada*.

Em seu trabalho, Celuzniak demonstra, por meio de pesquisa realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como decisões judiciais proferidas em ações civis públicas discutindo assuntos relacionados à prestação do serviço de telefonia no Brasil, ao declararem ilegal alguma determinação regulatória, acabavam por, muitas vezes, substituir a tarefa de regulação esperada do Poder Executivo por uma normatização criada jurisprudencialmente (*potencial normativo da tutela coletiva*), invariavelmente estabelecida sem contemplar os interesses de todos os envolvidos no assunto regulado¹¹⁴.

Porém, a esse problema o autor associa um outro, que é a existência de uma limitação territorial à eficácia das decisões coletivas em ação civil pública (cf. artigo 16, da Lei nº. 7.347/85), que poderia induzir à chamada *vigência territorial fragmentada* da regulação judicial, seja por substituição ou alteração da regulação administrativa¹¹⁵. Não é nem necessário usar o exemplo do autor, de uma ação julgada procedente em um Estado e improcedente no outro (ambas versando sobre o mesmo tema regulado), que redundariam na vigência de uma determinada norma em um Estado e sua não-vigência em outro, porque no caso em exame já se verifica a problemática por ele suscitada.

¹¹⁴ Ibidem, p. 180.

¹¹⁵ Ibidem, p. 181.

Com efeito, examinando-se as decisões proferidas no Caso Federais Mineiras e no Caso UFG, nota-se que, a partir de duas decisões judiciais, estabeleceu-se uma política de ação afirmativa universitária em Goiás e outra em Minas Gerais, com percentuais de vagas diferenciados em ambos os casos, porém, a partir dos mesmos fundamentos constitucionais (e jurisprudenciais, porque uma decisão cita a outra em reforço de argumentação).

Evidente que esse problema já se manifesta dentro da própria dinâmica atual e natural nesse assunto, em que cada universidade federal, no exercício de sua autonomia, estabelece a sua própria ação afirmativa de inclusão universitária (como se vê em Minas Gerais, por exemplo, em que a UFMG adota bônus no vestibular e a UFU sistema de avaliação seriada). Entretanto, nesse caso há uma ressalva, justamente o fato de haver um debate e estudo prévio à implantação da medida, que visa adequá-la às necessidades específicas da realidade de cada universidade. Além de ser possível a exata determinação dos prejudicados e beneficiados com cada ação afirmativa que contra ela poderão se insurgir pela via judicial cabível, se assim entenderem necessário.

Quando um assunto é submetido à apreciação do Poder Judiciário, ele examina a controvérsia à luz das normas vigentes e sopesando os argumentos e interesses das partes envolvidas na disputa (no caso das duas ações civis públicas em tela, o MPF, de um lado, e as universidades federais, do outro). Contudo, aqueles que vierem a ser prejudicados com a medida não serão ouvidos e, possivelmente, quando forem se insurgir contra as decisões não teriam nenhum remédio processual adequado, dado que ambas começariam a vigorar apenas após o seu trânsito em julgado.

Além disso, é possível imaginar que eventual ação pretendendo impor a alguma universidade estadual mineira ou goiana a obrigatoriedade de instituição de ação afirmativa poderia redundar no agravamento desse quadro, com novas diretrizes sendo dadas a respeito do assunto pelos magistrados estaduais que hipoteticamente também fixassem judicialmente uma política de cotas, por exemplo.

A respeito da fixação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, a hipótese que se pretendia testar neste trabalho era justamente de que ele não as fixaria se solicitado a fazer isso, em grande parte pelas razões que se colocaram brevemente aqui, a despeito da hipótese não ter se confirmado na prática¹¹⁶.

Essa constatação demonstra que, nesses dois casos em particular, embora os acórdãos tenham ampla fundamentação, analisando diversos aspectos do problema da exclusão universitária e das teses jurídicas confrontadas, os magistrados não se desincumbiram a contento do *ônus do regulador* indicado por Carlos Ari Sundfeld (porque não examinaram a totalidade da repercussão de suas decisões), embora tenham se desincumbido do *ônus de competência*, ao justificarem o porquê da sua intervenção tão intensa, ainda que não se concorde com os argumentos apresentados (cf. seção III.B.).

Já os acórdão que validaram a política de cotas da UFBA, por sua vez, embora atestassem a constitucionalidade da medida, não se importaram em analisar o plano adotado

¹¹⁶ Vale destacar, porém, que no ano de 2008 foi aprovada a Resolução CONSUNI n.º. 29/2008, que instituiu o Programa UFG Incluir, válido a partir do Vestibular 2009. Além do sistema de cotas, com reserva de 10% das vagas do vestibular para negros e 10% para alunos oriundos de escolas públicas, o Programa UFG Incluir prevê uma vaga adicional em cada curso para índios e negros quilombolas, caso haja demanda específica.

pela universidade em sua integralidade, deixando de fazer a verificação dos requisitos sugeridos por Joaquim Barbosa (cf. seção III.C.), a respeito da existência de um prazo de validade das medidas e da combinação (ou não) de critérios dentro da ação afirmativa para evitar o uso das chamadas “cotas cegas” (o que, registre-se, não acontece no caso da UFBA que vale-se de cotas sobrepostas).

De qualquer sorte, examinando novamente a totalidade das decisões estudadas, é nítido que marcadamente os magistrados entenderam que as ações afirmativas são um tema que se relaciona e influencia (direta e positivamente) com o desenvolvimento social e econômico do País, mediante a universalização do ensino universitário e a promoção da igualdade (através da chamada desigualação positiva), que redundam em ampliação de oportunidades sociais, em linha com a formulação feita por Amartya Sen e adotada para este trabalho (seção II.B.).

IV.C.2.2. A posição do TRF da 2ª Região¹¹⁷

Dos 06 resultados (que em verdade consubstanciam 05 acórdãos)¹¹⁸ indicados nas buscas feitas no portal da CJF, 03 deles se relacionavam diretamente ao objeto da pesquisa.

Dos dois que não se relacionavam ao trabalho, um continha inusitado pedido de um deficiente físico que almejava a determinação judicial para que ele fosse aprovado no

¹¹⁷ A área de jurisdição do TRF da 2ª Região abrange as Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e Espírito Santo.

¹¹⁸ Mencionam-se aqui 06 acórdãos apenas para o caso de que não haja conflito com alguma pesquisa que venha a tomar como base este trabalho ou almeje fazer uma verificação dos resultados aqui apresentados, pois, com efeito, foram cinco os acórdãos apresentados, já que a apelação cível n° 199950010095680 foi indicada duas vezes pelo mecanismo de busca, possivelmente em função de acórdão que foi proferido também em sede de embargos de declaração.

vestibular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), por meio da sua inclusão no sistema de cotas sociais daquela instituição. Tal pedido foi negado, a despeito da narrativa do seu drama pessoal, porque sua deficiência não é razão do *discrímen* previsto naquela política pública¹¹⁹. O outro envolvia uma apelação cível em que se discutia cotas do quinhão de um ex-servidor público que trabalhava na UFRJ¹²⁰.

O ponto em comum entre os 03 acórdãos que são pertinentes ao tema da pesquisa é que todos eles trazem opiniões até favoráveis à aplicação das cotas, notadamente as sociais, como critério de ingresso nos vestibulares de universidades federais. Contudo, essas opiniões, não se traduzem necessariamente em resultados de julgamentos em prol da validade ou aplicabilidade das cotas.

A bem da verdade, é interessante observar que a postura dos magistrados do TRF da 2ª Região é frontalmente contrária àquela adotada na 1ª Região, especialmente quando chamados a julgar recurso tirado de ação em que as cotas foram fixadas por Juiz de primeiro grau no bojo de ação civil pública.

Deveras, o primeiro precedente produzido pelo TRF da 1ª Região sobre o tema das cotas é o acórdão lavrado nos autos da apelação cível n°. 199950010095680¹²¹ (“Caso UFES 9568”), relatado pelo juiz federal convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

¹¹⁹ Agravo de instrumento n°. 200902010041095. Embora revele um pedido individual de formulação de ação afirmativa específica, o processo ficou fora do corte de análise por não ter debatido a constitucionalidade da medida, rejeitando o pedido de liminar porque entendia que não guardava pertinência com a ação afirmativa existente na UFES. Vale destacar, contudo, que no curso da pesquisa constatou-se que a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), por exemplo, adota reserva de vagas para portadores de necessidades especiais em seu processo seletivo.

¹²⁰ Apelação cível n°. 200351010135650.

¹²¹ Publicado na Revista de Jurisprudência do TRF da 2ª Região, n° 46 – p. 335 e ss.

que reformou sentença que, atendendo pedido do Ministério Público Federal nos autos de ação civil pública, estabeleceu cotas de 20% para alunos egressos da rede pública no vestibular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Como já se asseverou, embora até fizesse observações favoráveis às ações afirmativas, versando doutrina específica a respeito do tema, o relator registrou que não cabe ao Judiciário formular política pública dessa natureza, definindo conceitos sobre a matéria e trabalhando a necessidade de estudos científicos para formulação dessas medidas.

Vale transcrever breve trecho do acórdão em que o relator aduz textualmente: “(...) a ausência de qualquer possibilidade de o Poder Judiciário formular políticas públicas – como no caso de reserva de vagas nas Universidades Públicas -, e sim controlá-las sob o enfoque da constitucionalidade, legalidade e legitimidade”¹²².

Para ilustrar a impossibilidade de manutenção da decisão recorrida, o relator observou que ela adotou a premissa de que todos os alunos da rede pública de ensino não apenas integram a parcela mais pobre e menos instruída da população, mas também que

¹²² O acórdão ainda incorporou às suas razões de decidir um trecho do parecer ministerial juntado às fls. 380/385 dos autos que, por sua precisão, justifica uma transcrição integral: “Pois bem, em nosso sistema, de partição de competências, o estabelecimento de políticas públicas incumbe aos Poderes que têm sua legitimidade haurida diretamente do titular da soberania, o Povo, periodicamente renovada, através do voto: o Legislativo e o Executivo. O Poder Judiciário, em seus pronunciamentos, não expressa vontade do titular da soberania, mas sim a do ordenamento jurídico, da Constituição e das Leis. Felizmente, assim o é, pois do contrário não seríamos um Estado democrático e de direito. As decisões judiciais expressam a norma do caso concreto, mas, de forma alguma podem ser a gênese de norma genérica, ainda mais quando esta teria natureza de norma restritiva de direito fundamental. Observa-se, ademais, que as decisões judiciais visam a solver conflitos de interesse através de provimentos que, em princípio, são revestidos do caráter de imutabilidade. As ações afirmativas, por sua vez, por implicarem modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, só se justificam pela sua natureza temporária, como assinala a mais abalizada doutrina”. O acórdão ainda registrou que: “Medidas ou políticas de ação afirmativa, no cenário brasileiro, somente podem ser adotadas através de normatização apropriada, pressupondo, inclusive, a realização de vários estudos científicos e técnicos que demonstrem sua viabilidade no atendimento à finalidade das ações afirmativas”.

recebem ensino de péssima qualidade e que os alunos da rede particular de ensino têm maiores e melhores recursos materiais e meios, recebendo ensino de alta qualidade ou, ao menos, superior à qualidade do ensino das escolas públicas.

Contrapondo tais argumentos o relator mencionou escolas públicas de notória qualidade no ensino (como o Colégio Pedro II, além dos Colégios de Aplicação da UERJ e da UFRJ)¹²³, afora o fato de que muitas pessoas pobres pagam com sacrifício ensino em colégios particulares para seus filhos, certas vezes com tais colégios tendo também duvidosa qualidade.

Arrematando suas ponderações, o relator sentenciou que:

“De maneira bastante resumida, há de se considerar que efetivamente a r. sentença violou a autonomia universitária, o princípio meritório (da capacidade de cada um) no acesso ao ensino superior, o princípio da separação de poderes, o princípio da igualdade, o princípio da legalidade (eis que não há lei prevendo a reserva de vagas para os egressos do ensino público), o princípio da razoabilidade (*NR: porque não indicara base empírica para fixar as cotas em 20%*), além das deletérias conseqüências que o provimento jurisdicional causaria em termos de ensino no Brasil, com o movimento de migração de alunos de escolas particulares para estabelecimentos públicos de ensino (e, assim, com a possível inviabilização do ensino particular). Ademais, a simples circunstância de se adotar ação afirmativa tão somente para o ingresso dos alunos egressos de escolas públicas, de maneira isolada – sem outras providências e políticas de acompanhamento pedagógico e assistencial -, não se mostra hábil a permitir a continuidade (e manutenção) de tais alunos cotistas na universidade pública, gerando impactos evidentes na qualidade e excelência do ensino superior, ao menos no âmbito das instituições públicas de graduação”.

¹²³ Essa observação feita pelo relator parece mesmo pertinente, pois, ao adotar sistema de bonificação de 10% na nota de seu vestibular para alunos egressos de escolas públicas, a Universidade Federal Fluminense (UFF), por meio da Resolução nº. 91/2007, excluiu da aplicação desse critério “os colégios federais, universitários, militares e de aplicação, incluídos o Colégio Técnico-Agrícola Ildefonso Borges Bastos e o Colégio Agrícola Nilo Peçanha, da UFF” e aqueles que já tivessem curso superior (cf. artigo 1º). A mesma resolução instituiu uma reserva de vagas para o vestibular de 2008, de 20%, nos cursos de Pedagogia, de Física (Licenciatura Noturna), de Matemática (Licenciatura Noturna) e de Química (Licenciatura Noturna) para ser preenchida por professores da rede pública de ensino dos Estados e Municípios de qualquer unidade da federação.

Como se vê, neste caso o Juiz relator se desincumbiu a contento dos dois ônus indicados por Carlos Ari Sundfeld, ao não enxergar o Poder Judiciário como competente para fixação da política pública (justificando seu entendimento a esse respeito) e ao fazer uma análise consequencialista e bem fundamentada a respeito dos possíveis efeitos de se estabelecer uma política pública dessa natureza pela via judicial. Registrou também que ação afirmativa dessa natureza deve vir acompanhada de outras medidas de apoio aos beneficiários que não só reserva de vagas, além de conter metas concretas e prazo de duração, como preconizado anteriormente por Joaquim Barbosa, citado pelo relator no acórdão. Contudo, o relator também observou que não reconhecia o direito à implantação desse tipo de política pública por ausência de lei formal a autorizando.

O outro acórdão que se relaciona ao objeto desta pesquisa em verdade é de pouca utilidade, porque não houve julgamento do mérito da apelação da aluna que pretendia ver desconsiderado o sistema de cotas da UFES para que lhe fosse deferida a matrícula no curso de Direito¹²⁴ (“Caso UFES 1172”).

Entenderam os julgadores que o questionamento da aluna, uma vez feito pela via do mandado de segurança, deveria ter sido formulado no prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias a contar da ciência do edital do concurso vestibular, aplicando-se por analogia entendimento jurisprudencial a esse respeito envolvendo concursos públicos, que já fora sufragado em sentença. Assim, não houve nesse caso apreciação de nenhuma das questões que se pretende investigar neste trabalho, em que pese ser interessante registrar essa

¹²⁴ Apelação em mandado de segurança n° 20085001001172-4, relatada pelo Desembargador Federal Poul Erik Dyrland.

decisão, porque, sob o ponto de vista processual, não foi esse o entendimento prevalente em outras decisões que se examinou sobre o tema em que tal questão foi argüida¹²⁵.

A última decisão oriunda do TRF da 2ª Região examinada foi proferida em contexto absolutamente diverso da primeira, que rejeitou a criação de cotas pretendida pelo MPF, mas envolvia também a UFES, que agora já tinha estabelecido uma ação afirmativa consubstanciada na adoção de cotas sociais, por meio de uma ampla política pública de inclusão universitária.

Na apelação em mandado de segurança nº. 20085001002131-6, também relatada pelo Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, duas estudantes pretendiam que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da Resolução nº. 33/2007 - CEPE/UFES, que estabeleceu reserva de vagas de 40% para alunos egressos da escola pública com renda familiar de até 07 (sete) salários-mínimos, além de aumento de vagas e políticas de incentivo para permanência dos alunos cotistas na universidade (“Caso UFES 2131”).

Entendendo que tal determinação feria os princípios da isonomia, razoabilidade e da proporcionalidade (por estabelecer nível de concorrência desigual entre os candidatos), bem como o mérito universitário, além de violar o artigo 21, inciso XXIV, que determina ser da

¹²⁵ Como exemplo, o caso “UFBA 8429” dantes referido. Vale registrar também que em muitos dos acórdãos examinados nesta pesquisa existiam outras discussões processuais, a respeito, por exemplo, da competência do MPF para ajuizamento de ação civil pública sobre esse tema (que envolveria direito individual de quem se sentisse prejudicado e não direito difuso), a necessidade de inclusão ou não da União no pólo passivo das ações que pretendiam anular o sistema de cotas, ou mesmo de inclusão no pólo passivo de todos os aprovados pelo sistema de cotas, que seriam prejudicados com o deferimento da vaga em favor de estudante diante da anulação de tal sistema. Tais questões não são aqui relatadas e nem foram sistematizadas durante a pesquisa porque, embora relevantes para estudo por outros ramos do Direito, não se relacionam com o escopo já detalhado deste trabalho.

União Federal a competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação, as alunas pediam em apelação a reversão da sentença que havia julgado improcedente o mandado de segurança na origem.

Em voto bastante conciso e objetivo, no qual basicamente reproduziu argumentos lançados pelo Ministério Público Federal e pelo Reitor da UFES nas suas informações, o relator entendeu que a autonomia universitária assegurada àquela universidade lhe permitia estabelecer livremente os critérios para ingresso nos seus quadros acadêmicos, inclusive mediante o uso de ações afirmativas, o que afastaria qualquer ilegalidade do ato impugnado, inexistindo, portanto, direito líquido e certo das alunas.

Registrou o relator, ademais, que, conforme cota proferida pelo Ministério Público Federal nos autos, ainda que não haja lei específica sobre a matéria, a edição da já mencionada Lei Federal nº. 10.558/02 (Programa Diversidade na Universidade), que tem como objetivo “implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, sinalizou que não há óbice para que as universidades públicas brasileiras adotem a reserva de vagas nos termos como se verifica nos autos, ao menos até que sobrevenha lei federal uniformizando o tratamento” (trecho do acórdão).

Acolhendo, de outra banda, os argumentos apresentados nas informações prestadas pelo Reitor da UFES, o relator observou que não haveria violação à isonomia porque a universidade em tela adotou apenas cotas sociais e não raciais, usando como exemplo a Lei Orgânica de Assistência Social, que concede o benefício de prestação continuada apenas

aos portadores de deficiência e idosos que comprovem não ter condições de arcar com o próprio sustento e não a todas as pessoas pobres, a todas as famílias pobres ou a todas as famílias do Brasil (cf. artigo 203, inciso V e artigo 20, da Lei Federal nº. 8.742/93).

Em sua parte dispositiva o acórdão assentou o seguinte:

“Assim, tendo o art.207 da Constituição Federal determinado a autonomia didático-científica das universidades, inexistente, *in casu*, no ato administrativo perpetrado pela apelada, qualquer ofensa ao princípio da isonomia, o que deságua na não comprovação do direito líquido e certo alegado pelas impetrantes. Ante o exposto, nego provimento à apelação”.

O que se verifica a partir do exame das três decisões aqui colacionadas é um número baixo de precedentes para que se possa estabelecer uma conclusão peremptória sobre o posicionamento do TRF da 2ª Região a respeito do tema das ações afirmativas nas universidades federais sob sua jurisdição.

Todavia, é possível perceber uma inclinação no TRF da 2ª Região em favor da constitucionalidade das cotas sociais, especialmente, pois mesmo os reparos feitos pela decisão no Caso UFES 9568 diziam mais respeito ao fato de se tratar de uma imposição do Judiciário ao Executivo (no caso à universidade, que goza de autonomia constitucional), feita sem base empírica e legitimidade democrática, além de despida de lei formal específica, do que uma reprimenda à adoção de ações afirmativas dessa espécie.

Releva notar também que nada se comentou sobre a importância das ações afirmativas como mecanismo de desenvolvimento econômico e social em quaisquer das decisões daquela Corte.

Por outro lado, à diferença da fundamentação adotada no caso UFES 99568, nos casos 1172 e 2131, ambos relatados pelo Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, entendeu-se que a regulação do tema das cotas pela própria universidade não implicaria em conflito de competência com o Poder Legislativo, o que foi expressamente questionado nos recursos. Entretanto, o caráter sucinto da fundamentação adotada nesses dois acórdãos afastou qualquer possibilidade de se realizar uma avaliação mais pormenorizada a respeito da adequação dessas decisões aos pressupostos indicados por Carlos Ari Sunfeld e Joaquim Barbosa no controle judicial de políticas públicas dessa natureza, porque seguramente nenhum dos parâmetros por eles indicados foi respeitado em tais casos.

IV.C.2.3. A posição do TRF da 3ª Região¹²⁶

Em que pese estar sob a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 3ª Região o estado mais rico e populoso da Federação (e no qual tramita quase a metade do total de processos do País¹²⁷), dos 04 resultados indicados pelo mecanismo de busca, nenhum deles se relaciona ao objeto da presente pesquisa.

Todos são recursos tirados de ações penais envolvendo a atribuição de crimes relacionados à manutenção de “rádio-pirata”. Como se explicou anteriormente, por ocorrência semelhante ter constado entre os julgados indicados na pesquisa junto ao TRF

¹²⁶ A área de jurisdição do TRF da 3ª Região compreende as Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

¹²⁷ Conforme dados obtidos na Seção de Análise Judiciária do sítio na internet do Conselho Nacional de Justiça (<www.cnj.jus.br>). Apenas para fins de ilustração, a taxa de novos processos na 3ª Região é a mais alta das cinco, sendo que, em 2ª instância, no ano de 2008, foram recebidos 398 casos novos para cada grupo de 100 mil habitantes.

da 1ª Região, a razão desses precedentes aparecerem nos mecanismos de busca é a menção nos votos ao Decreto-lei nº 236/67, que em seu artigo 4º, dispõe que “os serviços de radiodifusão somente poderão ser executados pela União, Estados, Territórios, Municípios, *Universidades* Brasileiras, Fundações constituídas no Brasil e por sociedades por ações nominativas ou por *cotas*”¹²⁸.

O que torna mais intrigante essa ausência de debate judicial sobre o tema das cotas no TRF da 3ª Região é que das cinco¹²⁹ universidades federais sob a jurisdição dessa Corte, que congrega os Estados de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, apenas a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), não adota programa de ação afirmativa em seus vestibulares.

Com efeito, a Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), implantou ainda em 2004, por meio da Resolução nº. 24/2004, um aumento de 10% no número total das vagas de todos os seus cursos de graduação, com a finalidade de destiná-las a candidatos afrodescendentes e indígenas, que cursaram o ensino médio exclusivamente em escolas públicas (municipais, estaduais ou federais). Essa política é avaliada anualmente e em 2007 foi mantida pela Resolução nº. 42/2007.

Por seu turno, a Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR) implantou em 2007 o seu Programa de Ações Afirmativas, válido a partir do vestibular de 2008, autorizado pela Resolução ConsUni nº. 541, de 04 de junho de 2007 e regulamentado pela Portaria 695/07,

¹²⁸ Recurso em Sentido Estrito nº. 200561050018357; Apelação Criminal nº. 199961100052626, Apelação Criminal nº.200003990488212 e o Recurso em Habeas Corpus nº. 95030338255.

¹²⁹ Cf. relação disponível em <www.mec.gov.br>.

de 06 de junho daquele ano¹³⁰, inclusive com reserva de vagas para indígenas, sendo certo que a UFSCAR tem programas de ação afirmativa específicos voltados até mesmo para refugiados políticos, conforme Edital do Vestibular 2010.

Já a Universidade Federal do ABC (UFABC), no Estado de São Paulo, bem como a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), no Mato Grosso do Sul, passaram a adotar tais políticas muito recentemente, a partir do ano de 2009¹³¹.

A hipótese mais plausível para justificar a ausência de julgados sobre o tema no TRF da 3ª Região é a de que a morosidade do Judiciário impediu que recursos sobre essa matéria tenham sido submetidos àquela Corte, que, em função disso, não tem posição definida sobre o tema em comento, e, em verdade, ao menos segundo o levantamento realizado, até o momento não foi provocada a se manifestar sobre a questão.

¹³⁰ Confira-se o que diz a Portaria a respeito da progressividade e percentual de reserva de vagas: “Artigo 6º. O Ingresso por Reserva de Vagas de que trata esta Resolução será implantado a partir do ano letivo de 2008, de forma gradual e vigorará por tempo determinado. § 1º. O Ingresso por Reserva de Vagas será aplicado de acordo com o seguinte cronograma: I - para os anos letivos de 2008 a 2010, serão reservadas, a candidatos egressos do ensino público que venham a ser aprovados no processo seletivo para ingresso nos cursos de graduação, 20% (vinte por cento) das vagas de cada um dos cursos de graduação oferecidos pela UFSCar; II - para os anos letivos de 2011 a 2013, serão reservadas, a candidatos egressos do ensino público que venham a ser aprovados no processo seletivo para ingresso nos cursos de graduação, 40% (quarenta por cento) das vagas de cada um dos cursos de graduação oferecidos pela UFSCar; III - para os anos letivos de 2014 a 2016, serão reservadas, a candidatos egressos do ensino público que venham a ser aprovados no processo seletivo para ingresso nos cursos de graduação, 50% (cinquenta por cento) das vagas de cada um dos cursos de graduação oferecidos pela UFSCar. § 2º. Das vagas reservadas nos termos do parágrafo primeiro, 35% (trinta e cinco por cento) serão destinadas a candidatos negros (pretos e pardos) que venham a ser aprovados no processo seletivo para ingresso nos cursos de graduação da UFSCar. § 3º. Em cada curso de graduação, presencial e na modalidade de Educação à Distância, será acrescida uma vaga anual, não cumulativa, destinada exclusivamente a candidatos indígenas, que venham a ser aprovados no correspondente processo seletivo, e que se esgotará ao término do mesmo. § 4º. O critério adotado para a identificação da cor (raça) dos candidatos negros (pretos e pardos) e indígenas será o de autodeclaração, seguindo-se a classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

¹³¹ O sítio na internet dessas instituições não disponibiliza a íntegra das resoluções que aprovaram essas medidas, indicando apenas as informações constantes no edital de vestibular, que ambas as instituições adotam ações afirmativas, por meio de reserva de vagas (cotas), porém também sem especificar percentuais e critérios. Cf. <www.ufabc.edu.br> e <www.ufgd.edu.br>.

De toda forma, considerando que o programa da UNIFESP, por exemplo, foi implementado em 2004, mas com aumento de vagas específico para esse fim e em percentual reduzido (10%) se comparado com o adotado em outros programas pelo País, talvez isso não tenha estimulado a litigiosidade sobre o assunto, porque os possíveis interessados em ingressar na universidade não viram suas chances reduzidas diretamente com a adoção da ação afirmativa.

Os programas das demais universidades federais da 3ª Região são muito recentes, implantados em universidades também recentemente inauguradas (casos da UFAB e da UFGD) e que conforme notícias disponibilizadas em seus sítios na internet enfrentam inclusive dificuldades em preencher todas as vagas oferecidas nos seus cursos nos vestibulares anuais. Novamente, a reduzida concorrência pode atuar como fator de desestímulo à litigiosidade do tema.

Vale realçar que em busca de alguma sinalização do TRF da 3ª Região sobre o assunto, o espectro da pesquisa foi especificamente ampliado para esse Tribunal, empreendendo-se buscas também por decisões monocráticas, eventualmente apreciando alguma liminar em mandado de segurança, mas nem assim foi localizada qualquer recurso versando as ações afirmativas adotadas pelas universidades federais paulistas e sul-matogrossenses.

Logo, por ausência de decisões, ficou prejudicada qualquer análise a respeito do entendimento do TRF da 3ª região à luz das hipóteses formuladas para este trabalho.

IV.C.2.4. A posição do TRF da 4ª Região¹³²

Além de ser o Tribunal no qual foram indicados mais resultados para esta pesquisa, o debate travado no âmbito do TRF da 4ª Região também foi o mais intenso, em que pese estar sedimentado o entendimento majoritário daquela Corte com relação à constitucionalidade das cotas sociais e raciais como critério de ingresso nos vestibulares das universidades federais do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Como o número de decisões obtidas naquela Corte é o maior de todas as regiões, sendo certo ainda que lá foi encontrado o maior número de acórdãos relacionados diretamente ao objeto desta pesquisa, é possível fazer algumas demonstrações numéricas da afirmação contida no parágrafo anterior, bem como uma explicação menos pormenorizada por decisão e mais voltada à evolução histórica do debate e às correntes que se confrontaram naquele Tribunal.

De fato, do total de 60 resultados obtidos na busca junto ao CJF, 42 acórdãos se relacionavam diretamente ao objeto da pesquisa. Outros 15 acórdãos versavam discussões sobre os já referidos problemas de aplicação do sistema de cotas.

¹³² A área de jurisdição do TRF da 4ª Região compreende as Seções Judiciárias do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina.

Dos 03 acórdãos remanescentes, 02 não foram examinados porque as ações foram rejeitadas em função de incompetência do Juízo¹³³ e o outro era absolutamente irrelevante para o desiderato do trabalho¹³⁴.

Já entre os 42 acórdãos que guardavam pertinência direta com a pesquisa entabulada, 37 tiveram como resultado o reconhecimento da constitucionalidade das cotas, sendo que 34 reconheceram a constitucionalidade das cotas sociais e raciais e 03 deles reconheceram como constitucionais apenas as cotas sociais, rejeitando as raciais¹³⁵. Foram, portanto, 05 os acórdãos que rejeitaram a constitucionalidade das cotas em universidades federais da 4ª Região.

Os acórdãos examinados foram tirados de processos envolvendo a Universidade Federal do Paraná (UFPR), a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)¹³⁶. Embora oriundos de ações afirmativas estabelecidas por cada uma dessas instituições, com as suas particularidades e minúcias, a natureza dos questionamentos judiciais era sempre a mesma: alegação de violação à legalidade e à separação de poderes em função da criação da política de cotas

¹³³ Eram ações em que o Ministério Público Federal e um aluno queriam discutir na Justiça Federal temas envolvendo política de cotas e a Universidade Estadual de Londrina (UEL), respectivamente, a apelação cível n°. 200470010093470 e o agravo de instrumento n°. 200504010156810. Como a UEL é uma universidade estadual e as ações não foram processadas na Justiça Federal, os processos estavam fora do escopo da pesquisa.

¹³⁴ Apelação cível n°. 8904183260, envolvendo discussão sobre cotas patronais de entidade filantrópica universitária.

¹³⁵ Apenas para fins de referência, dado que o objetivo deste trabalho não é fazer um levantamento estatístico, dessas 42 decisões, 17 eram acórdãos tirados de apelações (sendo 11 delas interpostas pela Universidade envolvida e 06 por alunos que se sentiram prejudicados com a adoção das cotas) e 26 de agravos de instrumento (sendo 13 interpostos pela universidade envolvida e 12 por aluno que se sentiu prejudicado). Foram 15 recursos envolvendo as cotas na UFPR, 11 debatendo as da UFSC e 16 as da UFRGS.

¹³⁶ Questionamentos voltados ao programa adotado na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) foram registrados também, porém não nos acórdãos aqui examinados e sim nos relacionados ao problema de aplicação das cotas.

por ato administrativo, violação à isonomia, razoabilidade e proporcionalidade; violação ao princípio do mérito universitário e à proibição constitucional de discriminação.

O primeiro precedente localizado e que seguidamente é citado em outros precedentes do TRF da 4ª Região sobre o assunto, foi tirado do acórdão prolatado nos autos do agravo de instrumento nº. 20050401006358-2, da 3ª Turma daquela Corte, relatado pelo Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon¹³⁷ (“Caso UFPR 6358”).

Era um agravo de instrumento interposto pela UFPR contra medida liminar deferida em favor de aluno que queria ser matriculado mediante o reconhecimento da inconstitucionalidade da política de cotas adotada por aquela instituição.

O voto do Desembargador Lugon não se preocupou em apreciar a controvérsia sobre todos os seus aspectos. Ele não examina um a um os fundamentos jurídicos e legais questionados. Afirma apenas que é simplismo alegar que não há preconceito no Brasil e que a Constituição Federal vedaria a discriminação, sem ter em conta a necessidade de tratar desigualmente os desiguais, como os negros e pobres que não poderiam desenvolver todas as suas capacidades dentro do atual sistema e da conjuntura sócio-econômica brasileira que historicamente os oprimiu. Embora registre que as cotas não seriam a solução do problema, o relator também não acredita que apenas o investimento em ensino público de qualidade seja suficiente, afirmando que não vê as cotas “(...) todavia, como mero

¹³⁷ Esse acórdão foi inclusive publicado na RTFR 4ª Região nº. 56/2005/147 e na RTFR 4ª Região 71/2009/287 – Edição Especial 20 Anos do TRF 4 – 1989/2009.

paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer”.

Além dessa afirmação, que indica uma clara tendência de visão do Poder Judiciário como agente do desenvolvimento (em nossa opinião), em seu voto o relator cita também uma entrevista do então Ministro da Educação Tarso Genro para amparar seu entendimento, na qual o Ministro menciona indicadores de dados positivos das ações de caráter afirmativo estabelecidas no PROUNI para mitigação dos números ruins de presença de negros e alunos de escolas públicas no ensino universitário.

Aqui, se verifica a confirmação da hipótese antes ventilada de que ao julgar matérias que debatem princípios, o julgador busca elementos fora da argumentação jurídica apenas, o que não é necessariamente bom, como apontado por Carlos Ari Sundfeld, a respeito da fundamentação baseada apenas no “melhor princípio”. Mesmo porque a argumentação empreendida na decisão em comento parece bastante voluntarista,

O relator observa ainda que o fato de não existir lei impondo a adoção de cotas às universidades não implica impossibilidade de que elas adotem ações afirmativas no exercício de sua autonomia constitucional, notadamente porque essas ações visam efetivar direitos extraídos diretamente da Constituição, como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, citando inclusive voto do Ministro Nelson Jobim na Suspensão Liminar nº. 60/SP, que visava obstar ordem judicial determinando a adoção de política de cotas pela Faculdade de Medicina de Marília/SP (FANEMA). E a partir daí esse vira o seu voto padrão em todos os recursos nos quais foi chamado a julgar o tema (e não foram poucos).

O outro precedente muitas vezes referido nas demais decisões favoráveis ao sistema de cotas adotado pelas universidades federais sob jurisdição do TRF da 4ª Região é o acórdão prolatado nos autos da apelação cível nº. 20057000003167-7, relatado pela Juíza Convocada Vânia Hack Almeida, em que uma aluna perseguia a reforma de sentença que indeferiu o seu pedido de matrícula no curso de Psicologia, por reconhecer a constitucionalidade da política de cotas adotada pela UFPR. O acórdão manteve a sentença de primeiro grau (“Caso UFPR 3167”).

Vale registrar, entretanto, que esse precedente repete a linha de voto do Desembargador Lugon (ou seja, uma apreciação mais discursiva do que analítica do tema), transcrevendo na íntegra o voto padrão dele (referido no Caso UFPR 6358), acrescentando apenas a menção à Suspensão de Execução de Liminar (SL nº 2004.04.01.054675-8/PR), proferida pelo Presidente do TRF da 4ª Região à época para manter o vestibular da UFPR, suspendendo medida liminar deferida pela 7ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que tinha determinado a realização do vestibular de 2005 sem reserva de vagas, curiosamente em função de pedido do Ministério Público Federal em ação civil pública que visava inquirir de inconstitucional o programa de ação afirmativa adotado pela UFPR¹³⁸.

A despeito da simplicidade de sua argumentação e de ter sido relatado por uma Juíza Convocada, o precedente anterior realmente foi citado em vários outros recursos que

¹³⁸ A Suspensão de Execução de Liminar em tela não foi objeto de exame desta pesquisa por se tratar de decisão monocrática. Cumpre gizar, porém, que o Ministério Público nunca interpôs recurso tal decisão e tanto ela, como a ação civil pública da qual é oriunda (autos nº. 2004.70.06.001940-9), foram arquivadas em 2007, conforme andamento obtido em <www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento>.

reconheceram a constitucionalidade de ações afirmativas como as cotas, inclusive na 1ª Região, no acórdão que determinou a implementação de cotas na UFG a pedido do MPF.

Esses dois julgamentos foram os primeiros a obter grande repercussão ao apreciar a matéria no TRF da 4ª Região e, examinando-se os demais acórdãos pesquisados, em uma linha cronológica, por algum tempo foram os que mais influenciaram o Tribunal. Com o passar do tempo, o Caso UFPR 6358 foi indicado duas vezes em repositórios oficiais de jurisprudência, consubstanciando-se no primeiro *leading case* no assunto para aquela Corte.

Porém, a despeito da importância inicial desses dois julgamentos, foram dois outros acórdãos do TRF da 4ª Região que mais marcadamente pautaram o entendimento daquele Tribunal amplamente favorável à constitucionalidade das ações afirmativas adotadas pelas universidades federais do Sul do Brasil.

Um foi o acórdão¹³⁹ tirado da apelação em mandado de segurança n.º. 20057000008336-7, relatado pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria,

¹³⁹ Embora o propósito deste trabalho seja o de exame qualitativo dos julgados e não só a partir das ementas, a longa tentativa de síntese feita no cabeçalho das decisões da Desembargadora Maria Lúcia justifica transcrição em nota de rodapé, apenas para atestar a profundidade do esforço empreendido por ela no exame da matéria: "DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÕES AFIRMATIVAS. "COTAS" NAS UNIVERSIDADES. CRITÉRIO RACIAL. DISCRIMINAÇÃO. ISONOMIA. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. MÉRITO UNIVERSITÁRIO. 1. POLÍTICAS AFIRMATIVAS. Conjunto de políticas públicas e privadas, tanto compulsórias, quanto facultativas ou voluntárias, com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e outras intolerâncias correlatas. Técnicas que não se subsumem ao sistema de cotas, ainda que com elas sempre relacionadas. 2. INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. Previsão expressa no Plano Nacional de Direitos Humanos, no Plano Nacional de Educação e nas Leis n.º 10.558/2002, que criou o programa "Diversidade na Universidade" e Lei n.º 10.678/2003, que criou Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Autorização, por via legal, para implementação, pelo Poder Executivo, de políticas afirmativas. Previsão em tratados internacionais. 3. CONSTITUIÇÃO. Previsão expressa no tocante à mulher (art. 7º, XX) e a portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII), a sinalizar baliza fundamental para aplicação do princípio da igualdade jurídica. Legislação infraconstitucional que estabeleceu cotas para candidaturas de mulheres, para portadores de necessidades especiais em concursos públicos e dispensa de licitação. 4. TRATADOS INTERNACIONAIS. Reconhecimento pelo Brasil da competência do Comitê

Internacional para eliminação da discriminação racial. Internalização da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. Recepção dos tratados internacionais anteriores à EC 45/2002, com status supralegal ou de materialmente constitucionais, jurisprudência ainda não definida no STF, mas a indicar a possibilidade de constituírem "bloco de constitucionalidade", a ampliar núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade. 5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Revisão dos parâmetros clássicos, de forma a reconhecer sua dupla faceta: a) proibição de diferenciação, em que "tratamento como igual significa direito a um tratamento igual"; b) obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa "direito a um tratamento especial". Rompimento com a visão clássica, de forma que a igualação jurídica se faça, constitucionalmente, como conceito positivo de condutas promotoras desta igualação. 6. DISCRIMINAÇÃO. Conceito internalizado pelo Decreto nº 65.810/69, reconhecendo diferenciações legítimas e afastando propósitos e efeitos de anular reconhecimento de direitos em pé de igualdade em razão de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. Quadro cultural brasileiro complexo no que diz respeito ao reconhecimento da existência do próprio racismo, com a ideologia do "branqueamento" e o "mito da democracia racial". Informes internacionais questionando a dificuldade do aparelho estatal em reconhecer e promover atitudes antidiscriminatórias. Reconhecimento, por outro lado, de que a regra aparentemente neutra pode produzir discriminação, que a Constituição proíbe. 7. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. Art. 207, V, CF. Previsão constitucional regulamentada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tendo como norte "as normas gerais da União" e do "respectivo sistema de ensino", podendo ser ampliadas ou reduzidas as vagas ofertadas. 8. SISTEMA MERITÓRIO. A previsão constante no art. 208, V da Constituição não estabeleceu o "mérito" como critério único e decisivo para acesso ao ensino superior, nem constitucionalizou o sistema do Vestibular. Existência de "nota de corte", a demonstrar que o mérito é conjugado com outros critérios de índole social e racial. Inexistência de "mérito" em abstrato. 9. AUTODECLARAÇÃO. Critério que não é ofensivo nem discriminatório em relação aos "negros", porque: a) já é adotado para fins de censo populacional, sem objeções; b) utilizado amplamente no direito internacional; c) guarda consonância com os diplomas legais existentes; d) constitui reivindicação dos próprios movimentos sociais antidiscriminação. 10. DISCRÍMEN RAÇA. Possibilidade admitida quando agir "não para humilhar ou insultar um grupo racial, mas para compensar desvantagens impostas contra minorias". Congruência com os ditames constitucionais de vedação ao racismo, na ordem interna e externa, de modo a indicar: a) no aspecto negativo, a necessidade de impedir qualquer conduta, prática ou atitude que incentive, prolifere ou constitua racismo; b) no aspecto positivo, um mandamento de otimização de medidas cabíveis e possíveis para erradicação de tal prática. Inexistência de "raças" a indicar, contudo, a necessidade de censura ao "racismo". Inteligência da decisão do STF no HC 82.424/RS. Preconceito, no Brasil, de fundo distinto daquele praticado nos EUA e África do Sul ("preconceito de marca" ao invés de "preconceito de origem"), a indicar a inaplicabilidade, aqui, das discussões sobre percentuais de genes africanos, europeus ou indígenas. 11. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Aplicação aos atos de todos os poderes públicos, vinculando legislador, julgador e administrador, mas com extensão e intensidade distintas conforme se trate de atos legislativos, da administração ou da jurisdição. Limites de "conformação" do administrador e do legislador a reduzir a análise de todas as possibilidades de escolhas postas à disposição. Verificação de: a) adequação, que não constitui o dever de escolher o meio mais intenso, melhor e mais seguro, mas sim a anular o ato somente quando a inadequação for evidente e não for, de qualquer modo, justificável; b) necessidade, em relação ao meio eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos; c) proporcionalidade em sentido estrito, comparando a importância da realização do fim e a intensidade da restrição de direitos fundamentais. Metas fixadas para educação nacional pelo Legislativo com duração de dez anos, passíveis de revisão. Não-comprovação de que as premissas para instituição de critérios de "inclusão social"- ampliação do acesso para estudos de ensino público e autodeclarados negros, promoção da diversidade étnico-racial no ambiente universitário, educação de relações étnico-raciais - não são critérios adequados, necessários e proporcionais para os fins constitucionais de repúdio ao racismo, redução das desigualdades sociais, pluralismo de idéias, garantia de padrão de qualidade do ensino, defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, valorização da diversidade étnica e cultural e promoção do bem de todos, "sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação". Percentuais de cotas que não constituem patamar elevado, seja porque 87% da oferta de vagas vem do ensino público médio e fundamental, seja porque a população negra brasileira é superior ao percentual estabelecido nas cotas. Reconhecimento de que os programas deixam sempre à disputa livre da maioria "a maior parcela de vagas", como forma de 'garantia democrática do exercício de liberdade pessoal e realização do princípio da não-discriminação' (Carmen Lucia Antunes)".

primeiro processo julgado por ela, estabelecendo o seu padrão de voto a partir daí na matéria (“Caso UFPR 8336”).

Tratava-se de recurso interposto também pela UFPR, em face de sentença que havia deferido matrícula a uma aluna do curso de Direito, sendo a apelação provida para reformar a sentença.

Nesse acórdão, a relatora alinhavou todos os argumentos que já foram apresentados neste trabalho por aqueles partidários das ações afirmativas, valendo destacar, especialmente (considerando os fins da pesquisa), que ela reconheceu as ações afirmativas como políticas públicas (conceituando ambas as expressões e especialmente mencionando que o Programa Diversidade na Universidade e o PROUNI estavam enquadrados em tais conceitos), cuja adoção em verdade era imposta a todos os órgãos públicos por expressas previsões de tratados internacionais assinados pelo Brasil (muito embora reconhecesse também a autonomia universitária para tanto), além de asseverar que não vislumbrava violação ao princípio do mérito acadêmico, por haver previsão de nota de corte no exame vestibular, “sendo impossível falar-se na existência de mérito em abstrato”.

Se o acórdão em questão já formava um conjunto de mais de 30 páginas, o outro precedente mais destacado do TRF da 4ª Região tinha mais que o dobro, ultrapassando as 70 páginas. Trata-se do acórdão prolatado na apelação cível da UFRGS e remessa oficial nº. 2008710000222-8 (Caso UFRGS 222”), interpostas contra sentença que assegurou à uma aluna vaga no curso de Odontologia mediante a desconsideração do sistema de cotas, tido por inconstitucional pela sentença. Além do voto relatado pela mesma

Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria (nos exatos termos daquele proferido no precedente anterior), o acórdão teve voto-vista do Desembargador Federal Roger Raupp Rios, sendo que a soma das manifestações dos dois julgadores se consubstancia na mais ampla fundamentação encontrada nesta pesquisa ao apreciar as ações afirmativas adotadas pelas universidades federais brasileiras.

De fato, o acórdão em tela consiste em um verdadeiro compêndio sobre ações afirmativas de inclusão universitária, ao apreciar juridicamente todas as questões colocadas, esclarecendo o contexto da autonomia universitária, indicando toda a base legal (inclusive de tratados) para as ações afirmativas no Brasil e definindo desenvolvimento pela igualdade de oportunidades, como aspectos principais¹⁴⁰.

A partir de então todos os julgamentos que contavam com essa dupla de julgadores, ou com o Desembargador Lugon, tinham como resultado o reconhecimento de constitucionalidade das cotas aplicadas pelas universidades federais do Sul do Brasil, entendimento que acabou prevalecendo no TRF da 4ª Região, como já se observou.

O curioso é registrar que, aparentemente, o posicionamento contrário às medidas de ação afirmativa era adotado apenas pela Desembargadora Marga Inge Barth Tessler e pelo Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

¹⁴⁰ De se ressaltar que o Desembargador Raupp Rios faz em seu voto uma série de citações a publicações produzidas ou coordenadas por ele que tratam a questão das ações afirmativas, como, por exemplo: *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese de doutorado apresentada à UFRGS. Porto Alegre: 2004.

Com efeito, dos 05 casos que foram contrários às cotas na 4ª Região, 04 foram relatados por ela e um por ele. Existiam outros desembargadores que tinham ressalvas, como o Desembargador Marcelo De Nardi, que era a favor apenas das cotas sociais ou propugnava pela redução dos percentuais de cotas em Estados com baixa porcentagem de negros na população, entendimento que manifestou ao apreciar as cotas adotadas pela UFSC, por exemplo, no agravo de instrumento nº. 20080400000914-2 (“Caso UFSC 914”).

Esse caso é bastante peculiar, inclusive, porque o Relator deu provimento ao agravo da UFSC contra decisão liminar que tinha deferido a suspensão do programa de ação afirmativa da Universidade, pedida por uma aluna. O relator entendeu que as universidades tinham autonomia para estabelecer esse tipo de medida, contudo observou que a reserva de vagas no vestibular era de 20% para alunos oriundo de escolas públicas e de 10% para negros que tivessem também estudado em escola pública, quando os últimos compunham 11% da população do Estado, o que lhe pareceu desproporcional. Por isso ele deu provimento ao agravo para manter o programa, porém reduzindo o percentual das cotas para 10% das vagas para os alunos provenientes do ensino público e 5% das vagas do vestibular para candidatos autodeclarados negros, sendo que a aluna agravada poderia participar das provas considerando-se esses percentuais.

Nota-se claramente que aqui o julgador, sem fazer qualquer detalhamento e reflexão a respeito das conseqüências de sua decisão, impôs à universidade uma ação afirmativa que teria limitações apenas em face de uma aluna, pois não havia como se estender coletivamente os efeitos daquela decisão considerando a natureza individual do litígio. Verifica-se neste caso, indiscutivelmente, um dos efeitos nocivos que o controle judicial de

políticas públicas pode implicar quando não se examina o problema sob uma perspectiva mais abrangente¹⁴¹.

De qualquer sorte, com o passar do tempo o Desembargador De Nardi acabou optando por se curvar ao entendimento da maioria, mudando sua linha de voto a partir do julgamento do agravo de instrumento nº. 20080400000858-7 (“Caso UFSC 858”), que também discutia as cotas implantadas naquela mesma instituição.

Já os Desembargadores Marga Inge Barth Tessler e Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz tinham firmes convicções contra as cotas, entretanto, diga-se de passagem, apenas contra as cotas raciais e considerando o mecanismo por meio da qual elas foram instituídas.

De fato, em seus votos, a Desembargadora Engler reconhecia a possibilidade de aplicação de ações afirmativas pelo Estado, mas entendia que a quebra do princípio da igualdade e do mérito acadêmico para acesso à universidade só poderia ser feito pelo Parlamento que, à luz do princípio da dominação democrática, era o único com poderes para obrigar a todos¹⁴².

¹⁴¹ Nessa mesma ordem de idéias, cumpre destacar a mais recente decisão do TRF da 4ª Região encontrada na pesquisa, proferida na apelação e remessa oficial nº. 20097200001078-7 (“Caso UFSC 1078”), na qual o relator, Juiz convocado João Gebran Neto, proveu apelo da UFSC contra sentença que tinha determinado matrícula de aluna por afastar a política de cotas da universidade. Aqui também o relator acabou criando uma ação afirmativa que tinha limitação apenas em face da aluna envolvida no processo, pois ele reconhecia as cotas como constitucionais, mas apenas por critério social e não racial. Entretanto, excluindo-se apenas as vagas destinadas às cotas raciais, ainda assim a aluna não seria aprovada no vestibular, o que acabou redundando no provimento da apelação, mas reforça a preocupação com os efeitos indesejados da modulação de políticas públicas pelo Judiciário em casos individuais e concretos.

¹⁴² Apelação em Mandado de Segurança nº. 200570000057460, interposta pela UFPR em face de aluno que logrou matrícula no curso de Direito a partir da desconsideração da política de cotas daquela instituição, tida como inconstitucional pelo Juiz de primeiro grau (“Caso UFPR 5746”).

Ela reconhecia o PROUNI, inclusive, como uma boa política pública de inclusão universitária, mas afastava a aplicação da Lei Federal nº 10.522/02, que instituiu o Programa Diversidade na Universidade, bem como da Lei 10.078/03 (que criou a Secretaria de Promoção da Igualdade Racial), por entender que elas não eram específicas “em relação às cotas, não fazendo um objetivo dimensionamento das mesmas”¹⁴³, além de realçar que o fato da Constituição Federal ter discriminado explicitamente mulheres e deficientes físicos, como beneficiários de ações afirmativas que deveriam ser adotadas pelo Estado, “ao invés de apontar no sentido da desnecessidade de lei, a reforça”.

O Desembargador Thompson Flores, por sua vez, também entendia ser impossível a instituição de ações afirmativas sem autorização legislativa específica, trazendo em seus votos longas transcrições de trechos de acórdãos e de doutrina norte-americana sobre o tema das ações afirmativas no Brasil para dizer que ela vinha sendo desvirtuada.

Ao falar desse desvirtuamento, o fazia citando sempre um acórdão relatado pela Desembargadora Tessler, em que ela acolhera um agravo de instrumento para determinar matrícula de alunos na UFRGS, a partir da juntada de fotos de alunos beneficiados por cotas em viagens ao exterior, por exemplo, questionando seriamente a eficácia das políticas

¹⁴³ Esse entendimento foi manifestado em acórdão que julgou questão de aplicabilidade das cotas, sendo que a relatora inclusive manteve a matrícula da aluna por fato consumado, mas é aqui excepcionalmente transcrito apenas para ilustrar a linha de argumentação contrária às ações afirmativas do TRF da 4ª Região. Apelação interposta pela UFRGS, nº. 20087100014668-0 (“Caso UFRGS 14668”).

de cotas para obtenção dos resultados pretendidos¹⁴⁴, que padeceriam, assim, de vício por desvio de finalidade.

Isso, em muitas hipóteses, acabou por revelar um mau uso do precedente, pois o Desembargador Thompson Flores fundamentava seus votos com aspectos que refugiam à lide colocada sob exame, mencionando as fotos indicadas pela Desembargadora Engler em casos de outras universidades que não as gaúchas¹⁴⁵. Tanto que em dado acórdão motivou resposta dura do Desembargador Lugon indagando se lugar de negro seria apenas na favela¹⁴⁶, objetivando mostrar o absurdo de se tentar medir critérios de pertinência que tinham de ser avaliados pela universidade a partir de prova unilateral de terceiros que queriam ingressar nas vagas de cotistas afirmando que estes, em verdade, seriam ricos simplesmente por terem carro e viajado.

Curioso notar, além disso, que em nenhum dos julgados contrários às ações afirmativas adotadas pelas universidades federais do Sul do Brasil se tenha registrado ou discutido o óbice constitucional consubstanciado no princípio da reserva de plenário (artigo 97, da CF), que impõe que apenas os órgãos colegiados plenários dos Tribunais poderão reconhecer a inconstitucionalidade de atos do Poder Público, como as resoluções de conselho universitário nos casos em tela.

¹⁴⁴ Fatos como esse é que deram origem ao já citado Movimento Contra o Desvirtuamento do Sistema de Cotas da UFRGS. Sobre o mau uso do precedente na jurisprudência em tema de direitos sociais, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, confira-se RAMOS, Luciana de Oliveira. “O Uso dos Precedentes pelo STF em casos de fornecimento de Medicamentos”. In: COUTINHO, Diogo R. VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?*, Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 351-365.

¹⁴⁵ Como na apelação cível nº.20097200004201-6 (“Caso UFSC 4201”), que envolvia a política de cotas da UFSC, por exemplo, mas o relator mencionava as fotos do Rio Grande do Sul.

¹⁴⁶ Agravo de instrumento nº. 20080400013342-4, interposto por um grupo de alunos que queria ser matriculado no curso de Administração e Relações Internacionais da UFRGS (“Caso UFRGS 33424”).

A despeito de representar o entendimento da minoria, a posição resoluta dos Desembargadores Engler e Thompson Flores, além da tensão em discussões como a relatada acima (bem como o fato de alunos produzindo “dossiês” contra cotistas, por exemplo), mostra um acirramento de ânimos no *campus*, que é temido por muitos dos críticos como principal efeito colateral de ações afirmativas, especialmente as veiculadas por cotas.

Mas é interessante observar que na região do Brasil em que estatisticamente se tem menos negros e maior incidência de imigração européia, seja tão claro o posicionamento do Tribunal quanto à constitucionalidade desse tipo de ação afirmativa e sua importância para redução das desigualdades sociais e desenvolvimento do Brasil, como ficou realçado na maioria dos votos.

Uma última decisão que deve ser mencionada, pois dela foi tirado o Recurso Extraordinário ao qual o STF atribuiu os efeitos da repercussão geral (do qual se falará um pouco mais adiante e que juntamente com o julgamento da ADPF 186 determinará os rumos da questão no Brasil), é o acórdão prolatado pelo TRF da 4ª Região, nos autos da apelação cível e remessa oficial nº. 200871000022540 (“Caso UFRGS 2254”), interposta pela UFRGS contra sentença que tinha deferido matrícula de aluno no curso de Administração por julgar o sistema de cotas inconstitucional. Esse recurso foi julgado pela 3ª Turma, que reformou a sentença a partir do voto-padrão da Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, tendo voto vencido do Desembargador Thompson Flores, que era o relator sorteado do recurso. Logo, será um caso em que estarão presentes nos autos praticamente

todos os elementos que cercam a discussão, o que é um bom precedente para ser examinado pela Suprema Corte por trazer todas as minúcias do debate.

Destarte, à luz do exposto, em breve recapitulação conclusiva, é nítido que nos acórdãos do TRF da 4ª Região pode-se divisar claramente a existência nas ações não só de um questionamento quanto à constitucionalidade da adoção de ações afirmativas (por violação ao princípio da isonomia, da proibição de discriminação, dentro outros), mas também quanto à competência para instituição desse tipo de medida, que não poderia prescindir de autorização legislativa específica.

Como se observou logo no início desta seção, porém, esses alegados óbices não eram reconhecidos pelos acórdãos que mantinham as políticas de cotas adotadas na 4ª Região, entendendo pela inexistência de violação aos princípios constitucionais indicados, além de reconhecerem a existência da autonomia universitária para estabelecer esse tipo de política e de tratados internacionais (como a Convenção Anti-Discriminação), que autorizariam legalmente a adoção das medidas de ação afirmativa pelas universidades federais.

Não se verificou nos acórdãos favoráveis às cotas, porém, um exame dos pressupostos indicados por Joaquim Barbosa para validação judicial das ações afirmativas, mesmo nos julgados que tiveram votos mais longos e muitas vezes citaram o autor ao teorizar sobre o instituto. Nesse aspecto, preocupações como a exposta pelo Desembargador Marcelo De Nardi no Caso UFC 914 , a respeito da proporcionalidade da reserva de vagas para negros à luz da sua representatividade no total da população do

Estado de Santa Catarina, são pertinentes, em que pese o caso em que esse debate foi travado também só ter avaliado esse aspecto do debate e não o assunto sistematicamente.

Como todas as universidades federais da Região Sul do Brasil adotam ações afirmativas em seus vestibulares, não se localizou nenhuma decisão em que se tivesse discutido a possibilidade do Poder Judiciário implementar esse tipo de política pública, embora fosse incontroversa a possibilidade de seu controle judicial e, em alguns casos, no corpo dos votos os Desembargadores tenham mencionado a impossibilidade de criação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Porém verificaram-se precedentes em que o controle exercido pelo Tribunal estabeleceu uma ação afirmativa com limitações individuais em face de alunos específicos, modulação que traz consigo os mesmos riscos presentes quando o Judiciário impõe a adoção de uma medida desse tipo.

Entretanto, é indiscutível também que todos os acórdãos examinados que foram favoráveis às cotas, especialmente os que tiveram a participação dos Desembargadores Maria Lúcia Leiria e do Desembargador Roger Raupp Rios (que são 15, do total de 42 examinados), destacam uma importante correlação entre ações afirmativas e desenvolvimento nacional, por meio da ampliação de oportunidades sociais e redução de desigualdades, como já se observara no TRF da 1ª Região.

Foram nos acórdãos liderados por esses dois Desembargadores em que também se verificou maior cuidado no trato dos *ônus de competência e do regulador* indicados por Carlos Ari Sunfeld, pois havia ampla fundamentação que justificava a possibilidade do controle judicial das ações afirmativas pelo Poder Judiciário (dado o risco de

desvirtuamento de princípios constitucionais por meio da adoção dessas medidas) e, ao mesmo tempo, se via uma preocupação dos julgadores em demonstrar analiticamente a pertinência de cada um dos argumentos esgrimidos em favor da adoção desse tipo de política pública, trazendo para o caso concreto a abstração dos princípios envolvidos no debate.

Essa grande preocupação analítica, inclusive, é que nos autoriza concluir que, no caso das ações afirmativas adotadas em universidades federais, não só o TRF da 4ª Região as reconhece como importantes e necessárias para o desenvolvimento do Brasil, como também se enxerga como parte desse processo, ao realizar um controle judicial dessa política pública visando qualificá-la como determinante na concretização dos princípios e objetivos estabelecidos na Constituição Federal relacionados à promoção da igualdade, redução das desigualdades e desenvolvimento nacional.

IV.C.2.5. A posição do TRF da 5ª Região¹⁴⁷

A partir dos resultados colhidos durante a pesquisa, não é possível estabelecer uma posição definida do TRF da 5ª Região sobre o tema das ações afirmativas por meio de cotas nas universidades federais brasileiras, embora haja uma leve tendência contrária a essas medidas. Isso porque, dos 22 resultados obtidos naquela Corte é certo que apenas 07 relacionavam-se diretamente ao objeto de pesquisa, sendo que 04 eram contrários às cotas e 03 favoráveis a elas.

¹⁴⁷ A área de jurisdição do TRF da 5ª Região abrange as Seções Judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Entretanto, a análise desses sete julgados permite algumas observações interessantes. Dos quatro julgados contrários às cotas, três cuidavam da política de cotas adotada pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), sendo três agravos de instrumento interpostos sempre por alunos contra o indeferimento de liminares nas quais se pretendia obter o direito de matrícula mediante a desconsideração do programa de ação afirmativa discutido por inconstitucionalidade. São eles, o agravo de instrumento n°. 20050500012284-1 (“Caso UFAL 12284”, relatado pelo Desembargador Federal Paulo Gadelha), o agravo de instrumento n°. 20060500044186-0 (“Caso UFAL 44186”, relatado pelo Desembargador Ridalvo Costa) e o agravo de instrumento n°.20080500028311-4 (Caso “UFAL 8311”, relatado pelo Juiz Francisco Cavalcanti).

A despeito dos três recursos serem relatados por magistrados diferentes, o fato é que todos foram providos e em todos o argumento principal para se afastar a aplicação das cotas foi a ausência de lei específica autorizando a implantação de ação afirmativa pela universidade, medida que por ser discriminatória (sendo indiferente o fato da cota ser racial ou social) não poderia ser veiculada por meio de ato administrativo, ainda mais sem clara demonstração científica e empírica de sua adequação, dada a miscigenação no Brasil e a existência de boas escolas públicas, o que redundaria também em violação ao princípio da isonomia. Inclusive, todos os acórdãos mencionam a existência de projetos de lei no Congresso Nacional discutindo o tema, o que demonstraria a necessidade de se aguardar por uma posição do Legislativo a respeito, considerando a maior legitimidade democrática daquele Poder para tomar uma decisão sobre matéria tão delicada.

Releva notar também que nessas três decisões os magistrados fazem ponderações a respeito do efetivo impacto que medidas como a reserva de vagas em universidades teriam para redução de desigualdades no País, registrando que, em sua opinião, o mal que elas pretendiam atacar seria resolvido por meio de investimentos em educação básica e pública de qualidade e não com cotas universitárias.

Por sua vez, o quarto precedente contrário às cotas, embora relatado também pelo Juiz Francisco Cavalcanti (apelação em mandado de segurança n.º. 20078300003888-5 – Caso “CEFET/PE”), repetindo seus argumentos quanto ao caráter discriminatório da reserva de vagas, sua percepção de que ele não resolveria a questão da exclusão social, além da ilegalidade de instituição sem lei, fez uma análise um pouco mais fundamentada da situação das cotas para alunos egressos do ensino público, observando o risco de que com essa medida houvesse uma migração em massa de alunos para escolas públicas. Todavia, a despeito dessas considerações, o fundamento final da parte dispositiva do acórdão foi de que a reserva de vagas no caso em análise, fixada por ato administrativo e no patamar de 50% (como era o caso no Centro de Educação Federal em Tecnologia - CEFET/PE), violava a razoabilidade e por isso deveria ser invalidada. O relator, porém, não se preocupou em detalhar de que maneira se verificava essa violação à razoabilidade, simplesmente citando o princípio como razão de decidir.

Um aspecto muito importante a destacar nesses julgados é que, ao declarar a inconstitucionalidade das ações afirmativas adotadas pela UFAL e pelo CEFET/PE, ou seja, reconhecer a inconstitucionalidade de ato expedido pelo poder público, nenhum dos julgados se manifestou sobre a violação ao artigo 97, da Constituição Federal, que impõe a

reserva de plenário para que isso seja possível (os julgados são anteriores à edição da Súmula Vinculante nº. 10).

Ademais, ainda que contrários às ações afirmativas no caso específico, é certo que os magistrados estabelecem uma correlação entre Direito e desenvolvimento no assunto, em sua visão com um resultado negativo, ou seja, afastando o mecanismo jurídico das cotas como instrumento legítimo e útil aos fins do desenvolvimento.

Já os acórdãos favoráveis à aplicação de ações afirmativas nas universidades federais da 5ª Região, por sua vez, seguiram como linha principal o reconhecimento da autonomia universitária para deliberação sobre critérios de ingresso e admissão nos seus quadros acadêmicos, sustentando que ações afirmativas promovem a igualdade real, tendo como fundamento determinações constitucionais em prol da redução das desigualdades e desenvolvimento social. Esses três acórdãos também debatiam o sistema de cotas da UFAL (os agravos nº. 20050500012442-4 e 20080500028311-4 e a apelação cível nº 20088000003152-9, respectivamente, Caso “UFAL 12442”, Caso “UFAL 283114” e “Caso UFAL 3152”).

Exceção feita ao Caso UFAL 3152, julgado em apelação, que faz um exame um pouco mais detido e sistematizado sobre as ações afirmativas, os outros acórdãos que foram favoráveis à aplicação das cotas simplesmente lançam os argumentos vertidos no parágrafo anterior, porém fazendo afirmações sintéticas sobre isso, o que não permite maior elaboração sobre o entendimento dos magistrados na matéria, ainda que, novamente, se

verifique a correlação entre Direito e desenvolvimento por meio da validação dada por esses três julgados às ações afirmativas.

Outrossim, dos 15 acórdãos que não foram examinados por refugirem ao objeto da pesquisa, 11 envolviam critérios de aplicação das ações afirmativas pelas universidades federais. E desses 11, em 06 o que se discutia era se o fato do aluno ter feito supletivo podia ou não ser considerado como estudo em estabelecimento público¹⁴⁸. Em todos os casos o Tribunal entendeu que sim e deferiu a matrícula do estudante que, desse modo, se beneficiou da política de cotas, o que dá uma medida da impossibilidade de se reconhecer uma posição do TRF da 5ª Região pela inconstitucionalidade das cotas, considerando o resultado desses outros julgados.

É interessante observar também que dentro desses 11 acórdãos, um particularmente demonstra o problema da interferência do Judiciário trabalhada em cima de presunções e não com base empírica.

No agravo de instrumento n°. 20070500032620-0 (Caso UFPE 32620) um aluno pretendia ser beneficiado pelo sistema de bônus na nota por ter estudado todo o ensino médio em escola técnica federal. Contudo, a despeito de não haver restrição nesse sentido (ao menos não nesse caso e àquela época, porque isso depois foi feito pela UFPE), o relator negou o pedido de matrícula dada a notória excelência da instituição de ensino em que o aluno havia estudado durante o ensino médio.

¹⁴⁸ Os casos eram a apelação cível n°. 20088300005546-2; a apelação cível n° 20088300005451-2; o agravo de instrumento n° 20080500007035-0; o agravo de instrumento n° 20080500006451-9; a apelação em reexame necessário 20088300005564-4 e a apelação em mandado de segurança n°. 20078302001179-4.

Nesse tipo de situação, como já se falou antes, o problema é que a partir de critérios que não são objetivos e nem positivados, ao examinar cada caso o Juiz pode estabelecer uma norma diferente, criando, por via de consequência, uma política pública diferente da almejada pela universidade, aplicada apenas individualmente, embora nesse caso a UFPE depois tenha adotado restrição similar¹⁴⁹.

Por fim, das quatro ocorrências irrelevantes para os fins deste trabalho, três versavam sobre incorporação de benefícios a servidores públicos funcionários de universidades, aparecendo no mecanismo de busca porque as expressões *cota parte e universidade* constavam dos acórdãos¹⁵⁰.

A quarta poderia, eventualmente, ter pertinência, porque era uma apelação em ação civil pública (nº 20058100011328-6), promovida pelo Ministério Público Federal em face da Universidade Federal do Ceará (UFC) pretendendo obrigá-la a adotar política de cotas. Contudo, tal ação objetivava que a medida fosse implantada para o vestibular de 2006, que já tinha findado quando da apreciação do recurso que tinha indeferido o pedido liminar (em 2007), que ficou assim prejudicado e não teve julgamento de mérito, logo, não havendo

¹⁴⁹ Inclusive, no julgamento da apelação em mandado de segurança nº 200783000017249 (também integrante do rol de ações relacionadas a problemas de aplicação das cotas que não eram objeto deste estudo, mas é aqui citada para fins de ilustração), o Tribunal entendeu que pouco importava que a exclusão dos colégios federais e militares tivesse sido feita no ano de aplicação do vestibular, indeferindo a matrícula pretendida pelo aluno por ausência de anterioridade na edição dessa norma. Ou seja, o afastamento de alunos que tivessem estudado em colégio público de boa qualidade era um valor tão importante para o Tribunal que ele ora criou essa restrição e ora a manteve ainda que editada de forma açodada.

¹⁵⁰ Apelação em mandado de segurança nº. 200583000163543, apelação em mandado de segurança nº 200283000117386 e apelação em reexame necessário nº. 200883000102798.

qualquer discussão no Tribunal e nesse processo sobre o tema das ações afirmativas ou sobre implementação de política pública pelo Judiciário no processo.

O exame dos julgados selecionados do TRF da 5ª Região permite verificar que lá também o conflito de competência entre Poder Legislativo e Executivo para aplicação de ações afirmativas nas universidades federais foi suscitado. Nos 07 acórdãos examinados que versaram diretamente a questão, nota-se uma inclinação do Tribunal em prestigiar o legislador em detrimento da autonomia das universidades.

Mas, como se disse, a margem é pequena. O que releva notar é que em nenhum acórdão se verificou a preocupação dos julgadores em se desincumbir do *ônus de competência* mencionado por Carlos Ari Sundfeld e a mesma despreocupação se verificou quanto ao *ônus do regulador*. Também nenhum debate se percebeu, daí nos julgados favoráveis à aplicação das cotas, quanto ao exame minucioso dos requisitos recomendados por Joaquim Barbosa para validação judicial desse tipo de ação afirmativa.

No Caso UFAL 3152 o relator destacou que as cotas adotadas pela universidade não tinham apenas conteúdo racial, exigindo também estudo por toda a vida em escola pública, mas foi só. Da mesma forma, nos casos contrários às cotas, em que os relatores questionaram a efetividade das ações afirmativas em comento para redução das desigualdades, especialmente no Caso UFAL 8311 e no Caso CEFET/PE, esse foi um debate superficial, revelador muito mais das impressões pessoais dos julgadores do que reflexo de um exame analítico apurado do tema.

Contudo, como já se ressaltou brevemente durante a exposição dos julgados, é indiscutível que, mesmo sem uma fundamentação mais densa, os julgadores enxergam nesse conflito um debate sobre um mecanismo jurídico que almeja a redução de desigualdades e promoção de oportunidades sociais, o que atesta uma correlação entre Direito e desenvolvimento, divergindo, porém, sobre a efetividade e adequação das ações afirmativas para essa finalidade.

IV.C.3. As manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

A partir dos critérios de pesquisa anteriormente informados para realização deste trabalho (seção IV.C.1), não foi localizado nenhum acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) que tivesse debatido especificamente as ações afirmativas de inclusão universitária adotadas pelas universidades federais, destacadamente por meio de reserva de vagas (cotas).

Entretanto, durante a pesquisa verificou-se que o tema está sim na pauta do STF, aguardando julgamento, porém, de dois processos que questionam as cotas adotadas na UNB e na UFRGS.

Com efeito, o partido político Democratas (DEM) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº. 186/MC-DF, relatada pelo Ministro

Ricardo Lewandowski), insurgindo-se contra a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília (UnB)¹⁵¹.

Em linha geral a ação do DEM repete todos os argumentos que foram esgrimidos na parte introdutória deste trabalho, destacando, principalmente, a violação ao princípio da isonomia pela adoção da ação afirmativa, notadamente ante o seu caráter “racialista”, bem como a violação à legalidade estrita e ao mérito acadêmico¹⁵².

¹⁵¹ Na ação, o DEM contesta os seguintes atos: i) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 6 de junho de 2003; ii) Resolução nº 38, de 18 de junho de 2003, do CEPE; iii) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília – UnB; iv) dispositivos do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009, do Cespe. Em sede liminar o DEM pediu a suspensão da realização da matrícula dos alunos aprovados mediante o sistema universal e o sistema de cotas para negros na Universidade de Brasília, que aconteceria nos dias 23 e 24 de julho de 2009. Pediu ainda que o CESPE divulgue nova listagem de aprovados, a partir das notas de cada candidato, independentemente do critério racial, determinando que somente após essa divulgação os alunos realizem a matrícula, obedecendo à classificação universal. Pediu também, ainda em liminar, que o Cespe se absteresse de publicar quaisquer editais para selecionar e/ou classificar candidatos para ingresso na universidade com acesso diferenciado baseado na raça. Também solicitou que o CESPE/UnB não praticasse “qualquer ato institucional racializado para tentar identificar quem é negro dentre os candidatos, suspendendo a Comissão Racial instituída pelo item 7 e subitens, do Edital nº 2/2009, Cespe/UnB”. Por fim, no mérito, pede para que juízes de tribunais de todo o país, tanto da Justiça Federal quanto da Estadual, suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do tema cotas raciais para ingresso em universidades, até o julgamento definitivo da ADPF, “ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão que, a qualquer título, garanta o acesso privilegiado de candidato negro em universidade em decorrência da raça”. Assim, o DEM pediu que sejam suspensos, com eficácia *ex tunc* (retroativa), os efeitos de qualquer decisão que tenham garantido a constitucionalidade das cotas raciais implementadas pela Universidade de Brasília. Sucessivamente o partido requer que em caso de a Corte entender pelo descabimento da ADPF, seja o pedido recebido como Ação Direta de Inconstitucionalidade, como se depreende da petição inicial “em homenagem ao princípio da fungibilidade processual, porquanto observados nesta peça todos os demais requisitos necessários à propositura da ADI, possibilidade esta que já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal”.

¹⁵² Apenas para fins de clareza, os preceitos constitucionais que o DEM afirma que foram vulnerados são: o princípio republicano (artigo 1º, caput) e da dignidade da pessoa humana (inciso III); dispositivo constitucional que veda o preconceito de cor e a discriminação (artigo 3º, inciso IV); repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII); princípio da igualdade (artigo 5º, incisos I) e da legalidade (inciso II), direito à informação dos órgãos públicos (XXXIII), combate ao racismo (XLII) e devido processo legal (LIV). A adoção da política de cotas pela UNB teria ferido também os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano (artigo 37, caput); direito universal à educação (artigo 205); igualdade nas condições de acesso ao ensino (artigo 206, caput e inciso I); autonomia universitária (artigo 207, caput); princípio meritório – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um (artigo 208, inciso V).

Embora o relator sorteado tenha sido o Ministro Lewandoski, como a ação foi distribuída durante período de férias forenses, a apreciação do pedido de liminar coube ao presidente do Tribunal à época, Ministro Gilmar Mendes.

A despeito de ter proferido uma decisão de quase 40 laudas, que parece uma verdadeira antecipação de voto por ter feito um retrato bastante apurado da discussão jurídica e sociológica do tema das cotas (com todas as suas nuances e, aparentemente, dando uma sinalização favorável às cotas, diga-se), o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de suspensão do programa de ação afirmativa da UNB, notadamente por ele já estar em vigor há alguns anos sem apresentar grandes intercorrências, sendo que o vestibular impugnado já estava em andamento e a matéria, pela sua complexidade, demandaria uma apreciação mais abalizada pelo Pleno da Corte¹⁵³.

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski foi também designado relator do Recurso Extraordinário nº. 597.285/RS, que visa anular acórdão do TRF da 4ª Região que julgou constitucional a política de cotas adotada pela Universidade Federal daquele Estado (UFRGS), como foi detalhado na seção IV.B.4.4.

¹⁵³ Confira-se a íntegra da parte final da decisão: “(...) Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade. Com essas breves considerações sobre o tema, indefiro o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário. Publique-se. Comunique-se. Ante o término do período de férias do Tribunal, proceda-se à livre distribuição do processo. Brasília, 31 de julho de 2009”.

Considerando a importância e o tema em comum entre a ADPF e o Recurso Extraordinário, o Ministro atribuiu a este os efeitos da repercussão geral, nos termos do artigo 543-A, do Código de Processo Civil¹⁵⁴, determinando que em função da relevância da matéria e seus efeitos sobre a continuidade ou não de políticas de ação afirmativa como as debatidas neste trabalho, fossem realizadas audiências públicas sobre o assunto, que aconteceram entre os dias 03 e 05 de março de 2010.

Em manifestações colhidas no sítio do Supremo Tribunal Federal após a realização dessas audiências públicas, o Ministro Lewandoski disse textualmente que as exposições ali realizadas tiveram como objetivo “(...) permitir que esta Corte Constitucional avalie se e em que medida as políticas de reserva de vagas no ensino superior afrontam a Constituição Federal de 1988”, ressaltando ainda que inicialmente o Tribunal terá de examinar se “(...) é possível do ponto de vista constitucional estabelecer critério que privilegie um grupo que historicamente não tem tido acesso às universidades, seja por razões econômicas, raciais, deficiência física ou outra”.

¹⁵⁴ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

O Ministro afirmou ainda que pretende levar a matéria a julgamento ainda em 2010 por ser de amplo interesse da sociedade, embora reconheça que sua indicação à presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em ano de eleições gerais, poderia atrapalhar esse intento. O Ministro Lewandowski observou, finalmente, que essa decisão deverá influenciar todas as universidades federais e estaduais do País, admitindo que o STF poderá impor condicionantes para manutenção da ação afirmativa, a exemplo do que aconteceu no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol ou modular os efeitos da sua decisão no tempo¹⁵⁵

Depreende-se assim que não há, sobre o tema específico desta dissertação e a partir dos parâmetros indicados para a pesquisa jurisprudencial realizada, entendimento formalizado em acórdão pelo STF, apresentando uma posição da Corte a respeito das ações afirmativas nas universidades federais brasileiras.

É importante observar, porém, que já há um julgamento em andamento no STF que pode impactar a discussão que será travada nas duas ações anteriormente mencionadas.

Trata-se da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 3330/DF, na qual se discutem alguns

¹⁵⁵ Cf. <www.stf.jus.br>, Notícias do STF, acesso em 05 de março de 2010. Ressalte-se uma vez mais a ampla publicidade que o Tribunal vêm dando ao tema, inclusive com a disponibilização da íntegra das audiências no canal da Corte no serviço de vídeos YouTube (<www.youtube.com/stf>), bem como na criação de página específica relacionando todos os documentos e manifestações apresentadas nas audiências públicas em tela, que tiveram também uma espécie de cartilha elaborada pela Corte, que podia ser copiada do site, relacionando as ações judiciais e principais artigos de doutrina tratando do tema das ações afirmativas universitárias. Nesse documento, inclusive, existe a menção a mais três decisões monocráticas sobre a questão das cotas, nenhuma apreciando o mérito da questão. Uma é liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos da Ação Cautelar 2452/SC, que pretende imprimir efeito suspensivo a Recurso Extraordinário interposto por aluna que teria a matrícula na UFSC cancelada após um ano e meio de estudo, em função de ter perdido recurso que visava inquirar de inconstitucional as cotas daquela instituição (o fundamento da liminar foi o fato dela estar matriculada há muito tempo, devendo se aguardar o julgamento do RE que fora admitido para determinar o cancelamento). As outras duas decisões foram para negar efeito ativo a Recurso Extraordinário também questionando as cotas da UFRGS (RE 599.139/RS, que o relator Ministro Marco Aurélio determinou seja julgado junto com aquele ao qual se atribuiu os efeitos da repercussão geral) e para negar seguimento a RE tirado contra decisão que tinha indeferido pedido de tutela antecipada de aluno que queria suspender as cotas da UFRGS, por não-cabimento do recurso contra esse tipo de medida (RE 594.969/RS, relatado pelo finado Ministro Menezes Direito).

critérios de natureza tributária estabelecidos na criação do PROUNI¹⁵⁶, dentre outros temas, nos quais se inclui a prioridade dada a bolsista negros ou indígenas naquele programa, voltado às universidades particulares. A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), sendo relator o Ministro Carlos Ayres Britto¹⁵⁷, que já proferiu voto no julgamento, suspenso em função de pedido de vista dos autos feito pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Muito provavelmente, o ponto fulcral da discussão, ao menos no que toca a reserva de vagas estabelecida no âmbito do PROUNI, será a constitucionalidade ou não de ações afirmativas dessa natureza, especialmente quando assentada em critérios raciais. Entretanto com a diferença de que no caso específico há lei estabelecendo a medida, o que afasta ao menos um dos questionamentos habituais na discussão no âmbito das universidades federais, que adotam essas ações mediante atos administrativos no exercício de sua autonomia constitucional.

Apenas para fins ilustrativos, porque nenhum desses precedentes se relaciona diretamente ao objeto desta pesquisa, vale destacar também que em 2005 o então Ministro do STF Nelson Jobim proferiu decisão em Suspensão de Liminar (nº. 60/SP), apresentada pelo Governo do Estado de São Paulo, contra decisão da 5ª Vara Cível de Marília, que, deferiu pedido de liminar formulado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público daquele Estado, para impor à FAMEMA - Faculdade de Medicina de Marília, uma

¹⁵⁶ A MP 213/04 foi convertida na Lei nº 11.096/05.

¹⁵⁷ Foram apensadas a esta ADI também as de nº. 3314 e 3379, a primeira ajuizada pelo partido político Democratas (DEM), questionando os aspectos fiscais e a política de cotas do ProUni, a segunda, ajuizada pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (FENAFISP), questionando apenas seus aspectos fiscais e que já teve julgamento pelo seu não-conhecimento por ilegitimidade ativa.

autarquia Estadual, a obrigação de fixar uma cota de 30% (trinta por cento) das suas vagas dos cursos de medicina e enfermagem para “candidatos carentes egressos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2.004 a 2.010”.

Àquela ocasião o pedido foi deferido em decisão monocrática, na qual o relator assentou sinteticamente o seguinte:

“(…) Decido. A causa tem natureza constitucional (Art. 2º, Art. 5º, II, e Art. 206, VI). Conheço do pedido. Examinando a lesão à ordem pública. Na ordem pública está compreendida a ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa (PET 2066 AgR, VELLOSO, DJ 28.02.2003). A decisão questionada impõe à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei. O requerente demonstra que o deferimento da liminar causa grave lesão à ordem à administração públicas quando o Judiciário interfere na condução pelo Estado das políticas públicas para a educação. Além disso, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo. Em razão do exposto, defiro a suspensão da decisão liminar proferida na Ação Civil Pública nº 2.622/2003. (...)”

O processo depois foi extinto porque o Tribunal de Justiça Estadual deu provimento ao agravo do Estado de São Paulo e cassou a medida liminar, por isso o debate do tema não foi aprofundado no STF¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Foram localizadas também, dentro dos critérios de busca, duas decisões monocráticas que envolviam tentativas de processar recursos extraordinários aos quais se negou seguimento, uma no RE 594947/BA, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, tirado de ação discutindo as cotas da UFBA, mas questionando o problema de aplicação temporal da Resolução que as instituiu, que já foi explicado anteriormente. Negou-se seguimento ao recurso por versar assunto de natureza infraconstitucional. O outro, questionando a política de cotas da UERJ, também não foi processado porque o acórdão de origem não debateu a constitucionalidade das cotas, já que se verificou que mesmo se elas fossem afastadas o aluno não seria aprovado no vestibular (Agravo de Instrumento nº. 547.555-5, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence). Ambas, como se vê, além de decisões monocráticas, debatiam questões processuais, fora do escopo da pesquisa. No processo de pesquisa não foram indicadas pelo critério de busca (porque ainda sem qualquer decisão colegiada ou de mérito), mas descobriu-se pela leitura de notícias as duas ADI's questionando a legislação estadual do Rio de Janeiro sobre cotas, que porém foram arquivadas, das quais já se falou na seção IV.A.1 (ADI nº. 2858-8, relatada pelo Ministro Carlos Velloso e a ADI 3197, relatada pelo Ministro Dias Toffoli). Deveras, como os dois primeiros recursos versavam matéria processual rejeitada por decisão monocrática e as ADI's discutiam lei de âmbito estadual, impondo ação afirmativa a universidades estaduais, evidente a ausência de vinculação desses processos aos critérios desta pesquisa, como já se observou na seção IV.C.1.

Em função de todo o exposto, a respeito do STF não há como se indicar uma posição da Corte sobre o tema das ações afirmativas em universidades federais, ao menos não dentro do escopo proposto para este trabalho.

O que se pode fazer é especular sobre os caminhos que os julgamentos poderão tomar, bem como alertar para a futura verificação a respeito da reprodução ou não, no STF, do debate que foi travado no âmbito dos TRF's, em que existem decisões muito consistentes e bem fundamentadas, apreciando todos os aspectos da questão, principalmente a partir do acórdão que originou o Recurso Extraordinário ao qual foram atribuídos os efeitos da repercussão geral e está pendente de julgamento.

Será interessante examinar se a Corte Constitucional pautará seu exame do assunto dentro dos padrões que foram debatidos ao longo da exposição feita neste trabalho sobre os julgados das Cortes Regionais, testando as ações afirmativas debatidas à luz dos requisitos indicados pelo Ministro Joaquim Barbosa e desincumbindo-se do ônus de competência e do ônus do regulador indicados por Carlos Ari Sunfeld, mormente se os Ministros optarem por impor algum tipo de modulação à decisão ou editarem Súmula Vinculante a respeito do tema, sob o fundamento de evitar “grave insegurança jurídica”.

Será interessante verificar também se o STF usará o tempo como estratégia *informal* de decisão¹⁵⁹, aguardando ainda por um posicionamento mais claro dos Tribunais Regionais

¹⁵⁹ Sobre o tema confira-se ALVES, Paulo César Amorim. “Diga ‘Trinta e Três’: uma Tentativa de Diagnóstico da Agenda Política do STF e dos Órgãos de sua Burocracia Processual”, p. 68-82. In COUTINHO, Diogo R. VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?*, Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

para então se envolver no debate e manifestar-se sobre o assunto, considerando que, a rigor, exceção feita ao TRF da 4ª Região, não se tem uma definição pacífica daquelas Cortes a respeito da constitucionalidade das ações afirmativas adotadas pelas universidades federais brasileiras. Esse fato, inclusive, foi mencionado pela representante da Associação dos Juízes Federais (AJUFE) na sessão do dia 05 de março da audiência pública realizada sobre a questão no STF, embora o número de decisões apresentado naquela exposição não retratasse fielmente o número de julgados existentes nos TRF's sobre a questão, uma vez que indicados em quantidade muito inferior àquela obtida durante esta pesquisa¹⁶⁰.

De qualquer forma, pelo levantamento doutrinário feito para este trabalho é possível apontar que os Ministros Marco Aurélio Mello, Carlos Ayres Britto, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Joaquim Barbosa votarão a favor das ações afirmativas. No mesmo sentido poderá ser o voto do Ministro Gilmar Mendes, diante do teor da decisão proferida por ele na apreciação do pedido de liminar na ADPF nº 186/DF.

¹⁶⁰ Conforme notícia divulgada no sítio do STF, “citando levantamento do CJF, a Juíza Federal Fernanda Duarte disse que há atualmente 32 casos sobre o tema julgados em segundo grau, sendo que o mais antigo data de 2005. Os casos são os mais diversos possíveis, envolvendo ações públicas para implementação de cotas”. Ainda segundo a notícia: “(...) pela análise das decisões, a tendência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), com sede em Brasília (DF), é a de referendar as cotas. Já o TRF-2, com sede no Rio de Janeiro (RJ), entende que a matéria necessita de disciplina legal. A mesma decisão foi tomada em um caso julgado pelo TRF-5, que tem sede em Recife (PE). No TRF-3, com sede em São Paulo (SP), não há registro de julgamentos sobre o tema e, dos 21 casos analisados pelo TRF -4, sediado em Porto Alegre (RS), a maioria massiva referenda o sistema de cotas” (cf. <www.stf.jus.br>, em Notícias do STF, acesso em 09 de março de 2010). Apenas para fins de comparação, neste estudo, também em levantamento feito a partir do sítio do Conselho da Justiça Federal (CJF), foram localizados 136 julgamentos dos TRF's debatendo a questão das cotas nas universidades federais, sendo que foram examinadas 59 decisões que enfrentavam diretamente a constitucionalidade dessa espécie de ação afirmativa. Sob uma perspectiva meramente quantitativa, apenas as conclusões a respeito da inexistência de manifestação do TRF da 3ª Região e de aprovação massiva das cotas pelo TRF da 4ª Região estão em linha com o que aqui se apurou, ainda que no TRF da 4ª Região tenham sido examinadas 42 decisões para se chegar a essa conclusão (e não apenas 21 como informado na notícia).

Uma grande dúvida é saber se esses Ministros votariam com algum tipo de modulação ou estabelecendo parâmetros para aplicação dessas medidas, como, por exemplo, reconhecer constitucionais apenas critérios sociais e não raciais na adoção das ações afirmativas ou mesmo estabelecendo critérios para definição de quem será considerado estudante de ensino público. De qualquer sorte, a soma dos votos deles não alcança a maioria naquela Casa, o que atesta o longo caminho ainda a percorrer no debate.

Por fim, parece interessante destacar que o STF já apreciou o tema das ações afirmativas em alguns outros casos e se mostrou favorável a essas medidas, ao julgar constitucional, por exemplo: *(i)* a Lei Federal nº. 8.899/94, que concede passe livre no transporte interestadual rodoviário a deficientes físicos¹⁶¹; *(ii)* a reserva de vaga para participação de deficiente visual em concurso público, inclusive o portador de deficiência em apenas um olho, conforme regulamentado pela Lei nº. 7.853/89¹⁶²; *(iii)* a necessidade de pagamento integral de licença-maternidade que deveria ser suportada pelo Estado e não pelos empregados particulares, sob pena de redução na contratação de mão-de-obra feminina¹⁶³, além de *(iv)* recentemente ter se manifestado sobre medidas como a demarcação contínua da Reserva Raposa/Serra do Sol, afirmando que ela versava ação afirmativa fundada no princípio da fraternidade e da solidariedade, mediante a compensação de desigualdades históricas impostas a minorias como os indígenas, sem que se falasse em conflito desse tipo de proteção com o desenvolvimento da região em que se encontra a reserva¹⁶⁴.

¹⁶¹ ADI 2649/DF, relatada pela Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha.

¹⁶² RMS 26071/DF, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

¹⁶³ ADI 1946 MC/DF, relatada pelo Ministro Sidney Sanches.

¹⁶⁴ PET 3388/RR, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

Um exame detalhado dessas decisões fugiria completamente do âmbito desta pesquisa, até porque elas foram indicadas aleatoriamente, a partir de uma rápida busca pela expressão ação afirmativa no sítio do STF na internet e da leitura de decisões que as mencionavam.

Contudo, esse panorama a respeito das manifestações já havidas ou pendentes naquela Corte sobre as ações afirmativas em universidades federais, bem como uma rápida indicação de alguns outros julgados que versaram o tema das ações afirmativas sob uma perspectiva mais ampla naquele Tribunal, servem apenas para corroborar o quanto se afirmou na Introdução deste trabalho a respeito da relevância do assunto, que está na ordem do dia, com um debate bastante acirrado.

E já deixam estabelecidas algumas diretrizes para a continuidade de estudos jurisprudenciais sobre a matéria, principalmente aqueles voltados a examinar se o STF irá prestigiar o histórico construído pelos TRF's nos debates ou, ainda que tenha realizado audiências públicas sobre a questão, irá continuar apenas olhando para dentro, mirando-se mais fortemente em discussões internas de casos análogos envolvendo ações afirmativas de um modo geral do que naquele histórico em particular.

IV.C.4. Outras vertentes jurisprudenciais passíveis de análise relativas à aplicação das cotas nas universidades federais

A análise jurisprudencial que se buscou empreender no presente trabalho centrou-se em três aspectos específicos das ações afirmativas nas universidades federais brasileiras, notadamente por meio da reserva de vagas orientadas a minorias nos vestibulares (cotas), a saber: *(i)* verificar qual o entendimento dos Tribunais Regionais Federais a respeito da constitucionalidade dessas medidas, especialmente à luz do possível conflito de competência que poderia ser suscitado entre Poder Legislativo e Executivo, considerando a instituição dessas ações afirmativas por meio de ato interno expedido no exercício de poder regulamentar pelas universidades, que gozam de autonomia constitucional; *(ii)* compreender, no julgamento da matéria à luz dessa questão nodal anterior, qual o papel que o Poder Judiciário se atribuía no julgamento desse conflito e ao apreciar as ações afirmativas, principalmente se ele as conceituava como políticas públicas e se isso, de alguma forma, alterava o padrão de controle estabelecido pelos magistrados, ampliando o espectro de questões investigadas durante o julgamento; e *(iii)* examinar se, no curso do julgamento da constitucionalidade ou não dessas ações afirmativas, os magistrados relacionavam o tema aos comandos constitucionais de desenvolvimento nacional e de promoção da igualdade material, visando estabelecer uma correlação entre Direito e desenvolvimento a partir do estudo de um caso concreto (a implementação de ações afirmativas nas universidades federais brasileiras).

Dentro desse corte metodológico, como se explicou anteriormente na seção IV.C.1., foram então examinados apenas acórdãos nos quais se discutiam, precipuamente, a

constitucionalidade ou não dos programas de ação afirmativa adotados pelas universidades federais brasileiras. Grosso modo, a análise estava centrada no aspecto de *formulação* desse tipo de política pública.

Todavia, os questionamentos judiciais sobre o tema não se restringem a esses parâmetros e, como contribuição para continuidade do debate, achamos por bem salientar algumas outras ordens de assunto que podem justificar interessantes estudos empíricos, principalmente do controle judicial no âmbito de *aplicação* dessas políticas públicas.

De fato, a partir dos dados colhidos durante a vertente pesquisa, constatou-se que são também bastante controvertidos (e judicializados) temas como o cumprimento ou não do requisito de estudo em escola pública por determinado período de tempo, por alunos que pretendiam se beneficiar de cotas sociais, mas fizeram curso supletivo¹⁶⁵ (por isso não estudaram todo o período mínimo legal exigido em escola pública, já que o curso é concentrado), ou estudaram parte do tempo em escola particular e parte em escola pública¹⁶⁶, ou foram bolsistas em escola particular¹⁶⁷ (por isso a família tem renda média mensal baixa).

¹⁶⁵ Exemplos: Apelação em Mandado de Segurança n°. 200733000036361 e Apelação Cível n°. 200733000071530, do TRF 1ª Região e Apelação Cível n°. 200883000055462, do TRF da 5ª Região.

¹⁶⁶ Exemplos: Apelações em Mandado de Segurança n°.s. 20053900002578 e 200533000059046, do TRF da 1ª Região e Apelação em Reexame Necessário n°. 200871020007210, do TRF da 4ª Região (aqui a aluna teve a matrícula deferida pelo Tribunal em função de interpretação teleológica da norma, pois quando estudou em escola particular foi com bolsa).

¹⁶⁷ Exemplos: Apelação em Mandado de Segurança n°. 200533000059046, do TRF da 1ª Região e Apelação Cível n°. 200871020013258, do TRF da 4ª Região.

Discute-se também se são alunos egressos do ensino público aqueles que estudaram em escola privada cuja administração foi transferida a um ente público¹⁶⁸ ou mesmo em escola mantida gratuitamente por fundação¹⁶⁹ e ainda os que estudaram em escola pública que, porém, é tida como de alto nível (caso dos colégios militares e de aplicação, ligados a universidades)¹⁷⁰.

Com efeito, esses assuntos se relacionam diretamente à pergunta de quem deve ser o beneficiário de ações afirmativas de cunho sócio-econômico (as cotas sociais): o discrimen deve ser pelo fator renda ou pela formação escolar que, suposta e notoriamente, seria sempre deficiente no ensino público? Afinal, qual é a finalidade desse tipo de ação afirmativa, inclusão social de minorias ou tentativa de correção de um sistema educacional falho? A idéia é ajudar quem é pobre, negro, indígena ou quem não teve estudo básico de qualidade? Para isso seriam as cotas o melhor remédio? O que diz a jurisprudência a esse respeito?

Esse temário reforça a argumentação que já foi apresentada antes a respeito da complexidade dos critérios para implantação de ações afirmativas (porque no fundo

¹⁶⁸ Exemplo: Apelação em Mandado de Segurança n°. 200670000132991, do TRF da 4ª Região.

¹⁶⁹ Cf. sobre o tema a Apelação em Mandado de Segurança n°. 20084000000822-7 e o Agravo de Instrumento n°. 20090100017685-7, do TRF da 1ª Região, bem como a Apelação em Mandado de Segurança n°. 200780000000885-0. De se ressaltar que a discussão nesses processos se refere a escolas mantidas pela Fundação Bradesco, que está envolvida em muitos precedentes sobre essa questão nos dois Tribunais. Nesses processos os magistrados debatem intensamente se deve prevalecer a hipossuficiência dos alunos (pois todos os alunos da instituição são pobres) ou a boa qualidade da escola que frequentam, que seria notória no caso. O debate reside em estabelecer se a ação afirmativa visa suprir uma omissão no dever do Estado de fornecer educação de qualidade ou incluir na universidade pessoas excluídas sob o ponto de vista social e econômico.

¹⁷⁰ Agravo de Instrumento n°. 20070500032620-0, do TRF da 5ª Região em que um aluno estudou em escola militar e teve sua matrícula indeferida em função da qualidade notória da escola (escola técnica federal), sendo que no caso essa notoriedade de excelência foi reconhecida judicialmente e não por exclusão da própria resolução da universidade que regula a ação afirmativa, como fazem UFF e UFPE atualmente.

eminentemente políticos), que acabam redundando no surgimento de novos grupos de pressão voltados a ampliar programas excepcionais e de prazo determinado, que deveriam prestigiar minorias (grupos sem voz e sistematicamente excluídos) e não gerar uma corrida de novos interessados em se beneficiar de uma espécie de “janela de oportunidades”, que seria destinada a quem regularmente tentava ingressar no ensino superior e agora tenta se encaixar em uma dada ação afirmativa com vistas a acelerar esse processo.

Outra ordem de problemas tem a ver com o cumprimento de requisitos burocráticos no processo de inscrição para o vestibular valendo-se do benefício das cotas, tais como, não-indicação correta do tipo de cota na qual o candidato pretendia se inscrever (se racial ou social)¹⁷¹, ou não comprovação de que além de ser negro tinha estudado em escola pública (nos casos em que esses requisitos eram cumulativos)¹⁷², ou apresentação de documento inidôneo (não apresentação de foto no ato da inscrição do vestibular ou de atestado de frequência em colégio público inválido)¹⁷³. Qual deve ser o rigor na avaliação desse tipo de falha, considerando a intenção inclusiva desse tipo de medida?

Um tema que nos chamou particularmente a atenção remonta também à ausência de um critério específico para determinar quem seja, por exemplo, candidato à vaga no vestibular egresso do ensino público.

¹⁷¹ Exemplos: Apelação em Mandado de Segurança n°. 20053900003211-6 e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n°. 20064300000276-3, ambos do TRF da 1ª Região.

¹⁷² Exemplos: Apelação Cível n°. 20087100016723-2 e Agravo de Instrumento n°. 20080400021859-4, do TRF da 4ª Região.

¹⁷³ Exemplos: Apelações em Mandado de Segurança n°.s. 20053300005902-9 e 20053300005909-4, do TRF da 1ª Região e Agravo de Instrumento n°. 20070400005779-0, do TRF da 4ª Região.

Apenas a título ilustrativo, na UFG é estudante de escola pública, quem estudou os três anos do ensino médio e os últimos dois do ensino fundamental. Na UFBA quem tenha cursado todo o ensino médio e pelo menos uma série entre a quinta e a oitava do ensino fundamental na escola pública. Na UFU, os candidatos que tenham cursado, na rede pública, os últimos quatro anos do ensino fundamental e todo o Ensino Médio Regular. Na UFES é egresso do ensino público aquele que tenha cursado pelo menos quatro anos das séries do ensino fundamental e todo o ensino médio em escola pública, além de ter renda familiar inferior à sete salários mínimos. Na UFRGS entende-se por egresso do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio o candidato que cursou com aprovação em escola pública pelo menos a metade do Ensino Fundamental e a totalidade do Ensino Médio. Na UFPR e UFSM (Universidade Federal de Santa Maria – RS), são oriundos de escola pública estudantes que tenham feito seus cursos Fundamental e Médio exclusivamente em escolas públicas, com a ressalva na UFSM que tenha sido escola pública brasileira.

Ou seja, examinando apenas algumas das universidades federais que tiveram suas ações afirmativas questionadas judicialmente, verificamos que não há um padrão que determine o que é o estudante oriundo de escola pública, dando até a impressão de que alguns são “mais estudantes de ensino público” que outros.

Superada a discussão a respeito da violação ou não ao princípio da isonomia simplesmente pela instituição da política de cotas, será que não se tem uma violação subjacente desse princípio, mas daí em âmbito federativo, com as universidades federais tendo percepções diferentes entre si sobre o que é (e quem é) o estudante de escola pública sujeito ao benefício das cotas? A autonomia delas poderia ir até aí, dado que, por serem

federais, elas estão abertas a receber estudantes de todo o País? Qual o critério que pauta o discrimen que estabelece três anos de ensino fundamental e não cinco como suficientes para benefício pela cota? Porque sete anos ininterruptos de estudo em escola pública e não quatro, como em outro exemplo?

Deveras, todos os assuntos aqui brevemente indicados podem gerar uma série de outros estudos que indicam o quanto o debate sobre as ações afirmativas universitárias no Brasil ainda pode evoluir e se aprimorar.

A razão para exortação de mais estudos empíricos na área se relaciona à já citada mensagem de estímulo de Brian Z. Tamanaha, de que, com vistas ao aprimoramento do campo de estudos do Direito e desenvolvimento é necessário menos reclamação e mais ação, especialmente envolvendo análises empíricas mais trabalhosas e específicas, sensíveis ao “contexto dos regimes jurídicos e instituições específicas (formais e informais) de determinadas sociedades e de suas reformas potenciais avaliadas em comparação com algum conjunto de objetivos amplos ou mais generalizáveis de desenvolvimento”¹⁷⁴

Sem dúvida, em todos os assuntos aqui listados essa correlação poderá ser perseguida e avaliada, com grande contribuição àquele campo de estudos do Direito.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 255.

V. CONCLUSÕES.

Sob uma perspectiva eminentemente quantitativa, os resultados da pesquisa empreendida a respeito do entendimento da jurisprudência sobre as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras demonstram que o Poder Judiciário as reputa constitucionais.

Com efeito, do total de 136 ocorrências apontadas no sítio do CJF indicando julgados dos Tribunais Regionais Federais dentro dos critérios de pesquisa esclarecidos na seção IV.C.1, foram examinados 59 acórdãos que tratavam diretamente a questão da constitucionalidade (ou não) das referidas ações afirmativas que, na totalidade das decisões examinadas, debatiam uma política de reserva de vagas adotada pela universidade, por meio de cotas.

Desse total de 59 acórdãos, 46 deles foram favoráveis à constitucionalidade dessas ações afirmativas (77, 96% do total em termos percentuais) e apenas 13 contrários a elas (22,03% do total em termos percentuais). Esses números poderiam indicar que já está sedimentado na jurisprudência o entendimento pela constitucionalidade dessas ações afirmativas, ao menos enquanto perdurar a ausência de posicionamento específico do STF sobre a questão.

Porém, essa informação é destacada logo no início das conclusões do trabalho porque demonstra o perigo de se tentar trabalhar análises de jurisprudência apenas a partir

de indicadores numéricos e não de forma qualitativa, como se pretendeu fazer nesta dissertação.

Isso porque, no caso específico, a soma das decisões sobre o tema não retrata fielmente o estado em que se encontra o debate no âmbito da jurisprudência dos TRF's. Como se vislumbra da exposição feita anteriormente, a partir da análise individualizada do entendimento de cada Tribunal Regional Federal o que se constata, com segurança, é a ausência de qualquer manifestação do TRF da 3ª Região sobre o assunto e o entendimento majoritário do TRF da 4ª Região pela constitucionalidade dessa espécie de ação afirmativa.

O alto número de julgados examinados oriundos da 4ª Região, contudo, é que eleva o percentual de decisões favoráveis às cotas, podendo induzir à equivocada percepção de que existe um entendimento consolidado na matéria pelos Tribunais federais no país, o que não é verdade. Com efeito, na 4ª Região foram 42 acórdãos versando especificamente a discussão sobre a constitucionalidade das cotas, sendo 37 decisões favoráveis a elas.

No TRF da 5ª Região, por exemplo, a disputa está bastante acirrada com uma divisão praticamente igual entre acórdãos favoráveis e contrários às ações afirmativas, com leve prevalência dos contrários, embora os acórdãos versando sobre tema de aplicação das cotas naquela Corte não tenham inquinado as medidas de inconstitucionais (o que se menciona apenas por referência, porque se essa matéria não tiver sido objeto de impugnação nos recursos, possivelmente não geraria debates no Tribunal).

Já o TRF da 2ª Região tem pouquíssimas manifestações sobre o tema (02 decisões analisadas efetivamente), o que indica uma base tênue para qualquer análise mais detalhada. No TRF da 1ª Região o problema é o mesmo, com poucos julgados (05), acrescentando-se a pendência de julgamento de incidente de inconstitucionalidade que, eventualmente, pode alterar o entendimento favorável às cotas manifestado por aquela Corte até aqui.

Assim, a verdade é que, passados cinco anos da implantação de ações afirmativas no processo seletivo das universidades federais, não é possível se estabelecer um consenso sobre o assunto, o que não chega a surpreender, por ser um período de tempo razoavelmente curto para se cristalizar uma orientação jurisprudencial mais uniforme a respeito de tema tão complexo¹⁷⁵.

Esse fato, todavia, acabará fazendo com que a palavra final na questão seja dada pelos 11 Ministros do STF, que inclusive já registraram a repercussão geral que pretendem outorgar ao seu posicionamento sobre a matéria. Mais do que destacar a posição da Corte, esse mecanismo possui efeitos concretos, porque permite a edição posterior de Súmula Vinculante que, nos termos do artigo 103-A, da Constituição Federal imporá a conduta nela

¹⁷⁵ Em pesquisa de jurisprudência anterior que realizamos, versando sobre a interrupção no fornecimento de serviços públicos de água e energia elétrica nos casos de inadimplência do usuário, dentro da jurisprudência do STJ e do STF, pudemos verificar, por exemplo, que a consolidação da orientação (ou da regulação) estabelecida pela Corte a respeito dos requisitos que autorizariam ou não a interrupção daqueles serviços foi construída em um período de nove anos, com o primeiro acórdão examinado sendo de 1998 e o último, acrescentando novos elementos ao debate, de 2007, pois ainda que em 2003 tenha se consolidado a possibilidade de interrupção do serviço, depois novas discussões surgiram, envolvendo aspectos como a aplicabilidade de orientações anteriores ao corte no fornecimento dos serviços a entes públicos como hospitais, por exemplo. E o debate prossegue até hoje (cf. DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. “A Interrupção no Fornecimento dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Água, por Inadimplência do Usuário, à Luz da Jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF)”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 6, volume 24, out/dez 2008, p. 219/236).

estabelecida a todos os órgãos da administração pública direta e indireta, o que inclui a totalidade das universidades públicas e não só as federais.

Reside aqui um dos traços importantes do levantamento que foi realizado nesta dissertação: estabelecer parâmetros para debate dentro de uma expectativa de que o STF ao apreciar a matéria realize um diálogo com as decisões já existentes sobre o tema, ao invés de simplesmente impor seu entendimento a partir de outros argumentos ou, pior, ficar aguardando por uma definição mais consistente do assunto para só então se manifestar sobre o tema. Ainda que o debate esteja acirrado, os termos em que ele é travado já estão suficientemente claros.

Por outro lado, considerando as hipóteses efetivamente formuladas antes da elaboração da pesquisa cujos resultados foram apresentados aqui (pois desde o início se observou que não era possível formular hipóteses a respeito do entendimento do STF sobre a questão das ações afirmativas nas universidades federais), pode-se afirmar, com base no que foi exposto anteriormente, que quando as políticas públicas de cotas raciais e sociais veiculando ações afirmativas para ingresso em universidades federais são submetidas ao Poder Judiciário, elas carregam consigo uma discussão a respeito da titularidade da competência para estabelecê-las, mesmo que esse não seja o fundamento do pedido de uma das partes.

A partir do levantamento realizado verificamos que o Poder Judiciário sempre se sente legitimado para se envolver no debate e dirimir esse conflito, embora na maioria dos julgados pesquisados não se verifique a apresentação de uma ampla fundamentação a esse

respeito, ou seja, não se nota uma preocupação, na maioria dos julgados, em justificar o porquê da sua intervenção, como recomendado por Carlos Ari Sundfeld, tendo sido destacados durante a exposição aqueles que não procederam dessa forma.

E pode-se afirmar também que, quando reconhece a constitucionalidade das cotas nas universidades, o Judiciário o faz reconhecendo que, à luz da autonomia assegurada às universidades federais constitucionalmente, elas podem estabelecer tais ações fundamentando sua competência diretamente na Constituição ou em leis genéricas sobre o assunto, sem exigência de lei específica as autorizando para isso e sem que esse fato caracterize uma violação ao princípio da separação de poderes. E essa conclusão traz embutida consigo outra: a confirmação da hipótese de deferência do Poder Judiciário à regulação social estabelecida pelas universidades federais sobre o tema das ações afirmativas veiculadas por cotas nos casos examinados, ainda que instituídas por ato administrativo.

Existem, como se apontou anteriormente, especialmente no TRF da 5ª Região e da 4ª Região, julgados defendendo que tal prerrogativa é do Poder Legislativo, entretanto esse é um entendimento minoritário.

Com relação à possibilidade de fixação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, foram localizados três recursos interpostos contra decisões de primeiro grau que, atendendo a pedido do Ministério Público Federal, impunham a algumas universidades federais (na hipótese todas as federais mineiras, a UFG e a UFES) adoção de ações afirmativas no seu processo seletivo.

No TRF da 1ª Região as duas decisões por ele apreciadas a esse respeito foram mantidas, ao entenderem que cabe ao Judiciário fixar a política de ação afirmativa a partir da constatação de omissão do Estado em prover o direito essencial à educação universal e de qualidade. Porém com modulação da extensão da decisão, ironicamente em respeito à autonomia das universidades, a quem competiria organizar os percentuais de vagas, com o Poder Judiciário fixando apenas o mínimo necessário. Já o TRF da 2ª Região rejeitou a possibilidade de fixação de política pública pelo Poder Judiciário.

Ainda que por pequena margem, foi infirmada a hipótese de que, nos casos de omissão legislativa, o Poder Judiciário não estabeleceria a política pública em respeito ao princípio da separação de poderes, à autonomia universitária e por não se sentir legitimado a adotar medidas distributivas dessa natureza.

Vale dizer, na grande maioria das vezes, o papel que o Poder Judiciário se atribui no exame da questão das ações afirmativas é tão somente de órgão de controle dos atos do Executivo e do Legislativo, contudo, em número de vezes maior do que se poderia supor, ele acaba por indicar ou fixar os parâmetros para realizar adequações que entende necessárias na política.

Isso traz problemas, como os do potencial normativo da ação coletiva e da vigência fragmentada da regulação social, que foram detalhados na seção IV.C.2.1, pois esse tipo de interferência judicial redundaria na criação de uma política pública para cada caso levado a Juízo.

Contudo, há que se realçar que, em verdade, esse já é um problema que acontece na prática, na formulação dessas políticas públicas, pois no exercício da autonomia universitária é fato que não existe um programa de ação afirmativa idêntico ao outro, havendo grandes discrepâncias quanto aos percentuais de reserva de vagas estabelecidos por cada instituição (o que seria até compreensível, dadas as características e mecanismos de exclusão da região em que cada universidade se insere, ainda que elas sejam federais), mas, principalmente, quanto ao tempo médio de estudo em escola pública que permite ao aluno se beneficiar de cota social.

Essa situação e o fato de estarmos tratando de universidades federais, leva a pensar a respeito da utilidade de edição de uma lei federal que pudesse estabelecer uma regra geral ou os requisitos mínimos e máximos de percentual de reserva de vagas, por exemplo, bem como de prazo de duração dessas medidas, além de conter uma bem-vinda padronização a respeito de quem seria o aluno de escola pública que poderia se beneficiar da ação afirmativa.

A lei fixaria um *standard* mais claro e bem fundamentado para que as universidades, no exercício de sua autonomia, optassem por adotar ou não as ações afirmativas e, quando o fizessem, regulassem o assunto respeitando as suas especificidades e as particularidades do seu contexto sócio-acadêmico, mas não descuidando da parte geral que asseguraria os importantes requisitos para melhor controle e efetividade desse tipo de ação afirmativa, como metas específicas de inclusão, prazo de duração, comissão de

avaliação, combinação de fatores de exclusão afetos àquele que pode se beneficiar da política pública, dentre outros.

Nesse diapasão, voltando ao tema da autonomia universitária e da deferência do Judiciário à regulação social estabelecida pelas universidades, foi interessante verificar o prestígio dos Tribunais às decisões das universidades que estabeleceram políticas de cotas, mesmo que veiculadas por meras resoluções, entendendo-se que as mesmas poderiam sim se fundar apenas na Constituição Federal, em tratados assinados pelo Brasil e em leis de caráter bastante geral a respeito da promoção dos valores da diversidade para adoção dessas medidas.

Diz-se que esse foi um aspecto curioso da pesquisa, além de outro dado relevante que se pode tomar como conclusão desta dissertação, porque, cotejando-se os resultados aqui obtidos com as fervorosas discussões que se tem, por exemplo, sobre o chamado poder regulamentar das agências reguladoras, nota-se que ou há um exagero na discussão envolvendo as agências ou um desapego no caso das universidades, possivelmente motivado pelas boas intenções que inspiram as ações afirmativas, ligadas à regulação social, em oposição aos interesses sempre rotulados como escusos ou prejudiciais à coletividade, que envolvem temas de regulação econômica.

A propósito, é indiscutível que o Poder Judiciário reconhece a política de cotas raciais e sociais como uma política pública que veicula ação afirmativa de inclusão universitária. Na grande maioria dos casos, ao contrário do que se poderia esperar, o debate

é permeado de conceituações e grandes teorizações sobre essa matéria, confirmando também a hipótese formulada a esse respeito.

Todavia, ainda que alguns acórdãos tenham se aprofundado no exame de dados empíricos para demonstrar a situação de desigualdade econômica e social do País que justificava as ações afirmativas controvertidas, não se encontraram decisões que examinassem a integralidade das políticas públicas debatidas, sob todos os seus aspectos, a fim de se fazer um controle de adequação na sua instituição.

Vale dizer, ao examinar a legitimidade e a constitucionalidade das ações afirmativas questionadas judicialmente, não se notou em todos os casos a preocupação de examinar um a um os elementos essenciais para implantação dessas medidas, como, por exemplo, se as políticas instituídas tinham prazo de duração ou se foram estabelecidas metas claras de inclusão e implementadas comissões de acompanhamento e avaliação das políticas. o que à luz da base teórica que se demonstrou anteriormente (seção III.C) é algo muito importante para evitar o desvirtuamento de uma ação afirmativa.

Não se ignora que os juízes muitas vezes estão adstritos a apreciar a lide nos termos em que ela lhes é submetida, centrando sua atenção ao pedido e causa de pedir na forma em que eles se apresentam nos autos. Entretanto, especialmente quando validavam judicialmente as ações afirmativas aqui mencionadas, sempre houve uma tomada de posição enfática dos magistrados no caso, mas pouco de um exame detalhado e minucioso da política pública, desincumbindo-se do ônus do regulador indicado por Carlos Ari Sundfeld (que não se exige apenas quando da substituição da decisão do administrador pela

decisão do Juiz) e nem dos pertinentes requisitos apontados por Joaquim Barbosa, voltados a evitar que um ideal de inclusão materializado por ação afirmativa degenere para um processo de exclusão no longo prazo.

Por fim, ainda a respeito das razões de decidir dos Tribunais quando examinando as ações afirmativas adotadas pelas universidades federais brasileiras, é forçoso reconhecer a correlação que pode ser estabelecida entre Direito e desenvolvimento a partir do estudo dos julgados aqui analisados.

Na parte introdutória deste trabalho, observou-se que, por muito tempo, o estudo do Direito e desenvolvimento esteve relacionado a um ideal de reforma dos sistemas legais e dos órgãos estatais. Hoje, esse espectro foi ampliado para tentar estudar cogitações relacionadas ao campo envolvendo outros temas, tais quais a promoção de direitos, como o da igualdade, por exemplo.

É indiscutível que qualquer ação afirmativa tem como premissa, ainda que pela via do tratamento diferenciado, a implementação da igualdade material. Quando adotada pelo Estado é uma opção política orientada à redução de desigualdades a partir do abandono de uma posição de neutralidade, que é, em regra, bem-vinda.

As ações afirmativas se materializam por instrumentos jurídicos (*e.g.* resoluções ou leis que determinam reserva de vagas, leis que concedem incentivo fiscal a quem seleciona minorias) e a redução de desigualdades é um dos fins últimos do desenvolvimento, desde o início das primeiras formulações teóricas sobre o assunto.

Só por esse motivo, a relação entre Direito e desenvolvimento em qualquer tema versando ações afirmativas seria evidente, possuindo grande valia a verificação empírica das dificuldades e resultados que a implementação dessas medidas produzem, por meio de avaliação feita pela perspectiva do Poder Judiciário, mesmo que fosse limitada à validade ou não, sob o ponto de vista constitucional, de tais ações, o que foi objeto de uma parte deste trabalho.

Porém, em acréscimo a isso, quando se examina o conteúdo jurídico do princípio da igualdade no bojo de programas de ação afirmativa, não se está a estudar apenas se há ou não um tratamento desigual na medida de uma desigualdade, mas sim quais os fins e objetivos que aquela desigualação pretende produzir.

No caso das ações afirmativas no âmbito do processo seletivo das universidades federais, o que se pretende, conforme exposição de motivos dos vários planos examinados a esse respeito e como se denota do exame de todo o debate judicial sobre o assunto, é justamente ampliar a diversidade dos meios acadêmicos, aumentando as oportunidades de acesso ao ensino universitário, que, em última análise, é a fruição do direito social à educação.

Essa linha de raciocínio estava impregnada em todas as decisões que se examinou nesta pesquisa (exceção feita àquelas proferidas na 2ª Região), fossem elas contrárias ou favoráveis às cotas. Em todos os momentos se discutia se os propósitos do artigo 3º, inciso III (postulado de redução das desigualdades do País), da Constituição Federal estavam

sendo prestigiados ou denegridos por meio das cotas. Se seriam elas a solução para a melhora do quadro de exclusão social que vitimava as minorias que se pretendia promover com as ações afirmativas, ou se isso só seria atingido com a melhora da qualidade do ensino público fundamental e médio.

Quando se discutia a violação ao artigo 5º, *caput*, o debate era intenso a respeito da impossibilidade de se falar em igualdade entre pessoas que não tiveram oportunidades e acesso aos mesmos bens sociais, econômicos e culturais. Quando se discutia a vedação à discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal), o que se debatia era se não seria discriminatório manter um quadro de exclusão já consolidado há tantos anos ou depois de tantos anos desse quadro discriminatório adotar critérios raciais explícitos.

No limite, validando ou invalidando as cotas, havia sempre o argumento de que isso era feito porque tais medidas induziriam ou não induziriam o desenvolvimento do país, mediante a redução de desigualdades, com a promoção da igualdade material, no primeiro caso, ou por meio da queda da qualidade acadêmica e estímulo aos preconceitos no segundo caso. O tema do desenvolvimento não era a razão de decidir, mas os impactos das questões jurídicas nos esforços nesse sentido eram sempre considerados.

Exceção feita aos casos em que o Poder Judiciário fixou a política pública (e a um ou outro caso pontualmente indicado anteriormente), o que ficou claro é que não se pode falar em reconhecimento, pelos magistrados, deles mesmos como agentes do desenvolvimento. O que é bastante salutar, diga-se, porque não se espera que finalidades

dessa natureza pautem a atuação de um juiz, que deve ter como objetivo principal distribuir a Justiça.

Isso não afasta o fato, porém, de que, no curso de um processo, as decisões tomadas pelos juízes considerem também os impactos que as medidas que estão examinando possam ter ou não para o desenvolvimento de uma nação, mormente se isso for feito de forma fundamentada.

O desenvolvimento não pode ser a razão de decidir uma lide, pois voltaríamos ao problema das soluções mágicas por princípios ou aplicação de conceitos indeterminados. Mas inegavelmente pode estar presente na ponderação a respeito de questões nas quais, em última análise, o que está em jogo é o incremento das oportunidades sociais que caracterizam uma das cinco formas de liberdade substantiva que os agentes sociais podem desfrutar a fim de que se fale em desenvolvimento, como anotado em outras linhas por Amartya Sen.

Sob a perspectiva da jurisprudência no Brasil até aqui, essa ponderação está bastante presente no debate das ações afirmativas adotadas pelas universidades federais brasileiras.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALENCASTRO, LUIZ FELIPE DE. “Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal”, disponível <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>; acesso em 08.03.2010.

ALVES, PAULO CÉSAR AMORIM. “Diga ‘Trinta e Três’: uma Tentativa de Diagnóstico da Agenda Política do STF e dos Órgãos de sua Burocracia Processual”, p. 68-82. In COUTINHO, Diogo R. VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?*, Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

AMARAL, GUSTAVO. *Direito, Escassez e Escolha. Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

APPIO, EDUARDO. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS. “Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 225, jul-set/2001, p. 124 e ss.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 33, set-out/2005, p. 25 e ss.

BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI (organizadora). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CASTRO, JORGE ABRAHÃO DE. AQUINO, LUSENI. Organizadores. *Texto para Discussão nº. 1335: Juventude e Políticas Sociais no Brasil*, Brasília: IPEA, 2008.

CELUZNIAK, MARCELO. *A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a PUC-SP. São Paulo: 2009.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. “Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, p. 343/359. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Vol. 2. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

COUTINHO, DIOGO R. VOJVODIC, ADRIANA M. *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?*, Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

CUELLAR, LEILA. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DAVIS, KEVIN E. e TREBILCOCK, MICHAEL J. “A Relação entre Direito e Desenvolvimento: Otimistas versus Céticos”. *Revista Direito GV São Paulo*, nº. 5, p. 217-268, Jan-Jun 2009.

DOMINGUEZ, GUILHERME DINIZ DE FIGUEIREDO. “A Interrupção no Fornecimento dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Água, por Inadimplência do Usuário, à Luz da Jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF)”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 6, volume 24, out/dez 2008, p. 219/236. Belo Horizonte: Editora Fórum.

DUARTE, EVANDRO C. PIZA (coord.). *Cotas Raciais no Ensino Superior – Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba: Juruá, 2008.

DURHAM, EUNICE R. “Desigualdade Educacional e Quotas para Negros nas Universidades”. artigo apresentado na audiência pública do Supremo Tribunal Federal sobre cotas na UNB e UFRGS, 2010, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>; acesso em 08.03.2010.

FIGUEIREDO, MARCELO. “O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral”. *Revista Trimestral de Direito Público* n°. 48/2004, p. 107-136.

FONSECA, MARCUS VINÍCIUS: “O Programa Ações Afirmativas na UFMG e os Conflitos em Torno de uma Proposta de Permanência de Estudantes Negros (as)”, p. 159/185, in LOPES, MARIA AUXILIADORA e BRAGA, MARIA LÚCIA DE SANTANA (org.), *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: Unesco, 2007.

FREITAS, JUAREZ. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREIRE JÚNIOR, AMÉRICO BEDÊ. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRY, PETER. “A lógica das cotas raciais”. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 7, 14 de abril de 2004.

_____ “Ossos do Ofício”, p. 123-126, in *Cotas Raciais na Universidade um Debate*. STEIL, Carlos Alberto (org.). Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006 (Síntese Contemporânea).

GASPARI, ELIO. “As cotas desmentiram as urucubacas”. *Folha de São Paulo*, 03 de junho de 2009, p. A6.

GUIMARÃES, ANTONIO SÉRGIO ALFREDO. *Racismo e Antirracismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, Editora 34, 3ª edição, 2009.

GOMES, JOAQUIM B. BARBOSA. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, EROS ROBERTO. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª edição. São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

KAMEL, ALI. *Não somos racistas, uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KLOSS, EDUARDO SOTO. *Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, II.

LOPES, MARIA AUXILIADORA e BRAGA, MARIA LÚCIA DE SANTANA (org.), *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: Unesco, 2007.

MAGGIE, YVONNE. “Políticas de cotas e o vestibular da UNB ou a marca que cria sociedades divididas, p. 131-138. *Cotas Raciais na Universidade um Debate*. STEIL, Carlos Alberto (org.). Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006 (Síntese Contemporânea).

_____. “Um ideal de democracia”, artigo apresentado na audiência pública do Supremo Tribunal Federal sobre cotas na UNB e UFRGS, 2010, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>; acesso em 08.03.2010.

MAGNOLI, DEMÉTRIO. “O Dom de Iludir”, *Folha de São Paulo*, 09 de setembro de 2009, p. A3.

MASSA-ARZABE, PATRÍCIA HELENA. “Dimensão Jurídica das Políticas Públicas”, p. 51-74, in BUCCI, MARIA PAULA DALLARI (organizadora). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, 11^a. Edição.

MELO, MÔNICA DE. “O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº. 25, Ano 6, Outubro-Dezembro de 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 79-101.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, 17ª Edição.

_____ *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS. “Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas”. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-91, abr. 2006.

MENEZES, PAULO LUCENA DE. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NOVIS, MARIANA. “A meia-entrada no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 6, nº. 23, julho/setembro 2008, p. 215-240. Belo Horizonte: Editora Fórum.

NUSDEO, FÁBIO. “Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas”. In SALOMÃO FILHO, CALIXTO (coordenação). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24.

OTERO, PAULO. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PENA, SÉRGIO D. J. BORTOLINI, MARIA CATIRA. “Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?”, *Revista Estudos Avançados* 18 (50) 2004, p. 31-50.

PIOVESAN, FLÁVIA. “Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”. In: DUARTE, EVANDRO C. PIZA (coord.). *Cotas Raciais no Ensino Superior – Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 15-26.

RAMOS, LUCIANA DE OLIVEIRA. “O Uso dos Precedentes pelo STF em casos de fornecimento de Medicamentos”. In: COUTINHO, DIOGO R. VOJVODIC, ADRIANA M. *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?*, Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 351-365.

RAWLS, JOHN. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIOS, ROGER RAUPP. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese de doutorado apresentada à UFRGS. Porto Alegre: 2004.

ROCHA, CARMEM LÚCIA ANTUNES. “Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”. *Revista Trimestral de Direito Público* nº. 15/96, São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 85-99.

RODRIGUES, GILBERTO MARCOS ANTONIO. “A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais”, p. 193-216, in BUCCI, MARIA PAULA DALLARI (organizadora). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (organizador). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ROSEMBERG, FÚLVIA. “Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro: Pontos para Reflexão”, apresentação proferida em ciclo de debates promovido pela UFSCAR, 2005, disponível em <<http://www.acoesafirmativas.ufscar.br/arquivos/acao-afirmativa-no-ensino-superior-brasileiro-pontos-para-reflexao-por-fulvia-rosemborg>>, acesso em 15.01.2010.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO (coordenação). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SARMENTO, DANIEL ANTÔNIO DE MORAES. “O Negro e a Igualdade no Direito Constitucional Brasileiro – Discriminação de Facto, Teoria do Impacto Desproporcional e Ações Afirmativas”. In ZONINSEIN, JONAS e FERES JÚNIOR, JOÃO. *Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008, p. 243/278.

SEN, AMARTYA. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, CELINA. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias [online]. 2006, n.16, pp. 20-45. Acesso Scielo em 28.02.2010.

STEIL, CARLOS ALBERTO (org.). *Cotas Raciais na Universidade um Debate*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006 (Síntese Contemporânea).

SUNDFELD, CARLOS ARI. “Princípio é preguiça?”. No prelo: São Paulo, 2009.

TAMANAHAN, BRIAN Z. “As Lições dos Estudos sobre Direito e Desenvolvimento”. *Revista Direito GV São Paulo*, nº. 5, p. 187-216, Jan-Jun 2009.

TRUBEK, DAVID M. “A coruja e o gatinho: há futuro para o `direito e desenvolvimento´?”. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (organizador). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

UYEDA, MASSAMI. “Defesa Legal das Ações Afirmativas”, *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP* nº. 47/2004. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 45-50.

WANG, DANIEL WEI LIANG. PALMA, JULIANA BONACORSI DE. COLOMBO, DANIEL GAMA E. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da Jurisprudência brasileira*. No prelo: São Paulo, 2009.

ZONINSEIN, JONAS e FERES JÚNIOR, JOÃO. *Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

ANEXO I

**Mecanismos de Instituição das Ações Afirmativas (AA)
nas Universidades Federais cujo Questionamento Judicial foi Estudado**

Universidade	Mecanismo de Instituição da AA	Prazo de Duração	Meta Numérica	Comissão de Avaliação	Natureza da AA
UFBA	Resolução CONSELPE UFBA n° 01/02	Não	Não	Sim	Cotas, sendo: 36,55% das vagas para candidatos de escola pública que se declararam pretos ou pardos; 6,45% para candidatos de escola pública de qualquer etnia ou cor; 2% para candidatos de escola pública que se declararam índio-descendentes; e em todos os cursos são abertas até duas vagas extras, além do total oferecido, exclusivamente para candidatos de escola pública que se declararam índios aldeados ou moradores das comunidades remanescentes dos quilombos.
UFU	Resolução n°. 20/2008 do Conselho Universitário	Sim (2011)	Não	Sim	Avaliação anual seriada de alunos oriundos da rede pública para preenchimento de 50% (cinquenta por cento) do total das vagas do 1º semestre de 2011, dos cursos com entrada anual oferecidos pela UFU e 25% das vagas dos cursos com entrada semestral em 2011.
UFES	Resolução n°. 33/2007	2014 (avaliação bianual)	Não	Sim	Cotas, sendo 40% das vagas totais de cada curso para estudantes oriundos de escolas públicas do país e que tenham renda familiar inferior à sete salários mínimos.
UFG	Resolução Consun n°. 29/2008	10 anos	Não	Sim	Cotas, sendo 10% para negros e igual número para egressos de escolas públicas, além de uma vaga adicional em cada curso para índios e negros quilombolas, caso haja demanda específica.
UFPR	Resolução n° 37/04 COUN e Edital n° 01/2004	10 anos	Não	Sim	Cotas, sendo 20% das vagas para alunos negros; 20% para oriundos de escolas públicas; além de vagas suplementares anuais a serem disputadas exclusivamente por indígenas.

Universidade	Mecanismo de Instituição da AA	Prazo de Duração	Meta Numérica	Comissão de Avaliação	Natureza da AA
UFSC	Resolução Normativa nº 008/CUn/2007, de 10 de julho de 2007	Não, porém com avaliação anual nos 5 anos iniciais	Não	Sim	Cotas sendo 20 % das vagas para os alunos provenientes do ensino público e 10% das vagas do vestibular para candidatos autodeclarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino. Além disso há 5 vagas suplementares por curso disputadas entre indígenas.
UFRGS	Decisão nº 134/2007-CONSUN	5 anos	Não	Sim	Cotas, sendo que trinta por cento das vagas são reservadas para egressos do ensino público, sendo metade para autodeclarados negros (entende-se por egresso do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio o candidato que cursou com aprovação em escola pública pelo menos a metade do Ensino Fundamental e a totalidade do Ensino Médio); para indígenas são criadas vagas específicas para cada curso, conforme procura, sendo que essas vagas são disputadas apenas entre eles e se não preenchidas não voltam para o sistema universal.
UFAL	Edital de vestibular nº 03/2007; Resolução nº 09/2004 - CEPE	10 anos	Não	Sim	Cotas, sendo 20% das vagas de cada curso de graduação para a população afro descendente, segundo a metodologia do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), oriunda exclusiva e integralmente de escolas de ensino médio pública. E, dentro desse percentual, 60% das vagas para as mulheres e 40% para os homens.
CEFET-PE	Resolução nº. 39/2007	Não	Não	Não localizada	Cotas; 50% das vagas dos cursos oferecidos para estudantes egressos de escola pública
UFPE	A Resolução nº 09/2006, em dando nova redação à letra 'c' do parágrafo 1º do art. 12 da Resolução nº 05/2006	Não	Não	Não	Bônus: acréscimo de 10% na nota para alunos que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas

ANEXO II

Relação de Processos Examinados na Pesquisa

Tribunal	Nº. dos Processos	Assunto Geral
TRF 1ª Região	1) AC 199935000194126; 2) EIAC 200533000183523; 3) AMS 200633000084249; 4) AC 199938000363308; 5) AC 200633000029780;	Constitucionalidade das Cotas
TRF 1ª Região	1) AG 200501000289193; 2) AMS 200633000144419; 3) AMS 200533000130750; 4) AMS 200733000036361; 5) REO 200833000045169; 6) AMS 200533000036070; 7) AC 200733000071530; 8) REOMS 200643000002763; 9) AMS 200743000003933; 10) AMS 200633000126798; 11) AMS 200533000042964; 12) AMS 200533000049415; 13) AMS 200633000103800; 14) AMS 200533000045199; 15) AMS 200539000025782; 16) AMS 200539000032116; 17) AMS 200533000233634; 18) AMS 200533000048252; 19) AMS 200533000052725; 20) AMS 200533000098418; 21) AMS 200533000070580; 22) AMS 200533000059046; 23) AMS 200533000059029; 24) AMS 200533000047336; 25) AMS 200533000060109; 26) AMS 200533000062195; 27) AMS 200533000057340; 28) AMS 200533000047367; 29) AMS 200533000122992; 30) AMS 200533000051041; 31) AMS 200533000059094; 32) AMS 200533000059224; 33) AMS 200533000046040; 34) AMS 200533000043219; 35) AC 200838030097015; 36) AMS 200840000008227; 37) AC 200533000164345; 38) AG 200901000176857	Problemas de Aplicação das Cotas
TRF 1ª Região	1) RSE 200633000163004	Irrelevante para a Pesquisa

Tribunal	Nº. dos Processos	Assunto Geral
TRF 2ª Região	1) AC 200850010021316; 2) AMS 200850010011724; 3) AC 199950010095680 (esse acórdão foi indicado duas vezes, daí porque há uma ação a menos);	Constitucionalidade das Cotas
TRF 2ª Região	1) AG 200902010041095	Problemas de Aplicação das Cotas
TRF 2ª Região	1) AC 200351010135650	Irrelevante para a Pesquisa
TRF 3ª Região	1) RSE 200561050018357; 2) ACR 199961100052626; 3) ACR 200003990488212; 4) RHC 95030338255	Irrelevante para a Pesquisa
TRF 4ª Região	1) APELREEX 200972000010787; 2) APELREEX 200972000042016; 3) AC 200871000159030; 4) AC 200871000022345; 5) APELREEX 200871000025462; 6) AC 200570000109770; 7) AG 200804000133424; 8) AC 200871000146680; 9) AG 200804000423657; 10) AG 200904000074151; 11) AG 200904000061650; 12) AG 200904000044950; 13) AG 200904000046003 ; 14) AC 200870000035568; 15) AG 200904000035364; 16) APELREEX 200871000022370; 17) AG 200804000162643; 18) AC 200871000022369 ; 19) AG 200804000088509; 20) APELREEX 200871000022280; 21) AC 200871000040141; 22) APELREEX 200772000149513; 23) AMS 200570000057460; 24) AG 200804000106482; 25) AG 200704000434560; 26) AG 200804000090668; 27) AG 200804000009142; 28) AG 200804000013418; 29) AMS 200570000083367; 30) AG 200804000008587; 31) AC 200570000056583; 32) AG 200504010134450; 33) AC 200570000031677; 34) AC 200670000066398; 35) AMS 200570000051949; 36) AMS 200570000069668; 37) AC 200570000130679; 38) AG 200504010392632; 39) AG 200504010038782; 40) AG 200504010103324; 41) AG 200504010063582; 42) AMS 200871000022540	Constitucionalidade das Cotas

Tribunal	Nº. dos Processos	Assunto Geral
TRF 4ª Região	1) AC 200971020006349; 2) AC 200871000167232; 3) AC 200871020013258; 4) APELREEX 200871020010373; 5) AG 200804000218594; 6) APELREEX 200871020007210; 7) AC 200570000096301; 8) AG 200804000036583; 9) AG 200704000057790; 10) AMS 200670000037787; 11) AG 200804000023424 ; 12) AG 200504010223100; 13) APELREEX 200971020006842; 14) AC 200770000199962; 15) AMS 200670000132991	Problemas de Aplicação das Cotas
TRF 4ª Região	1) AC 200470010093470; 2) AG 200504010156810; 3) AC 8904183260	Irrelevante para a Pesquisa
TRF 5ª Região	1) AG 200805000352021; 2) AC 200880000031529; 3) AG 200805000283114; 4) AG 200605000441860; 5) AG 200505000124424; 6) AG 200505000122841; 7) AMS 200783000038885	Constitucionalidade das Cotas
TRF 5ª Região	1) AC 200883000055462; 2) AC 200883000054512; 3) AC 200783000163291; 4) AG 200805000070350; 5) AMS 200783020011794; 6) APELREEX 200883000055644; 7) AG 200805000064519; 8) AG 200505000104309; 9) AMS 200783000017249 10) AMS 200780000008850 11) AG 200705000326200	Problemas de Aplicação das Cotas
TRF 5ª Região	1) AC 200581000113286 2) AMS 200583000163543; 3) AMS 200283000117386; 4) APELREEX 200883000102798;	Irrelevante para a Pesquisa
STF	1) ADPF nº. 186/MC-DF; 2) RE nº. 597.285/RS; 3) ADI nº. 3330/DF	Constitucionalidade das Cotas
STF	1) RE 594947/BA; 2) AG nº. 547.555-5; 3) ADI nº. 2858-8; 4) ADI nº. 3197; 5) SL 60/SP; 6) Ação Cautelar 2452/SC; 7) RE 599.139/RS; 8) RE 594.969/RS	Relacionados a Cotas mas Fora do Escopo da Pesquisa
STF	1) ADI 2649/DF; 2) RMS 26071/DF; 3) ADI 1946 MC/DF; 4) PET 3388/RR	Ações Afirmativas

Tribunal	Nº. dos Processos	Assunto Geral
STJ	1) REsp nº. 1132476; 2) Medida Cautelar nº. 15623; 3) Agravo Regimental no REsp n . 1104484	Relacionados a Cotas mas Fora do Escopo da Pesquisa

Abreviações:

AC:Apelação Cível

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AG: Agravo de Instrumento

APELREEX: Apelação em Reexame Necessário

EIAC: Embargos Infringentes em Apelação Cível

MAS: Apelação em Mandado de Segurança

PET:

REOMS: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RE: Recurso Extraordinário

RES: Recurso em Sentido Estrito

REsp: Recurso Especial

RMS: Recurso em Mandado de Segurança

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)