

JUDICIALIZAÇÃO DO PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS DA UFS – PAAF/UFS: QUAL O POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO DA JUSTIÇA FEDERAL SERGIPANA SOBRE ESTA AÇÃO AFIRMATIVA?

JUDICIALIZATION OF AFFIRMATIVE ACTION PROGRAM OF UFS - FNA / UFS: WHAT IS THE POSITION OF JUSTICE FEDERAL MAJORITY SERGIPANA ABOUT THIS AFFIRMATIVE ACTION?

Ilzver de Matos Oliveira¹
José Lucas Santos Carvalho²
Kelly Helena Santos Caldas³

Introdução

Objetiva-se, com este artigo, apresentar os resultados colhidos da pesquisa quantitativa e qualitativa de conteúdo feita a partir da análise das decisões dos magistrados da Justiça Federal de Sergipe nas ações ajuizadas no primeiro ano do Programa de Ações Afirmativas da Universidade Federal de Sergipe – PAAF/UFS, as quais questionavam a constitucionalidade do programa. Assim, antes da apresentação dos resultados colhidos, inicialmente expomos uma reflexão sobre o debate jurídico no Brasil sobre a judicialização das ações afirmativas, pois neste novo cenário surgido após a Constituição de 1988 uma nova postura do Judiciário emerge, onde este é chamado a solucionar demandas que buscam a efetividade e a concretização de direitos fundamentais. Logo após, apresentamos os resultados obtidos das análises. A análise quantitativa consistiu em verificar o número de ações ajuizadas e em quais cursos os vestibulandos não cotistas pleiteavam a vaga. Enquanto, a análise qualitativa do conteúdo consistiu, exatamente, em observar a fundamentação dos magistrados em suas decisões, para identificar as regras e princípios constitucionais, as normas legais nacionais e internacionais e os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que embasaram as suas manifestações, para que fosse possível, ao final, delinear a postura da Justiça Federal Sergipana sobre este tema tão atual e relevante, qual seja a adoção de políticas de ação afirmativa.

1. O debate jurídico no Brasil sobre a judicialização das ações afirmativas

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o âmbito da proteção jurídico-constitucional, direitos que outrora eram discutidos apenas no campo político, os quais não possuíam relevância legal, muito menos, obrigatoriedade de prestação estatal. Com o fim da Ditadura Militar e o renascimento do Estado Democrático ocorreu o processo de consolidação e criação de diversificadas garantias constitucionais, a fim de estruturar e definir os direitos fundamentais, individuais, sociais e coletivos, dos cidadãos. Em razão dessa evolução histórica, conceitos como dignidade humana, igualdade e cidadania são ampliados, fazendo-se emergir diversos mecanismos de efetivação dos referidos direitos pertencentes aos membros da sociedade brasileira.

Neste novo cenário, passou a exigir do Poder Judiciário, uma postura mais ativa e comprometida com a realização dos objetivos fundamentais da nova ordem constitucional, a fim de salvaguardar o bem-estar social em suas diversas vertentes. Diante disso, potencializaram-se as demandas de busca pela efetividade e concretização destes direitos perante o Judiciário, muitas vezes em decorrência da omissão dos outros poderes da república, os quais não adentram nos dilemas sociais impostos e não atendem o mínimo necessário, restando aos magistrados suprirem as lacunas deixadas.

Outro mecanismo de ampliação da cidadania e que está em consonância com o direito fundamental de acesso à justiça é o controle de constitucionalidade, o qual sofreu modificações com a promulgação da Constituição de 1988, dentre elas, a ampliação do rol de legitimados ativos responsáveis por propor as ações de controle, como também, à previsão do controle difuso e

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: ilzver@gmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Tiradentes. E-mail: lucascarvalhohdir@hotmail.com.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Tiradentes. E-mail: kellycaldas2.0@hotmail.com.

concentrado, feito pelo magistrado, de forma incidental.

Para a concretização dos direitos fundamentais, o Estado brasileiro ampliou as políticas públicas⁴, todavia ficou o questionamento se estas caracterizariam ou não dentre os atos do governo, integrantes do chamado mérito administrativo, que não poderiam ser objeto de controle de legalidade pelo Poder Judiciário, porque seriam exercidos dentro de sua competência política, não podendo ser contrastada, sob pena de violação do princípio democrático e republicano, o qual preconiza a separação dos poderes.

Contudo, concluiu-se que dada a previsão constitucional destas ações, se faz necessário a adequação destas aos regramentos constitucionais ou legais relacionados à matéria, assim como a perspectiva de validade dos mecanismos usados para sua criação ou implementação. Sendo assim, não restam dúvidas da legitimidade e previsão da atuação jurisdicional no controle das políticas públicas, com o objetivo, não de sobrepujar os limites impostos entre os poderes, mas sim, de conferir a concretude aos mandamentos legais.

Dentre as políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro estão as ações afirmativas⁵, sendo estas consideradas pelos seus defensores como o abandono da neutralidade estatal no combate à discriminação e na efetivação da igualdade. Sobre a discussão no âmbito jurídico acerca das ações afirmativas diz Oliveira (2008):

(...) o Judiciário passou a exercer um papel de protagonista na reflexão sobre [ações afirmativas], começou a decidir o destino de várias destas políticas a partir das suas sentenças e assumir o papel de legitimador destas ações, em sua maioria, advindas das universidades, a partir do uso da sua autonomia, mas, que, também, estão sendo progressivamente adotadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, além de diversas entidades de caráter privado. (OLIVEIRA, 2008:12)

Portanto, o Judiciário é chamado a protagonizar esta reflexão e a decidir sobre o destino destas políticas, sobre as argumentações jurídicas discutidas judicialmente, diz Dominguez (2010):

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. (p.59)

A adoção de políticas de ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras levou ao processo de judicialização destas ações e, em Sergipe não foi diferente. A Universidade Federal de Sergipe instituiu mediante a Resolução 80/2008 o Programa de Ações Afirmativas - PAAF/UFS que começou a vigor no primeiro semestre do ano de 2010, entretanto, estudantes não cotistas impetraram ações contra o PAAF/UFS, argumentando terem sido prejudicados com a implantação do programa de cotas.

Com o objetivo de compreender a problemática no tocante as Ações Afirmativas de Ingresso ao Ensino Superior Público, em âmbito local, foram coletadas as sentenças proferidas pela Justiça Federal de Sergipe no primeiro ano da política afirmativa, a fim de apresentar qual o posicionamento dominante dos magistrados federais sergipanos quando o assunto é ações afirmativas étnico-raciais.

⁴Dominguez citando Eros Grau explica que: Não existe um conceito jurídico consensual sobre políticas públicas e, na verdade, nem todos os autores que tratam o tema se propõem a vencer este desafio. Eros Roberto Grau, por exemplo, elaborou um conceito bastante amplo, asseverando que a expressão política pública deve partir da “(...) pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade (...)” e, assim, “(...) designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.” (p. 39-40)

⁵“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 gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (...). Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” (GOMES, 2001:40)

2. A judicialização do PAAF/UFS: o posicionamento da Justiça Federal de Sergipe sobre o programa

A coleta dos dados subsidiadores deste estudo foi feita no próprio sítio da Justiça Federal de Sergipe (www.jfse.jus.br), a partir da busca processual por nome da parte (Universidade Federal de Sergipe), sendo possível verificar, no primeiro momento, que o instrumento mais utilizado pelos autores das ações judiciais foi a ação ordinária, totalizando 59, seguida por 35 mandados de seguranças e apenas uma ação declaratória incidental, resultando em um total de 95 ações.

As ações foram distribuídas entre as 1ª, 2ª e 3ª Varas Federais e julgadas pelos juízes Telma Maria Santos e Fábio Cordeiro de Lima na 1ª Vara; Ronivon de Aragão e Fernando Escrivani Stefaniu na 2ª Vara e, na 3ª Vara por Edmilson da Silva Pimenta e Rafael Soares Souza.

A análise qualitativa do conteúdo consistiu, exatamente, em observar a fundamentação dos magistrados em suas decisões, para identificar as regras e princípios constitucionais, as normas legais nacionais e internacionais e os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que embasaram as suas manifestações, para que fosse possível, ao final, delinear a postura da Justiça Federal Sergipana sobre este tema tão atual e relevante, qual seja a adoção de políticas de ação afirmativa, em especial, quanto ao Programa de Ações Afirmativas – PAAF/UFS.

Da análise das decisões, observou-se que os magistrados ao julgarem o primeiro processo sobre o tema, utilizaram a mesma fundamentação nas sentenças seguintes, pois já possuem o seu convencimento formado. Assim, foi escolhida uma sentença proferida por cada magistrado para apresentação da sua fundamentação.

A partir dos resultados iniciais alcançados, que serão expostos individualmente nos tópicos referentes a cada Vara Federal, foi feita uma triagem inicial das sentenças colhidas, com a finalidade de se apurar se a sentença adentrava ou não no dilema existente acerca da constitucionalidade do programa. Isso porque, durante a pesquisa, constatou-se a existência de outras ordens de assuntos que são judicializados no debate sobre as cotas, já que há 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, ou a escola não é pública, mas tem finalidade filantrópica e mais uma série de situações que não se identificam com o objeto da presente pesquisa, pois constituem outra vertente do assunto.

Assim, passamos ao exame do entendimento de cada Vara Federal para ao final delinear o posicionamento majoritário da Justiça Federal de Sergipe sobre o PAAF/UFS.

2.1 O entendimento da 1ª Vara Federal de Sergipe

A juíza titular da 1ª Vara Federal, Telma Maria Santos, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0001372-67.2010.4.05.8500, ajuizada por Júlio César Melo dos Santos Júnior objetivando a sua matrícula no curso de fisioterapia da UFS, no turno matutino, decidiu pela procedência dos pedidos contidos na peça inicial e orientou-se, em síntese, pelos seguintes fundamentos e questionamentos: Para a Magistrada, o sistema de cotas instituído pela UFS objetiva garantir o acesso de grupos menos favorecidos aos cursos por ela ministrados, e não obstante a constatação de quanto os negros foram vítimas de injustiças atroz, tem-se indagado se a pouca representatividade deles nas Universidades Públicas decorre do fato da cor, ou da dificuldade e, até mesmo, em alguns casos, da impossibilidade de terem acesso a um ensino de qualidade que possibilite condições suficientes de aprendizagem, situação que, na verdade, acomete boa parte da população e mais fortemente, é de se reconhecer, os afrodescendentes, maioria, segundo apontam dados do IBGE.

Segundo o posicionamento de Telma Maria Santos, o critério renda familiar possivelmente parece mais palatável do que o baseado na cor porque além de alcançar os carentes existentes entre os afrodescendentes, também alcança os carentes de cores diversas. Por outro lado, convém ressaltar que o desenvolvimento de política afirmativa para alunos de baixa renda não se resume a estabelecimento de cotas para estudantes oriundos de escola pública, restando patente que um investimento no ensino público seria mais proveitoso para a formação do aluno do que ser jungido à condição de universitário sem o desempenho alcançado por aqueles que tiveram pontuações bem mais expressivas.

Citando a lição da Professora – Doutora e Juíza Federal Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva,

propôs critérios que permitem a identificação de uma discriminação positiva, os quais devem estar presentes, simultaneamente.

A juíza teceu longas considerações sobre o princípio da igualdade, suas diversas acepções ao longo da história, tanto a formal quanto a material, apresentando, ainda, algumas indagações sobre a matéria que, segundo ela, não podem deixar de ser respondidas:

“É a única solução capaz de atingir a finalidade que se deseja? Tal política poderia mascarar um problema crônico de deficiência nas Escolas Públicas, seja do ensino fundamental, seja do ensino médio? A opção mais segura poderia ser um investimento sério e profundo no ensino público? O tempo que se supõe necessário para tal reestruturação seria um fator intimidativo? A União, que está se dispondo a criar, nas Universidades Públicas Federais, cotas para os alunos que tenham cursado as Escolas Públicas, não poderia traçar planos de ajuda para Estados e Municípios, aos quais cabe, prioritariamente, velar pelo ensino fundamental e médio, respectivamente?”

Aduz ainda que a matéria deve ser tratada com extrema delicadeza, e citando Joaquim Barbosa a magistrada diz que outros Estados que adotaram ações afirmativas primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar. Portanto, para que uma diferenciação seja aceita como constitucional deve-se, segundo o pensamento de Telma Maria Santos, determinar critérios que atendam aos ditames constitucionais, dentre estes, o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios – razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para a magistrada, a fórmula Aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, isoladamente, não resolve a eterna busca da equidade, havendo necessidade de complementar este primor de pensamento pelo estabelecimento de parâmetros que apontem “Quem são os iguais e quem são os desiguais?”. Além disso, diz ainda que:

no caso específico das cotas, sejam elas em decorrência das raças, sem em decorrência da renda familiar, não se pode deixar de indagar qual é o objetivo que realmente se deve buscar, tendo como substrato a Constituição Federal: a igualdade de oportunidade para concorrer a uma das vagas nos cursos que se deseja graduar ou o ingresso nesses cursos, ainda que não atingindo o requisito objetivo da pontuação exigida para os demais candidatos.

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso da política de cotas, a magistrada diz: as cotas para alunos afro e indídescendentes, cotas para alunos oriundos de escola pública independentemente da cor e, finalmente, cotas para alunos oriundos de escola pública, porém a maior quantidade delas reservadas para os afrodescendentes, conseguem atravessar ilesas os três subprincípios do princípio da proporcionalidade? Interessa, então, volver à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao explicar o método da ponderação de interesses, à luz da necessidade de os direitos conviverem, a juíza conclui que “os percentuais adotados pela UFS afrontam a lição de ponderação e se tornam desarrazoados.” A magistrada finaliza que com a adoção de política de cotas:

Infelizmente, de forma tácita, o poder público está a um só tempo não apenas admitindo a incapacidade de o ensino público se ombrear com o ensino privado de qualidade, como também dizendo, com letras garrafais, que já não se pode esperar melhoria no ensino público e partindo-se para um atalho, ao invés de palmilhar um caminho mais trabalhoso e dispendioso, porém mais seguro, efetivo e com maiores probabilidades de solucionar as causas das disparidades que intenciona solucionar sofregamente.

Diferentemente da juíza Telma Maria Santos, o juiz substituto da 1ª Vara Federal, Fábio Cordeiro de Lima, diante de situação análoga, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000736-04.2010.4.05.8500, ajuizada por Nataly Leite de Castro, a qual requeria a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 80/2008 que instituiu o sistema de cotas, com a consequente matrícula da autora para o curso de medicina, decidiu pela improcedência do pedido autoral.

Para o magistrado, as políticas de ações afirmativas têm por precípua finalidade dar efetividade ao conteúdo do princípio da isonomia. Esse princípio revela, com efeito determinante, a proibição de condutas ou tratamentos que ensejem a manutenção de discriminações e desigualdades, sendo este o intento da Constituição Federal ao estabelecer os objetivos fundamentais da República em seu

artigo 3^o, todos estes objetivos fundamentam a existência de ações afirmativas, desse modo, a realidade fática de desigualdade social no Brasil requer por parte do Poder Público uma atuação que viabilize a conquista da igualdade material, sendo assim, a não adoção de políticas públicas nesse sentido violaria as normas contidas na Carta Magna.

No tocante a instituição de cotas raciais, manifesta-se o magistrado:

“Quanto às cotas raciais, o que se busca é a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, eis que é inegável que o Brasil necessita corrigir o déficit de políticas públicas que efetivamente alcança a população negra e indígena do país. Sobre esse aspecto, a realidade fática também demonstra que a população negra sempre esteve à margem da inclusão em vários setores da sociedade. Não se contesta, por exemplo, que os negros, pardos e índios estão sempre em número bem inferiores nos assentos das universidades brasileiras. Também são minoria em cursos em que se exige uma preparação maior dos candidatos, como Medicina, Direito, Odontologia, Engenharia.”

Salienta ainda que, as ações afirmativas possuem caráter temporário e devem ser acompanhadas de medidas que tornem cada vez mais desnecessária a sua utilização. Sobre a resolução 80/2008 que instituiu o PAAF/UFS, o julgador informa que a medida foi tomada com base na autonomia universitária prevista no artigo 207⁷ da Constituição Federal. A autonomia didático-científica das universidades encontra-se regulamentada pela lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º. 9.394/96), especificamente em seu art. 53, parágrafo único⁸.

O magistrado aduz que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação prevê que as universidades podem adotar critérios diferenciados para a admissão de candidatos. Assim, a implementação de políticas públicas de ação afirmativa no processo seletivo pode ser enquadrada nesse espectro de discricionariedade que a própria Constituição Federal confere às universidades. E diz ainda que:

Desse modo, a política de ação afirmativa implementada pela UFS não viola o princípio da isonomia, eis que prevê tratamento diferenciado para indivíduos em situação diferenciada. É temporária, como toda ação nesse sentido deve ser e não promove qualquer tipo de segregação.

Demais disso, tratando-se de matéria afeita à administração interna das instituições de ensino superior, não é dado ao Poder Judiciário se imiscuir ao ponto de alterar as regras de ingresso de discentes. A ingerência do Judiciário no poder regulamentar de órgão e entidades do Poder Executivo deve pressupor flagrante inconstitucionalidade e manifesta ilegalidade, o que não se vislumbra no caso em exame.

Nessa senda, qualquer discussão acerca da quantidade de vagas disponibilizada para alunos cotistas não cabe ao Judiciário, uma vez que a universidade possui discricionariedade para implementar e adotar ações afirmativas que julgar conveniente.

Nesse sentido, o juiz transcreveu precedentes que se coadunam com a tese por ele apresentada, assim apresentamos as ementas das decisões:

⁶Art. 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.

⁷Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

⁸Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente.

ADMINISTRATIVO - AÇÕES AFIRMATIVAS - POLÍTICA DE COTAS - AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA - ART. 53 DA LEI N. 9.394/96 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO INC. II DO ART. 535 DO CPC - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DE DESCRIÇÃO GENÉRICA DO ART. 207 DA CF/88 - DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REPARAÇÃO - CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL - DECRETO N. 65.810/69 - PROCESSO SELETIVO DE INGRESSO - FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS - OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.⁹

CONSTITUCIONAL. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO. AÇÕES AFIRMATIVAS. ENSINO SUPERIOR. ACESSO À UNIVERSIDADE. CONCURSO VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. RESERVA DE VAGAS PELO CRITÉRIO RACIAL E PARA EGRESSOS DO ENSINO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. MANDAMENTO DE ANTIDIFERENCIAÇÃO E DE ANTI-SUBORDINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO DIRETA (INTENCIONAL) E INDIRETA (NÃO-INTENCIONAL). CONCEITO JURÍDICO DE DISCRIMINAÇÃO. PROMOÇÃO DA IGUALDADE FÁTICA. JUSTIÇA SOCIAL. SOLIDARIEDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. PLURALISMO E DIVERSIDADE. IMPROCEDÊNCIA DAS OBJEÇÕES DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. EXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA.¹⁰

Sendo assim, é possível perceber a divergência de interpretação de uma mesma celeuma jurídica entre os juízes da 1ª Vara Federal de Sergipe, enquanto a magistrada Telma Maria Santos adota medidas contrárias ao modelo de cotas utilizado pela UFS, o juiz substituto da 1ª Vara Federal, Fábio Cordeiro de Lima, fundamentou sua decisão no sentido de legitimar e asseverar a constitucionalidade do sistema de ação afirmativa implantado pela Universidade Pública Federal em Sergipe, como sendo este um mecanismo de redução das desigualdades sociais.

2.2 O entendimento da 2ª Vara Federal de Sergipe

O juiz substituto da 2ª Vara Federal, Fernando Escrivani Stefaniu, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000941-33.2010.4.05.8500, ajuizada por Mariana Oliveira Andrade visando obter a invalidação da Resolução nº 80/2008 que instituiu o sistema de cotas, com a consequente matrícula da autora para o curso de direito diurno, decidiu pela procedência do pedido autoral.

O magistrado expõe que o sistema de cotas está alinhado com o princípio da isonomia e a concretização dos Direitos Fundamentais, encontrando seu fundamento no conteúdo material e dinâmico do princípio da isonomia. Assim disse o magistrado:

O propósito de se instituir mecanismos afirmativos para a superação de efeitos persistentes de desigualdades pretéritas, com a distribuição de benesses ou o favorecimento episódico das chamadas minorias, encontra eco, na verdade, no conteúdo material e dinâmico do princípio da isonomia.

Para ele, o pressuposto de ordem fática calcado na constatação de um desequilíbrio relevante de oportunidades dita a necessidade de medidas diferenciadoras voltadas à produção de um resultado final de equilíbrio. Todavia, afirmar a adequação teórica do sistema de cotas em relação ao princípio da isonomia, não satisfaz, por insuficiente, a indagação sobre a legitimidade da providência concretamente adotada pela Universidade Federal de Sergipe, devendo avaliar dois pontos relevantes: a aptidão normativa e a proporcionalidade da medida.

Sobre a aptidão da medida, as universidades não possuem competência para ditar regras de feição

⁹ STJ. Resp. nº 1132476. 2ª Turma. Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13/10/2009.

¹⁰ TRF - 4ª Região. APELREEX nº. 200871000025462, 3ª Turma. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, julgado em 21/07/2009.

primária, revestidas de conteúdo de lei formal, pois o art. 207 da Constituição ao atribuir a autonomia universitária, a fez com limites restritos, pois a inclusão da autonomia universitária no Texto Constitucional se deu somente em decorrência do momento histórico em que a Carta Magna foi elaborada.

A autonomia das universidades no âmbito didático-científico e o administrativo foi examinado pelo magistrado:

Ao sacramentar a autonomia didático-científica, a Constituição conferiu às universidades, sem prejuízo do atendimento de parâmetros uniformes mínimos, a atribuição de estabelecer o conteúdo e a arquitetura curricular dos cursos oferecidos, de acordo com a linha técnica e intelectual por ela encampada em seus foros interiores. Patrocina-se aqui, portanto, a liberdade não-absoluta de escolha do objeto de estudo, ensino, pesquisa e extensão, bem como da forma e dos métodos necessários à execução desses encargos.

Exercendo posto ancilar ao destino institucional das universidades, a autonomia administrativa foi consagrada para impedir que o processo de aquisição, formação e transmissão do conhecimento pudesse ser frustrado por via oblíqua, excluindo-se da esfera de interferência externa, ainda que parcialmente, a organização e a concepção da atividade-meio encarregada de viabilizar, na prática, o cumprimento da atividade-fim das instituições de ensino superior.

Portanto, a distorção destes conceitos constitui violação ao sentido Constituição e produz, por consequência, atos materiais ou legislativos desprovidos de legitimidade jurídica. Corroborando com a tese levantada, o magistrado apresentou precedentes em que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de esclarecer o espectro relativo e materialmente delimitado da autonomia universitária. Assim:

Por sua autonomia, as universidades podem, observados certos limites, escolher o quê e como ensinar, formatando a necessária estrutura para tanto. Não podem, todavia, escolher para quem ensinar quando o rito de escolha, deixando de levar em conta apenas parâmetros focados exclusivamente no desempenho acadêmico ou intelectual, acrescenta critérios sociais e étnicos - portanto, políticos, na acepção técnica do termo- que não são previstos em lei (sentido estrito, em caráter formal e substancial).

Afirma o magistrado que o sistema de cotas, ao contrário de outras decisões jurídico-políticas, não consta em específico, de nenhuma disposição constitucional particularizada e dotada de densidade normativa mínima. Carecendo o sistema de cotas de alicerce normativo primário.

Outro ponto relevante suscitado pelo magistrado é a proporcionalidade da medida, para ele, a invocação pela UFS de estudos estatísticos a registrar os desníveis que se pretende equacionar é insuficiente para valorar a sua razoabilidade e proporcionalidade, pois falta o inescusável exercício demonstrativo expresso da íntima e direta correlação entre a magnitude da situação fática apurada e o dimensionamento da atuação estatal corretiva.

O juiz titular da 2ª Vara Federal, Ronivon de Aragão, ao julgar os processos de sua atribuição filiou-se a fundamentação do juiz substituto Fernando Escrivani Stefaniu, adotando-a em sua íntegra, assim no julgamento do Mandado de Segurança, processo nº 0000550-78.2010.4.05.8500, impetrado por Tháisa Calumby Lima com a finalidade de obter a determinação judicial para que lhe fosse promovida a matrícula no curso de odontologia, o magistrado concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que efetue a referida matrícula.

Nesse sentido, o posicionamento defendido pelos juízes da 2ª Vara Federal de Sergipe é idêntico, no momento em que discordam da forma como o sistema de cotas da UFS se operacionalizou, segundo eles, afrontando diretamente os limites constitucionais impostos ao princípio da autonomia universitária.

2.3 O entendimento da 3ª Vara Federal de Sergipe

O juiz titular da 3ª Vara Federal, Edmilson da Silva Pimenta, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000951-77.2010.4.05.8500, ajuizada por Thaysa Souza Santana pedindo a sua matrícula no curso de direito diurno da UFS e a declaração incidental da inconstitucionalidade/nulidade da Resolução nº80/2008 decidiu pela procedência dos pedidos contidos na peça inicial.

Na fundamentação o magistrado orientou-se pelo entendimento de que a República Federativa do

Brasil que é um Estado Democrático de Direito e tem como uns dos seus pilares o princípio da legalidade¹¹ e o da igualdade¹², possuindo entre os seus objetivos fundamentais a proibição da discriminação, daí que o tratamento diferenciado entre os cidadãos somente é possível quando autorizado pela Lei Maior.

O magistrado citou ainda dispositivos constitucionais que tratam do direito à educação¹³, dos princípios que norteiam o ensino¹⁴, da autonomia universitária e da competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, competência esta privativa da União prevista no artigo 22, inciso XXIV.

Após estas digressões, concluiu o juiz que:

É óbvio que a Resolução nº80/2008/CONEP extrapolou os limites de competência do Colegiado, tratando de matéria alusiva a ingresso na Universidade Pública, com normas discriminatórias não autorizadas na Carta Magna e, se houvesse essa autorização, seria dirigida à lei em sentido estrito, jamais a um Colegiado Administrativo, sem qualquer representação política e que não está apto a estabelecer políticas públicas que envolvam uma questão tão delicada quanto discriminação em razão de origem (escola pública ou particular) e em razão de raça ou cor (negros, pardos, índios e brancos). Legislar o CONEP sobre matéria reservado ao Congresso Nacional é usurpar competência do Poder Legislativo.

Assim, para o magistrado o estabelecimento do Sistema de Cotas para ingresso nas Universidades Públicas é, antes de tudo, uma questão jurídica, que não encontra amparo na Carta Magna, onde foi vedado tratamento discriminatório dessa natureza e que sequer a lei ousou disciplinar. Diante disso, não há nos dispositivos constitucionais qualquer autorização para edição de Resolução pela Universidade, disciplinando qualquer forma de ingresso mediante discriminação por qualquer critério.

Ademais, o ingresso na Universidade Pública foi atrelado ao princípio do mérito acadêmico, sem qualquer discriminação ou restrição, para que seja produzido o melhor em ensino, pesquisa e extensão, o direcionamento de vagas acadêmicas, através de processo seletivo, sem autorização constitucional, mediante discriminação pela origem (escola pública ou particular) ou por etnia (“brancos”, “negros”, “pardos”, “índios”) viola os princípios da Administração Pública. O julgador acredita ainda que:

A prevalecer a medida adotada pela UFS para ingresso no quadro discente, daqui a pouco teremos outras formas de Sistemas de Cotas ao arripio da Carta Suprema, como para ingresso nas carreiras do serviço público, a exemplo da Magistratura e Ministério Público; para eleição dos parlamentares, que comporão o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais; para a Diplomacia, dentre outras carreiras típicas de Estado onde o concurso público é a única via de acesso aos cargos públicos, sem qualquer discriminação, excetuadas aquelas preconizadas pela Carta Política, como é o caso dos portadores de necessidades especiais.

Em sentido diverso, o juiz substituto da 3ª Vara Federal, Rafael Soares Souza, ao julgar a Ação Ordinária, processo nº 0000893-74.2010.4.05.8500, ajuizada por Samara Dourado Matos, inscrita nas vagas para não cotistas, a qual questionava o sistema de cotas da UFS, qualificando-o como inconstitucional, decidiu pela improcedência do pedido autoral.

¹¹ Art. 5º *omissis*

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹²Art. 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:

¹³Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁴Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

Inicialmente o magistrado tece argumentos que comumente são levantados a baila quando trata-se deste tema. Quanto aos argumentos favoráveis têm: o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; a promoção da diversidade; a natureza compensatória das ações afirmativas; a criação de modelos positivos para estudantes e as populações minoritárias e a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias. Os argumentos contrários fundamentam-se na necessidade de observância do mérito e a consequente injustiça quanto aos adversários do regime comum de competição; tensão entre um modelo de proteção individual ou grupal dos direitos e a gravidade de algumas modalidades de ação afirmativa; caráter prejudicial às minorias raciais, dado o reforço dos estigmas e preconceitos deles decorrentes; violação ao princípio da legalidade e na igualdade nas condições de acesso e permanência na escola [e universidade] prevista no art. 206, I da Constituição.

Todavia, o julgador conclui que neste desafio de forças em conflito resulta-se no seguinte: as universidades públicas são praticamente privadas sob o ponto de vista da origem de seus acadêmicos, o conhecimento superior não se universaliza e a mobilidade social não acontece.

Outro ponto analisado pelo magistrado é a violação ao princípio da legalidade, pois não há lei federal específica versando sobre a política de cotas, embora tramitem diversos projetos, como o PL n.º 3.627/045. Contudo, reputa desnecessário qualquer ato legislativo neste ponto porque a autonomia universitária possui raiz constitucional, assim como o princípio da legalidade e o art. 51 da Lei n.º 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, é explícito ao permitir que as Instituições de Ensino Superior credenciadas como universidades deliberem e instituem critérios diferenciados para admissão de estudantes¹⁵. Diz ainda o julgador:

Esta é a base para adoção de outras formas de acesso ao ensino superior, além do antes exclusivo vestibular. De mais a mais, se a universidade pode virtualmente extinguir o vestibular [o mais], pode também o menos, que é organizá-lo sob critérios diferenciados [o menos].

Salientou ainda que o Superior Tribunal de Justiça tem conferido interpretação extensiva ao citado dispositivo, juntando em sua fundamentação julgados do STJ neste sentido.

Portanto, a Resolução n.º 80/2008/CONEPE é formalmente válida, pois emitida dentro dos limites do art. 207 da CRFB e do art. 51 da Lei n.º 9.394/96.

Outra discussão levantada é a violação ao princípio da isonomia, sobre isso se manifestou o juiz:

No caso concreto, estudantes do ensino público e determinados grupos "raciais" embora sejam substancial parcela da população, não conseguem tamanha representatividade no ensino público superior por obstáculos reais e não meramente legislativos. São cidadãos formalmente iguais aos demais, sem dúvida; mas submetidos a situações desiguais de sorte e fortuna. Se nos tempos da Revolução Francesa a lei deveria igualar a nobreza e os demais súditos da França, encerrando os privilégios feudais, hoje, o caminho há de ser inverso: apenas com atuação positiva do Estado a realidade desigual pode ser transformada. É o chamado paradoxo da igualdade: a instituição de tratamento diferenciado entre os pólos das relações entre desiguais produz desigualdade jurídica.

Confirmando tal posicionamento, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁶, da qual o Brasil é signatário, veda qualquer interpretação que, sob o pálio da isonomia, tenda a anular ou impedir políticas de inclusão.

¹⁵Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

¹⁶Artigo I - 1. Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. [...]

4. Medidas especiais tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas 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.

Sobre a proporcionalidade da medida, o magistrado explicou que esta se fragmenta nos seguintes requisitos: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a divisão das vagas da UFS, para o vestibular, em duas metades (50% para cotistas e outra metade pela competição normal), ele aduziu sobre o atendimento a cada requisito, em síntese, que:

(a) adequação: a reserva de vagas no ensino superior para determinados grupos é medida eficiente para assegurar que esta fatia da população tenha acesso à educação superior em termos de representatividade, e, assim, alavancar sua evolução social e pessoal;

(b) necessidade: sem a política de cotas, persistiria a situação desigual hoje reinante;

(c) proporcionalidade em sentido estrito: as cotas compensam pelo resultado esperado, por assegurar o acesso à universidade pública de pessoas que sempre estudaram em instituições igualmente públicas e hoje estão à margem do sistema, amenizando as distorções hoje presenciadas. Por outro lado, como foram mantidas 50% das vagas para a competição pelas regras tradicionais, restou preservado o núcleo mínimo do direito insculpido no art. 206, I da CRFB, equilibrando e limitando a intervenção em um nível tolerável.

Na 3ª Vara Federal de Sergipe, é possível perceber, novamente, uma divergência de interpretação entre os juízes Edmilson da Silva Pimenta e Rafael Soares Souza, enquanto o primeiro defende o princípio da legalidade, sendo inadmitida qualquer discriminação sem previsão expressa na Constitucional, sem esquecer, da obrigatória observância do princípio do mérito acadêmico, o segundo tem posicionamento favorável ao sistema de cotas da UFS, como mecanismo de mobilização social, resultante da aplicação do princípio da autonomia acadêmica, princípio este de raiz constitucional e, por isso, totalmente aplicável.

3. O entendimento majoritário da Justiça Federal de Sergipe sobre o PAAF/UFS

Da análise dos posicionamentos dos magistrados federais sergipanos nas ações impetradas contra o PAAF/UFS no primeiro ano do programa, 2010, chegou-se ao resultado de que apesar de majoritariamente a Justiça Federal de Sergipe ser contrária ao programa de cotas, tal posicionamento não se mostra pacificado. Uma vez que, existem fundamentações diversas para a resolução do mesmo conflito social, a qual perpassa por dois princípios cruciais: o princípio da igualdade material e o princípio do justo mérito.

Em breve síntese, os contrários a tais medidas afirmam que a Constituição Federal, nos seus artigos 3º, inciso IV, e 4º, inciso VIII, veda preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além do art. 5º, caput, assegurar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Em razão deste mandamento constitucional, para que a discriminação positiva estabelecida pela Universidade Federal de Sergipe fosse constitucional era necessário a sua previsão expressa, já que o princípio da legalidade pondera e limita a aplicabilidade do princípio da igualdade material.

Outro aspecto amplamente debatido pelos magistrados contrários ao Sistema de Cotas da UFS foi a formalidade adotada pela Universidade para estabelecer a ação afirmativa, a qual se deu mediante resolução administrativa. Segundo estes, o princípio da autonomia acadêmica não pode ser visto de maneira ampliada e absoluta, devendo-se ser sempre analisado em consonância com os demais mandamentos constitucionais, sob pena de extrapolar suas funções.

Enquanto isso, 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 Estado.

Para os favoráveis ao Sistema de Cotas da UFS, o mesmo mostra-se adequado e eficaz, uma vez que o princípio da autonomia administrativa possui bases constitucionais capazes de legitimar a adoção de medidas educacionais concatenadas com as diversas diferenças e realidades sociais apresentadas. Diante da “privatização” das universidades públicas, as quais são maciçamente frequentadas por egressos das instituições particulares de ensino, a mobilidade social mostra-se inaplicável se não fosse a adoção desses mecanismos de redução das desigualdades e geradores de

maiores oportunidades aos estudantes de baixa renda, os quais são, predominantemente, de cor negra.

Conclusão

Diante da pequena amostra coletada fica possível constatar o quão polêmica e incipiente ainda se mostra o debate das questões raciais e, especificamente, das ações afirmativas que visam a minimização destas desigualdades.

Um ponto importante pretendido pela pesquisa foi justamente confrontar argumentos e ideias levantadas pelos julgadores, pois são estes os maiores cientistas sociais, ao passo em que são eles que decidem a aplicabilidade ou não das medidas político-sociais pretendidas pelos diversos seguimentos da sociedade.

Note-se que houve uma evolução dos argumentos jurídicos no tocante a temática, o qual analisa as questões não mais somente pelo viés estritamente legal e sim pela compreensão constitucional e principiológica pretendida pelo legislador constituinte. Apesar de majoritariamente a Justiça Federal de Sergipe seja contrária ao programa de cotas da UFS, este posicionamento não é pacificado, havendo posições que demonstram interpretações divergentes dos dispositivos constitucionais, evidenciando o caráter interpretativo e dinâmico do Direito.

Bibliografia

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 02 fev. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. *Direito e desenvolvimento: as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras sob a perspectiva da jurisprudência*. São Paulo, SP, 2010. 227f. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos. *O Discurso Do Judiciário Sobre As Ações Afirmativas Para A População Negra Na Bahia*. Salvador, BA, 2008. 131f. Dissertação (mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013