

As cotas raciais é a política mais eficiente para garantir igualdade equitativa de oportunidades?

GAMA, Aline Aparecida Malta.

AS COTAS RACIAIS É A POLITICA MAIS EFICIENTE PARA GARANTIR IGUALDADE EQUITATIVA DE OPORTUNIDADES?

Aline Aparecida Malta Gama¹

Soraia Mônica Fonseca Murta (orientadora)²

RESUMO

Este artigo científico realizou um estudo bibliográfico e em sítios eletrônicos, com o objetivo de analisar o sistema de cotas raciais, e assim, constatar se este sistema e a maneira mais eficaz para amenizar as desigualdades sociais presentes no Brasil.

Constatamos que a política mais eficiente para sanar essas desigualdades seria o investimento nas bases educacionais públicas, garantindo que todos tenham capacidade de concorrer a vagas em universidades de maneira igualitária.

Palavras-chaves: Sistema de Cotas. Inconstitucionalidade. Igualdade. Universidade. Educação Pública de Qualidade.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen – Belo Horizonte – MG.

²Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1998) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002). No período de 2005 a 2010 foi Coordenadora da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Atualmente é professora Titular da disciplina do Direito Constitucional, Ciências Políticas, Direito Administrativo, Hermenêutica Constitucional e orientação à Monografia da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen e Professora licenciada na Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) nas disciplinas Direito Internacional, Direito Civil e Direito Constitucional. Foi Professora da Pós-Graduação do Instituto de Estudos da Cultura e Educação Continuada IEC/PUC/MG. Participa como Membro da Comissão do Ensino Jurídico da OAB-MG e também Coordenadora da área de Direito Constitucional da OAB. Membro da Comissão Permanente de Avaliação (CPA) da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: reforma agrária, processo constitucional, direito à propriedade, direito constitucional e propriedade urbana.

Sumário: 1. Introdução. 2. As cotas Raciais se justificam por Causa da desigualdade. 3. Violação ao Princípio da Igualdade. 4. Equidade ou discriminação? 5. Critérios de Seleção. 6. Uma Questão de Qualidade Educacional. 7. Considerações Finais. 8. Referências. 9. Anexo.

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido para este artigo científico causa muitas discussões entre juristas, acadêmicos e pela população brasileira como um todo.

O que se propõe, neste trabalho, é a discussão acerca das medidas implementadas, tendo como fundamento o critério raça para a reserva de vagas em instituições acadêmicas, com o intuito de sanar as desigualdades vivenciadas pela sociedade.

A reserva de vagas é meio ineficaz, pois fere o princípio da igualdade, além de não sanar o problema em sua raiz, sendo mais eficiente que o Estado invista em políticas que visem educação pública de qualidade nos níveis fundamentais e médio, dando assim igualdade de oportunidades e concorrência para as vagas em instituições acadêmicas.

2 AS COTAS RACIAIS SE JUSTIFICAM POR CAUSA DA DESIGUALDADE

A lei 12.711 de 19 de Agosto de 2012, sancionada pela presidente Dilma Rousseff, prevê que nesse ano todas as instituições de ensino federais devem reservar no mínimo 50% das vagas para estudantes pobres, negros, pardos ou índios, que cursaram o ensino médio em escolas públicas; os outros 50% serão destinados a ampla concorrência. (EDUCAFRO, 2012)

O sistema de reservas raciais, tem como principal objetivo a compensação dos indivíduos historicamente desfavorecidos, visando a redução das desigualdades sociais no Brasil. O Estado com intuito de compensar tais desigualdades vem adotando as chamadas ações afirmativas.

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas à discriminação racial, de gênero, por deficiência física

e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. (GOMES, 2003a, p.27).

A maioria dos autores atribui aos Estados Unidos da América a origem, por volta de 1950 e 1960, das ações afirmativas, porém, autores como o pesquisador Jacques d'Adesky mencionam que estas não se limitam aos países ocidentais, lembrando que, desde 1948, foi introduzido um sistema de cotas na Índia, que ampara as *classes* atrasadas, como os dalits, ou intocáveis, a fim de garantir-lhes acesso a empregos públicos e às universidades (GOMES, 2003a).

No Ocidente, especificamente nos Estados Unidos, foi o Presidente John F. Kennedy quem primeiro utilizou a expressão em um texto oficial, em 1961, quando propôs medidas que tinham como objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Lyndon B. Johnson, seu sucessor, foi quem deu ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no mundo jurídico (MENEZES, 2001).

As ações afirmativas, como políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, têm por objetivo a concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido, que é a efetiva igualdade de oportunidades, direito de todo indivíduo. (GOMES, 2003a)

As cotas raciais são espécie do gênero Ação Afirmativa, e têm sido usadas para beneficiar algumas classes de indivíduos discriminados pela sua cor, origem entre outros.

De maneira mais genérica as ações afirmativas surgiram com o principal intuito de tentar diminuir o peso das desigualdades econômicas e sociais entre a população, sendo adotadas com o objetivo de promover justiça social.

No ensinamento de Menezes (2001, p. 30), em relação à sua aplicação, a ação afirmativa, normalmente, é associada à fixação de cotas, ou seja, ao estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado.

No entanto, é justo reservar vagas em universidades para membros de determinada cor, raça ou etnia?

3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Segundo Bobbio (1992, pág. 11), a igualdade pode ser conceituada como “um valor constante das ideologias e teorias políticas, um valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada e, portanto, por um lado, como aspiração perene dos homens vivendo em sociedade [...]”.

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, é a base do Estado Democrático de Direito. O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, que diz que “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

O princípio da igualdade pode interpretado teoricamente, que nada mais é que a igualdade formal, onde a isonomia é garantida através da Constituição, pelo qual a concessão de direitos e deveres será dada através do texto normativo, sem nenhum tipo de discriminação.

A igualdade formal está prevista no artigo 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:[...]

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”.

A igualdade formal busca conceder a todas as pessoas paridade de direitos e deveres, além de garantir que não haja qualquer forma de privilégio a determinados indivíduos por parte do Estado.

Além do mais, o já mencionado artigo 5º da Constituição Federal, também é exemplo de igualdade formal:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a

invulnerabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...];

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”.

A igualdade também deve ser interpretada materialmente, onde todos são tratados de maneira igual, possuindo as mesmas oportunidades, sem qualquer tipo distinção, de maneira que haja efetivo combate às desigualdades preexistentes”.

Bobbio (1992, pág. 11) dispõe sobre os conceitos que priorizam a igualdade material:

“Mesmo garantidas constitucionalmente, essas normas que visam a diminuição das desigualdades socioeconômicas são impunemente desrespeitadas, dando a impressão de que os conceitos que põem por prioridade a igualdade material sempre acabam ineficazes ou ineficientes”.

O princípio da isonomia garante tratamento igualitário do Estado para com os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, devendo ser interpretado de maneira exaustiva e não taxativa, abrangendo qualquer caso de desigualdade.

Além disso, o Estado deve garantir que o legislador crie leis em que o princípio seja observado, devendo garantir que essas leis sejam interpretadas segundo este.

Celso Antônio Bandeira de Melo preceitua que “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. E, por fim, consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta.

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.”

Quando o legislador achar por conveniente que haja tratamento desigual para determinados indivíduos, deve garantir que haja equilíbrio entre os direitos sem que haja tratamento privilegiado e desproporcional ao princípio da igualdade.

A Constituição Federal deve garantir tratamento igualitário entre os indivíduos, nesse sentido, Silva (2003, p. 37) enfatiza que os legisladores criar leis que haja tratamento dos iguais de forma desigual:

“A regra de que todos são iguais perante a lei, ou de que todos merecem a mesma proteção da lei, entre outros enunciados expressivos da isonomia puramente formal e jurídica, traduz, em sua origem mais genuína, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato. Impede, em suma, que o legislador trate desigualmente os iguais”.

Segundo Mello (2002, p. 10) no que diz respeito ao sistema de cotas, “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

As cotas Raciais foram criadas sem observância do princípio em questão, uma vez que dão justamente tratamento diferenciado para negros, pobres e índios, além do mais, as cotas ofendem o direito de todos serem julgados por seus méritos, independentemente de sua raça.

“ A equidade de tratamento é ferida, uma vez que uma parte da população seria discriminada por não ser negra, pobre ou indígena, onde uma discriminação não deve ser respondida por outra, porque isso só geraria um círculo vicioso em que uma parte da população se sente preterida em um momento e tenta descontar isso em um segundo momento preterindo a outra parte da população, a qual vai retaliar assim que tiver chance iniciando um jogo de vingança e ressentimentos infinitos, Essa possibilidade e ainda mais perigosa no caso das cotas raciais, pois poderia criar uma divisão de ódio raciais, que segundo alguns, ainda não existe no Brasil”. (KAMEL, 2006).

A reserva de vagas acaba por beneficiar uns e discriminar outros, esta reserva restringiu para os que se enquadram nos critérios exigidos o benefício de maior acessibilidade e acabou por restringir vagas para os mais capacitados, que se dedicaram, afrontando o princípio da igualdade, uma vez que está beneficiando de maneira desigual determinada parcela da sociedade.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1990), “o princípio jurídico da igualdade deve erradicar as desigualdades criadas pela sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais, sem que isso constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigual ação mais injusta.”

O princípio da igualdade é ferido quando o tratamento desigual é arbitrário, uma vez que indivíduos afro descendentes são privilegiados baseados no critério raça, o que é totalmente irrelevante segundo as aptidões que são exigidas dos demais

candidatos, que são, o conhecimento e a capacitação para o ingresso a instituições de ensino superior.

Dessa maneira, não há qualquer relação entre a raça dos alunos e o conhecimento adquirido no ensino fundamental e médio, o que se tem aqui e um problema social, onde a educação básica no Brasil é tratada de maneira lastimável, onde alguns alunos chegam ao 5º ano sem saber ler, independentemente de sua raça.

A nossa carta magna proíbe quaisquer distinções, o sistema de cotas é inconstitucional, pois traz privilégios para determinados grupos de. Diante disso, quem são os iguais e quem são os desiguais?

4 EQUIDADE OU DISCRIMINAÇÃO?

O conceito de raça há décadas é rechaçado pelos países desenvolvidos, seja por induzir os preconceituosos ao julgamento genético, seja por dar a tiranos e ditadores argumentos que lhes permitem justificar ideais de eugenia e raça pura. No Brasil, a Constituição de 1988, como as anteriores, não reconhece a ideia de raça como critério de distinção entre os cidadãos, referindo-se a ela somente para dizer que é crime discriminar as pessoas por critérios raciais. Portanto, ao fundamentar a política de cotas com base na ideia de raça, o governo está na contramão da História e em rota de colisão com o capítulo dos direitos e garantias fundamentais da Carta que jurou cumprir. (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2007)

As cotas se tornam injustas uma vez que estabelecem discriminação positiva ao compensar as mazelas sofridas por negros, pardos e índios. O Estado não deve estimular que haja segregação de raças.

A cor da pele não deve ser moralmente significativa, o que poderá ocasionar separação de grupos entre os indivíduos da sociedade, visto que todos teriam em tese, as mesmas capacidades de estudarem e ingressarem em instituição através de seu mérito.

De acordo com Aristóteles, “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.”

O tratamento desigual é justificável quando essas diferenças são relevantes, o que não vem ao caso da diferença da cor da pele, pois essa diferença não é evidente.

No caso da pobreza, a desvantagem é gerada pela falta de capacidade de pagar por escolas que o preparem de maneira melhor, além de muitas vezes o indivíduo ter que trabalhar enquanto estuda. Como podemos corrigir a desigualdade presente sem uma educação pública de qualidade?

As vantagens devem estar disponíveis para todos e devem ser distribuídas de acordo com o mérito de cada um. Celso Antônio Bandeira de Melo questiona até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade:

“O que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”

Podemos perceber que a igualdade não está na garantia igualitária de “benefícios”, mas sim na igualdade de fato entre as raças, de que todos somos humanos, e que a cor da pele não deve ser usada como critério de discriminação ou de benefícios.

Seria mais eficiente que o Estado adotasse políticas que melhorassem a qualidade do ensino público, ocasionando uma maior mobilidade social, ficando evidenciado que o tratamento preferencial na admissão nas universidades não sanaria os problemas sociais ligados a raça do indivíduo.

5 CRITÉRIOS DE SELEÇÃO

As universidades não devem ser usadas como instrumento de justiça social, estando estas ameaçadas pelos reflexos da operacionalização do sistema de cotas, vez que, os alunos que se enquadram no perfil exigido para cotas terão acesso as instituições superiores com o alcance apenas da nota mínima no exame, esse requisito mínimo é inviável de diversas maneiras, uma vez que podem vir a prejudicar a qualidade das instituições, além de não ser justo com os outros que concorreram a vagas através da ampla concorrência e que terão que obter determinada nota para serem classificados, e nota essa que é superior a exigida pelo sistema de cotas.

O Estado ofende o direito fundamental da igualdade uma vez que estudantes cotistas não serão julgados por seus méritos, e que estudantes com notas mais altas ficarão de fora.

E ainda, há possibilidade de diminuição da qualidade de universidades federais, além do mais, os cotistas serão julgados como incompetentes, uma vez que teriam alcançado a vaga através de cotas e não através de seu mérito.

A meritocracia de prevalecer, e não qualquer outro meio de privilégios de qualquer classe. A universidade deve ser disponibilizada a todos, mas por meio de alunos competentes, não sendo justificável o critério raça como meio de concessão de benefícios que os desqualificaria como tal, as políticas de benefícios devem ser feitas por deferimento de bolsa de estudo e não por meio de concessão de cotas.

O art. 208, V, da Constituição Federal sugere que o acesso aos níveis superiores de ensino se dará de acordo com o mérito de cada um. Neste sentido já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também em decisão liminar da Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima:

“O ensino superior Público, diversamente do que ocorre aos níveis fundamental e médio, não se destina a todos (CF, ART. 208, I E II). Em outras palavras, o Estado brasileiro não pretende universalizar o ensino superior público limitando-se o dever do Estado, neste nível de ensino, a garantia de acesso, segundo a capacidade de cada um (CF, ART. 208, V)”.

O Estado deve tomar medidas, para quem nasceu em um contexto social carente tenha as mesmas oportunidades de quem nasceu em contextos sociais melhores, garantindo a aqueles e a todos uma educação de qualidade em sua base, para que possam garantir vagas em instituições de ensino superior, e alcançar a formação acadêmica através de seu mérito.

6 UMA QUESTÃO DE QUALIDADE EDUCACIONAL

A Justificativa para o sistema de cotas segundo a deputada Nice Lobão e que “o Brasil está longe de propiciar educação pública de qualidade. Os estudantes de escolas públicas concluem o ensino médio sem condições de competir com alunos de colégios particulares, e por isso acabam desistindo de entrar na universidade ou ingressarem em faculdade.”

De acordo constituição federal, pelo princípio da isonomia, deve ser garantido pelo Estado igualdade de condições e acesso para permanência na escola, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Deve ser exigido do Estado que todos tenham a oportunidade de se qualificar, assim, deve ser corrigido distorções criadas pelas diferenças de classes através de políticas de combate à pobreza, além de uma educação pública de qualidade.

No texto constitucional não deve haver diferença entre raças, e igualdade em relação a educação, mas ainda assim há a reserva de vagas. As cotas podem até ajudar para que alguns possam alcançar o ensino superior, mas e o restante da sociedade?

O investimento em políticas governamentais em consonância com a carta magna, além de investimento no ensino básico, seriam ações mais eficientes e, sem a necessidade de utilização de práticas discriminatórias, para que dessa maneira todos possuam condições intelectuais semelhantes para ingressarem a instituições superiores de ensino com igualdade de condições.

Pelos problemas ligados a má qualidade de ensino nas escolas públicas, qualquer aluno que tenha cursado, independente de raça, terá mais dificuldade para o ingresso a universidades federais.

O sistema de cotas não solucionará a deficiência da educação no Brasil, a educação de qualidade deve ser para todos, não apenas para os favorecidos por cotas raciais, ou para aqueles que tiveram oportunidades de estudarem em escolas particulares.

Neste sentido, ponderações de Nina Beatriz Stocco Ranieri:

“É evidente que sem a garantia do oferecimento universal do ensino público fundamental e médio, de qualidade, não haverá condições de igualdade material na disputa de vagas das universidades públicas, cujo acesso depende do mérito, da capacidade individual (CF, ART. 208, V). a imposição constitucional do critério do mérito como condições de ingresso e permanência nas universidades públicas revela, portanto, que a efetiva equidade consiste na superação das deficiências da educação básica. Por essa razão é que se mostram equivocadas as justificativas e as medidas preconizadas nos projetos de lei em questão. A reserva de vagas não resolve o problema desigualdade educacional, cujas raízes encontram-se nas condições de acesso, qualidade e permanência no ensino fundamental e médio. Pelo contrário, além de não o solucionar, agrava a desigualdade assim produzida de forma perversa. Cria duas categorias de alunos em termos de mérito e competência acadêmicas: os das cotas reservadas e os que ingressam sem reserva de cotas; o que não só diminui a eficiência da reconhecida qualidade do ensino superior público, uma vez que os primeiros

tendem a permanecer por mais tempo nos cursos de graduação, dadas as consequências inerentes à facilitação do acesso, centradas basicamente no déficit de aprendizagem. Este mesmo fato, considerado do ponto de vista do aluno ingressante pelo sistema de cotas, produz efeito antissocial ante as possíveis repetências e dificuldades de acompanhamento normal dos cursos. Não há outro caminho para a redução de desigualdades na área educacional senão o da melhoria de ensino fundamental e médio, o que supõe tanto o investimento financeiro como a formação de professores devidamente capacitados para atuar nesses níveis de ensino (...).”

Não é aceitável que estudantes de escolas públicas possuam um nível educacional inferior aos que tem a oportunidade de estudarem em escolas particulares, o governo ao invés de sanar o problema em sua fonte, cria políticas governamentais, como o sistemas de cotas, com o intuito de “tampar o sol com a peneira”.

O melhor caminho é combater a discriminação de qualquer tipo e incentivar o progresso da população como um todo. O que realmente se faz necessário é que o governo cumpra com os deveres a fim de garantir qualidade de ensino conforme previsto na Constituição Federal Brasileira.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já dito, o tema é polêmico e gera grandes discussões. Toda a pesquisa demonstrou que o critério raça torna-se ineficaz, uma vez que o centro do problema é a péssima qualidade do ensino público no Brasil, esse é o ponto chave de toda a discussão.

Ao privilegiar candidatos de determinada raça o Princípio Constitucional da Igualdade é ferido, além de ser totalmente ineficiente, visto que o candidato selecionado através das cotas poderá não estar bem preparado por uma deficiência em sua base educacional, por falta de ensino fundamental e médio de qualidade.

Por todo o exposto, concluo que sistema de cotas se torna ineficaz onde o problema central da desigualdade no acesso a instituições de ensino superior está na baixa qualidade de ensino público na sua base.

8 REFERÊNCIAS

- Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13745> Acesso em 10 de Nov 2016.
- BRASIL. Constituição. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 2 set 2016.
- BRASIL ESCOLA. Cotas Raciais. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/educacao/sistema-cotas-racial.htm>> Acesso em 21 ago 2016.
- BOBBIO, N. A era dos direitos. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992;
- EDUCAFRO. Disponível em: <http://www.educafro.org.br/site/> > Acesso em 1 out 2016.
- GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.) Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003^a.
- GOMES, Joaquim Barbosa. Ações Afirmativas e Princípio Constitucional da Igualdade. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.) Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003^b.
- JUS BRASIL. O racismo das cotas raciais. Disponível em: <http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040832/o-racismo-das-cotas-raciais>> Acesso em 21 set 2016.
- KAMEL, Ali. Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- MILITÃO, José Roberto Ferreira. Cotas raciais x ações afirmativas: uma reflexão. Disponível em http://www.nacaomestica.org/cotas_militao.htm> Acesso em 06 set 2016.
- MILITÃO, José Roberto Ferreira. Sistema de cotas. 2008. Disponível em http://ciencia-e-iluminismo.blogspot.com.br/2009_02_01_archive.html> Acesso em 06 set 2016.
- O ESTADO DE SÃO PAULO. As cotas raciais. São Paulo. 09 jun. 2007. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/73309>> Acesso em 06 set 2016.

- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Princípio da isonomia. Disponível em: <http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>.> Acesso em 05 nov 2016.
- PRAGMATISMO POLITICO. Resposta à folha de S. Paulo: cotas, sim! disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/08/resposta-folha-de-s-paulo-cotas-sim.html>> Acesso em 02 out 2016.
- ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990. 124p.
- SELMA CARVALHO. Lei das cotas para o ensino superior. Disponível em: <http://selmamcarvalho.blogspot.com.br/2013/03/lei-das-cotas-para-o-ensino-superior.html>> Acesso em 1 out 2016.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Declaração Universal dos direitos do Homem. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em 12 out 2016.
- VEJA.COM. A pesquisa sobre as cotas raciais e o falso consenso. Ou: “Você é contra a bondade ou a favor? Você é contra o câncer ou a favor?”. Disponível em:
• <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/a-pesquisa-sobre-as-cotas-raciais-e-o-falso-consenso-ou-voce-e-contra-a-bondade-ou-a-favor-voce-e-contra-o-cancer-ou-a-favor/>> Acesso em 12 out 2016.

9 ANEXO - DECISÕES CONTRÁRIAS AO SISTEMA DE COTAS RACIAIS

O sistema de cotas raciais para acesso a instituições acadêmicas proporcionou discussões sobre sua constitucionalidade, sua eficácia, e até mesmo se é uma medida justa, o que gerou diversas ações nos tribunais do país. Abaixo estão alguns exemplos de decisões sobre o tema.

SENTENÇA Nº ____/2006 – 21ª VARA - B

CLASSE 1900 OUTRAS

PROCESSO N. 2004.34.00.022174-8

AUTOR: FERNANDA SOUZA LOPES DE OLIVEIRA

RÉU: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

SENTENÇA

Trata-se de *ação declaratória com pedido de antecipação de tutela* proposta por FERNANDA SOUZA LOPES DE OLIVEIRA contra a FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB, em que pretende a sua inclusão na cota para negros com vista à admissão no curso de Administração da Universidade de Brasília.

Com a inicial vieram documentos (fls. 14/45).

O pedido de tutela antecipada foi deferido (fls. 43/44).

Regularmente citada, a FUB apresentou contestação (fls. 50/58), oportunidade em que trouxe aos autos documentos (fls. 59/119).

Réplica (fls. 193/198).

Oitiva das testemunhas arroladas pela autora e pela ré (fls. 264/273).

Somente a autora apresentou alegações finais (fls. 274/279 e 287v).

É o relatório.

DECIDO

Total razão assiste à autora.

O sistema de cotas para negros foi assim disciplinado pela Universidade de Brasília por ocasião do 2º Vestibular de 2004, *verbis*:

“3. DO SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS

3.1 Para concorrer às vagas reservadas para negros, o candidato deverá: ser de cor preta ou parda; declarar-se negro e optar pelo sistema de cotas para negros.

3.2 No momento da inscrição, o candidato será fotografado e deverá assinar declaração específica relativa aos requisitos exigidos para concorrer pelo sistema de cotas para negros.

(...).

3.3 O pedido de inscrição e a foto que será tirada no momento da inscrição serão analisados por uma Comissão que decidirá pela homologação ou não da inscrição do candidato pelo sistema de cotas para negros.

3.3.1 O candidato que não atender às condições descritas no subitem 3.1 não terá sua inscrição homologada no sistema de cotas para negros.

(...)

3.3.4 O candidato poderá interpor recurso contra o resultado da não-homologação de sua inscrição, conforme procedimentos a serem divulgados no edital de que trata o item 3.3.2

3.3.5 A Comissão reserva-se o direito de convocar o candidato para dirimir quaisquer dúvidas acerca de seu pedido de inscrição ou recurso.

(...)”

Na hipótese dos autos, a autora e seu irmão pleitearam concorrer às vagas destinadas aos negros e pardos e tiveram seus pedidos indeferidos. Após recurso, o irmão da autora foi admitido enquanto a autora não.

De fato, da simples observação das fotos acostadas aos autos, verifica-se que nem a autora nem o seu irmão são fenotipicamente negros, o que justificava o indeferimento da sua inscrição após a análise da fotografia.

Ocorre, porém, que o edital do certame permitia a reavaliação de cada caso após a realização de uma entrevista, ocasião em que o interessado, ainda que não possuísse fenótipo negro, podia demonstrar que se identificava com a raça negra, quando então teria sua inscrição deferida para participar do sistema de cotas.

Nesse sentido é o depoimento da testemunha GUSTAVO FREITAS AMORA, que participou em diversas oportunidades da mencionada Comissão:

“Que o critério utilizado pelo depoente para concluir que determinada pessoa não pode participar do sistema de cotas é o fato de ela se considerar parda mais não se identificar como membro da raça negra, como se fosse branca com pele mais escura” (fl. 269).

Tais critérios, contudo, não estavam previstos objetivamente no edital, que, repita-se, exigia apenas a apresentação da fotografia, a declaração de ser negro e a opção pelo sistema de cotas.

Aliás, tal interpretação é corroborada pelo depoimento da testemunha DIONE OLIVEIRA MOURA, que participou da criação do sistema de cotas na Universidade de Brasília, *verbis*:

“(...) Que para participar do sistema de cotas o candidato tem de ser da cor preta ou parda e se declarar negro. Que o candidato demonstra que é preto ou pardo por meio da fotografia e da declaração. Que a depoente nunca participou da Comissão então não pode dizer como ela decide se a pessoa é preta ou parda. Que a Comissão tem como parâmetro o Edital. Que o Edital diz que a pessoa tem que se preta ou parda, mas não descreve as características da pessoa preta ou parda (...)” (fl. 272).

No caso dos autos, todavia, a Comissão, ao analisar os recursos dos irmãos, concluiu que um deles se sentia negro e o outro não, e que portanto somente o primeiro deveria concorrer pelo sistema de cotas, muito embora nenhum dos dois tenha aparência de negro ou pardo.

Ora, tal resultado demonstra, no mínimo, a incongruência dos critérios utilizados pela comissão examinadora, uma vez que, salvo melhor e mais acurado juízo, uma vez que o sistema de cotas tem em vista reduzir as desigualdades centenárias existentes na sociedade brasileira quanto às oportunidades sociais

destinadas aos membros da raça negra, é inverossímil a tese de que irmãos, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, com a mesma herança genética e que receberam os mesmos cuidados, financeiros e emocionais, possam receber tratamento tão diferenciado.

É de ver, ainda, que, segundo revela o depoimento da testemunha ANA LÚCIA EDUARDO FARAH (pesquisadora da Universidade de Brasília que estudou os argumentos utilizados nos recursos interpostos pelos candidatos), ainda não foram suficientemente definidos no âmbito da própria UnB os critérios para a definição da pessoa como pertencente à raça negra, uma vez que afirma a pesquisadora que o critério seria meramente fenotípico, o que contradiz com as manifestações das demais testemunhas trazidas pela ré, *verbis*:

“Que a depoente analisava apenas os argumentos analisados nos recursos (...) Que com base no que a depoente conhece do procedimento, entende que ele sim é objetivo, porque o critério para identificar a pessoa negra é a cor da pele. Que a pessoa que fenotipicamente fosse negra, e se inscrevesse no vestibular pelo sistema de cotas e, eventualmente, na entrevista, se declarasse que não é membro da raça negra, ainda assim teria direito ao sistema de cotas. Que na verdade tal situação é impossível, porque apenas pela fotografia é possível caracterizar a pessoa como fenotipicamente negra ou não” (fl. 271)

Sobre a possibilidade de indeferimento da inscrição de um irmão e indeferimento de outro, assim esclareceu a referida testemunha:

“Que do ponto de vista fenotípico, entre dois irmãos um pode ser negro outro não. Que como o critério é fenotípico, um deles terá direito a participar do sistema e o outro não (...)” (ANA LÚCIA EDUARDO FARAH fl. 271).

Já a testemunha DIONE OLIVEIRA MOURA foi enfática ao afirmar que *“segundo o entendimento da depoente, de acordo com os termos do Edital, é preciso o preenchimento dos dois requisitos, de forma que quem tenha a aparência parda ou preta mas negue declarar-se como negro, não tem direito a participar do sistema de cotas. Que neste caso o candidato estaria negando a declaração que assinou no ato da inscrição” (fl. 272).*

Ora, ao caso em tela, *mutatis mutandis*, amolda-se perfeitamente a advertência de Rui Barbosa quanto às conclusões absurdas, pois *“ordenar o que não há meio de fazer, proibir o que se não pode evitar, é desarrazoar, é ensandecer. Não há de supor que a lei ordinária, quanto mais a lei constitucional, caduque e delire. Da*

interpretação dos textos legislativos se deve refugar sempre o absurdo”(apud João Mendes Neto, in “Rui Barbosa e a Lógica Jurídica”, Ed. Saraiva, 2ª edição, 1949, p. 132).

Assim, se a própria ré afirma que *“no que se refere à entrevista do irmão da requerente (...), percebe-se que ele se declara como negro e afirma ser de família negra. Apresenta ainda, documentos que lhe atestam a cor parda. Por isso sua inscrição ensejou homologação”*, seria permitir o absurdo não estender à sua irmã o mesmo direito com base na interpretação das mesmas regras editalícias, visto que, repita-se ainda uma vez: ambos possuem a mesma cor de pele e são oriundos da mesma família, no seio da qual passaram pelas mesmas dificuldades e receberam as mesmas oportunidades de vida.

Com bases nessas razões, confirmo a antecipação de tutela concedida e JULGO PROCEDENTE a demanda para reconhecer em favor da autora o direito de concorrer pelo sistema de cotas para negros da UnB a uma das vagas oferecidas no 2º vestibular de 2004.

Diante desse desate, condeno a ré a arcar com o valor das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Intimações necessárias.

Brasília, 23 de maio de 2007.

RAQUEL SOARES CHIARELLI

Juíza Federal Substituta da 21ª Vara

RELATOR : DESEMBARGADORA FEDERAL VERA LÚCIA LIMA
AGRAVANTE : FABIANA BATISTA CORRÊA E OUTROS
ADVOGADO : ANTONIO AUGUSTO GENELHU JUNIOR E OUTROS
AGRAVADO : UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPIRITO SANTO - UFES
PROCURADOR : SEM PROCURADOR
ORIGEM : 4ª VARA FEDERAL CÍVEL DE VITÓRIA/ES
(200850010073055)

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto contra decisão proferida pelo ilustre Juízo da 4ª Vara Federal Cível de Vitória – ES que, em sede de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, proposta por Fabiana Batista Corrêa e Outros em face da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, indeferiu a tutela de urgência postulada para suspender os efeitos do ato de reprovação dos autores no exame vestibular.

Os agravantes noticiam que não lograram aprovação no exame vestibular em virtude do “sistema de cotas”, instituído pela agravada através da Resolução nº 33/2007, que reservou 40 % (quarenta por cento) do total de vagas relativas a cada um dos cursos oferecidos pela universidade a estudantes egressos de escolas públicas. Argumentam que a reserva de vagas fere o princípio da razoabilidade, viola o direito à educação e vai de encontro ao critério meritório norteador do acesso às universidades.

O magistrado de primeiro grau, em homenagem ao princípio da isonomia e da razoabilidade, perfilhou o entendimento sobre o tema externado pela ilustre juíza Viviane de Paula Arruda na decisão proferida nos autos do processo nº 2007.50.01.010111-3, em trâmite naquele Juízo.

Às fls. 231/234, deferi o pedido de antecipação da pretensão recursal.

Apresentadas contrarrazões às fls. 242/244.

Interposto agravo interno às fls. 246/248.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 251/283, no sentido do desprovimento do agravo de instrumento e agravo interno prejudicado.

É o relatório.

VOTO

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA (Relatora): Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto contra decisão proferida pelo ilustre Juízo da 4ª Vara Federal Cível de Vitória – ES que, em sede de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, proposta

por Fabiana Batista Corrêa e Outros em face da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, indeferiu a tutela de urgência postulada para suspender os efeitos do ato de reprovação dos autores no exame vestibular.

Preliminarmente, cumpre abordar questão relativa à necessidade de submissão do julgamento do agravo de instrumento ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, o qual consagra o postulado da reserva de plenário. O exame se impõe porquanto a análise do presente recurso envolve a aferição, em juízo de cognição sumária, da constitucionalidade da Resolução nº 33/2007.

No meu entender, a observância do princípio da reserva de plenário não se aplica *in casu*.

Vale lembrar que estamos no âmbito de um agravo de instrumento, no qual se busca a reforma do decisum que indeferiu pedido de tutela de urgência. A decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau, ratificada ou reformada pelo órgão ad quem, notabiliza-se pela sua precariedade, na medida em que proferida com base em juízo cognitivo sumário. Definitivamente, não estamos aqui declarando a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, mas, tão-somente, aquilatando se, em juízo preliminar e superficial, é possível a concessão da tutela antecipada em virtude da *probabilidade* dele padecer de vício de inconstitucionalidade.

Neste sentido, aliás, já decidiu a colenda Terceira Turma Especializada ao julgar embargos de declaração oposto nos autos do agravo de instrumento nº 144684, relatados pelo eminente Juiz Federal Convocado José Neiva, DJU de 19.01.2007.

Superado este ponto, passo ao exame do mérito recursal.

Com efeito, o princípio da isonomia, direito fundamental da pessoa humana, vem disciplinado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual prescreve que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”

Ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência constitucional de intérprete máximo do texto constitucional, já assentou o entendimento no sentido de que padece de inconstitucionalidade a eleição de fator de discrimen que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc.

Neste sentido, invoco o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, ART. 153, § 1º; C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT. I. - AO RECORRENTE, POR NÃO SER

FRANCÊS, NÃO OBSTANTE TRABALHAR PARA A EMPRESA FRANCESA, NO BRASIL, NÃO FOI APLICADO O ESTATUTO DO PESSOAL DA EMPRESA, QUE CONCEDE VANTAGENS AOS EMPREGADOS, CUJA APLICABILIDADE SERIA RESTRITA AO EMPREGADO DE NACIONALIDADE FRANCESA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: C.F., 1967, ART. 153, § 1º; C.F., 1988, ART. 5º, CAPUT). II. - A DISCRIMINAÇÃO QUE SE BASEIA EM ATRIBUTO, QUALIDADE, NOTA INTRÍNSECA OU EXTRÍNSECA DO INDIVÍDUO, COMO O SEXO, A RAÇA, A NACIONALIDADE, O CREDO RELIGIOSO, ETC., É INCONSTITUCIONAL. PRECEDENTE DO STF: AG 110.846(AGR)-PR, CÉLIO BORJA, RTJ 119/465. III. - FATORES QUE AUTORIZARIAM A DESIGUALIZAÇÃO NÃO OCORRENTES NO CASO. IV. - R.E. CONHECIDO E PROVIDO. (RE 161243, RELATOR(A): MIN. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756)

No caso submetido ao exame deste órgão colegiado, parece-me, em juízo de cognição sumária, típico do exame das tutelas de urgência, que o critério de discriminação escolhido pela Resolução nº 33/2007, que finca suas bases na origem escolar do concorrente, não se harmoniza com o princípio constitucional da isonomia, simplesmente por se tratar de elemento diferenciador fundado em atributo pessoal.

Além de vulnerar o princípio da isonomia, o ato normativo combatido parece ir de encontro ao princípio do mérito. Neste ponto, o texto constitucional, em seu art. 208, inciso V, é indubitável ao prescrever que *“o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”*.

Segundo o princípio em destaque, o acesso ao ensino universitário deve sempre ser regulado de acordo com o critério meritório, em ordem a proporcioná-lo àqueles que detêm melhor formação, segundo os critérios de avaliação eleitos pela universidade, no exercício da autonomia didático-científica que o texto constitucional lhe assegura.

Por privilegiar a origem escolar em detrimento do mérito do candidato, o fator de discriminação eleito pela UFES se apresenta, neste exame preliminar, inconstitucional.

Noutro eito, vale frisar que o constituinte originário não estabeleceu como meta programática, a ser alcançada pelo Poder Público, a universalização do ensino superior. Tal meta, oportuno frisar, foi colocada no tocante aos ensinos fundamental e médio. Confira-se:

“ART. 208. O DEVER DO ESTADO COM A EDUCAÇÃO SERÁ EFETIVADO MEDIANTE A GARANTIA DE:
I - ENSINO FUNDAMENTAL, OBRIGATÓRIO E GRATUITO, ASSEGURADA, INCLUSIVE, SUA OFERTA GRATUITA PARA TODOS OS QUE A ELE NÃO TIVERAM ACESSO NA IDADE PRÓPRIA;

II - PROGRESSIVA UNIVERSALIZAÇÃO DO ENSINO MÉDIO GRATUITO; (...)"

Anote-se que tal peculiaridade foi realçada por NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI em texto doutrinário intitulado “*A Reserva de Vagas nas Universidades Públicas*”, publicado no BDA – Boletim de Direito Administrativo nº 9 – Ano 2001 – editora NDJ Ltda:

“O ENSINO SUPERIOR PÚBLICO, DIVERSAMENTE DO QUE OCORRE EM RELAÇÃO AOS NÍVEIS FUNDAMENTAL E MÉDIO, NÃO SE DESTINA A TODOS (CF, ART. 208, I E II). EM OUTRAS PALAVRAS, O ESTADO BRASILEIRO NÃO PRETENDE UNIVERSALIZAR O ENSINO SUPERIOR PÚBLICO; LIMITANDO-SE O DEVER DO ESTADO, NESTE NÍVEL DE ENSINO, À GARANTIA DE ACESSO, SEGUNDO A CAPACIDADE DE CADA UM (CF, ART. 208, V)”.

Afora a violação do princípio da isonomia e do princípio do mérito, o critério eleito pela universidade agravada não passa pelo crivo do postulado da proporcionalidade ou da proibição do excesso ou ainda princípio da razoabilidade.

A constitucionalidade do postulado da razoabilidade deriva do princípio constitucional que consagra o devido processo legal, em seu aspecto substantivo, como já assentado pela doutrina mais autorizada. Neste sentido é o escólio de LUÍS ROBERTO BARROSO, na obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª edição, ed. Saraiva:

“O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE TEM SUA ORIGEM E DESENVOLVIMENTO LIGADOS À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, INSTITUTO ANCESTRAL DO DIREITO ANGLO-SAXÃO. DE FATO, SUA MATRIZ REMONTA À CLÁUSULA *LAW OF DE LAND*, INSCRITA NA *MAGNA CHARTA*, DE 1215, DOCUMENTO QUE É RECONHECIDO COMO UM DOS GRANDES ANTECEDENTES DO CONSTITUCIONALISMO. MODERNAMENTE, SUA CONSAGRAÇÃO EM TEXTO POSITIVO SE DEU ATRAVÉS DAS EMENDAS 5ª E 14ª À CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA. A CLÁUSULA DO *DUE PROCESSO OF LAW* TORNOU-SE UMA DAS PRINCIPAIS FONTES DA EXPRESSIVA JURISPRUDÊNCIA AS SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS AO LONGO DOS ÚLTIMOS DOIS SÉCULOS. ANTES DE PROCURAR DELIMITAR COM PRECISÃO OS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E SUAS POTENCIALIDADES NO DIREITO BRASILEIRO, É DE PROVEITO PERCORRER BREVEMENTE SUA TRAJETÓRIA NO DIREITO NORTE-AMERICANO. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, NOS ESTADOS UNIDOS, É MARCADO POR DUAS GRANDES FASES: A PRIMEIRA, ONDE SE REVESTIU DE CARÁTER ESTRITAMENTE PROCESSUAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS*), E UMA SEGUNDA, DE

CUNHO SUBSTANTIVO (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*), QUE SE TORNOU FUNDAMENTO DE UM CRIATIVO EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DE FATO, AO LADO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI, ESSA VERSÃO SUBSTANTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL TORNOU-SE IMPORTANTE INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, ENSEJANDO O CONTROLE DO ARBÍTRIO DO LEGISLATIVO E DA DISCRICIONARIEDADE GOVERNAMENTAL. É POR SEU INTERMÉDIO QUE SE PROCEDE AO EXAME DE RAZOABILIDADE (*REASONABLENESS*) E DA RACIONALIDADE (*RATIONALITY*) DAS NORMAS JURÍDICAS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO EM GERAL.”

O princípio da razoabilidade constitui importante mecanismo de controle da legitimidade e da adequação normativa dos atos do Poder Público que configurem intervenção na esfera de direitos das pessoas. Deveras, sua aplicação auxilia o operador do direito a aquilatar se os discrímens eleitos pelo legislador ou administrador público são necessários, adequados e, por fim, proporcionais.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Cito, mais uma vez, LUÍS ROBERTO BARROSO, na obra já referida neste voto:

“A DOCTRINA – TANTO LUSITANA QUANTO BRASILEIRA – QUE SE ABEBERA NO CONHECIMENTO JURÍDICO PRODUZIDO NA ALEMANHA REPRODUZ E ENDOSSA ESSA TRÍPLICE CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *PROPORCIONALIDADE*, COMO É MAIS COMUMENTE REFERIDO PELOS AUTORES ALEMÃES. ASSIM É QUE DELE SE EXTRAEM OS REQUISITOS (A) DA *ADEQUAÇÃO*, QUE EXIGE QUE AS MEDIDAS ADOTADAS PELO PODER PÚBLICO SE MOSTREM APTAS A ATINGIR OS OBJETIVOS PRETENDIDOS; (B) DA *NECESSIDADE* OU *EXIGIBILIDADE*, QUE IMPÕE A VERIFICAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO PARA ATINGIMENTO DOS FINS VISADOS; (C) DA *PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO*, QUE É A PONDERAÇÃO ENTRE O ÔNUS IMPOSTO E O BENEFÍCIO TRAZIDO, PARA CONSTATAR SE É JUSTIFICÁVEL A INTERFERÊNCIA NA ESFERA DOS DIREITOS DOS CIDADÃOS.”

A meu sentir, a Resolução nº 33/2007, ao eleger a origem escolar do candidato com fator de discriminação para fins de ingresso no ensino superior, não passa pelo crivo do nenhum das três vertentes do princípio da razoabilidade.

Indubitavelmente, a qualidade do ensino ministrado nas escolas públicas, via de regra, é inferior à das escolas particulares, diferença que se materializa, no futuro, no menor número de estudantes aprovados no exame vestibular que estudaram ao longo

de suas vidas em escolas públicas. De fato, lançada esta premissa, não se verifica, por óbvio, um ambiente isonômico entre os vestibulandos.

Trata-se de distorção cuja supressão exige pronta atuação dos Poderes Públicos Federal, Estadual e Municipal, mediante a adoção de políticas públicas adequadas ao estabelecimento de ambiente propício à concorrência igualitária de todos aqueles que almejam uma vaga nas universidades públicas do país.

No entanto, conquanto, no meu entender, afigure-se de todo correta a adoção de políticas públicas tendentes a eliminar tal desigualdade e, desta forma, prestigiar o princípio da isonomia, inserto no art. 206, I, da Constituição Federal, de modo a garantir a todos as mesmas condições na busca por uma vaga na universidade, não me parece que a instituição do sistema de cotas seja a via adequada para alcançar tal desiderato.

Objetivamente, é fundamental atacar a base do problema. Em outras palavras, é preciso que o Poder Público atue com seriedade e a contento de forma a cumprir, integralmente, seu dever constitucional de proporcionar ensino fundamental e médio de qualidade.

Neste ponto, trago à colação, mais uma vez, as ponderações de NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI em artigo já invocado:

“É EVIDENTE QUE SEM A GARANTIA DO OFERECIMENTO UNIVERSAL DO ENSINO PÚBLICO FUNDAMENTAL E MÉDIO, DE QUALIDADE, NÃO HAVERÁ CONDIÇÕES DE IGUALDADE MATERIAL NA DISPUTA DE VAGAS DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS, CUJO ACESSO DEPENDE DO *MÉRITO*, DA *CAPACIDADE* INDIVIDUAL (CF, ART. 208, V).

A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CRITÉRIO DO MÉRITO COMO CONDIÇÃO DE INGRESSO E PERMANÊNCIA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS REVELA, PORTANTO, QUE A EFETIVA EQUIDADE CONSISTE NA SUPERAÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS DA EDUCAÇÃO BÁSICA.

POR ESSA RAZÃO É QUE SE MOSTRAM EQUIVOCADAS AS JUSTIFICATIVAS E AS MEDIDAS PRECONIZADAS NOS PROJETOS DE LEI EM QUESTÃO.

A RESERVA DE VAGAS NÃO RESOLVE O PROBLEMA DESIGUALDADE EDUCACIONAL, CUJAS RAÍZES ENCONTRAM-SE NAS CONDIÇÕES DE ACESSO, QUALIDADE E PERMANÊNCIA NO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO. PELO CONTRÁRIO, ALÉM DE NÃO O SOLUCIONAR, AGRAVA A DESIGUALDADE ASSIM PRODUZIDA DE FORMA PERVERSA. CRIA DUAS CATEGORIAS DE ALUNOS EM TERMOS DE MÉRITO E COMPETÊNCIA ACADÊMICAS: OS DAS COTAS RESERVADAS E OS QUE INGRESSAM SEM RESERVA DE COTAS; O QUE NÃO SÓ DIMINUI A EFICIÊNCIA DA RECONHECIDA QUALIDADE DO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO, UMA VEZ QUE OS PRIMEIROS TENDEM A PERMANECER POR MAIS TEMPO NOS CURSOS DE

GRADUAÇÃO, DADAS AS CONSEQÜÊNCIAS INERENTES À FACILITAÇÃO DO ACESSO, CENTRADAS BASICAMENTE NO DÉFICIT DE APRENDIZAGEM. ESTE MESMO FATOS, CONSIDERADO DO PONTO DE VISTA DO ALUNO INGRESSANTE PELO SISTEMA DE COTAS, PRODUZ EFEITO ANTI-SOCIAL ANTE AS POSSÍVEIS REPETÊNCIAS E DIFICULDADES DE ACOMPANHAMENTO NORMAL DOS CURSOS.

NÃO HÁ OUTRO CAMINHO PARA A REDUÇÃO DE DESIGUALDADES NA ÁREA EDUCACIONAL SENÃO O DA MELHORIA DE ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO, O QUE SUPÕE TANTO O INVESTIMENTO FINANCEIRO COMO A FORMAÇÃO DE PROFESSORES DEVIDAMENTE CAPACITADOS PARA ATUAR NESSES NÍVEIS DE ENSINO (...).”

Em que pesem todos concordarem com a necessidade de amplo investimento público nos níveis fundamental e médio, muitos objetam que o problema da grave exclusão social na sociedade brasileira reclama soluções imediatas e que a medida ora alvitrada somente surtiria efeitos em longo prazo; aduzem, ainda, que o Estado dispõe de recursos limitados, o que dificulta o aporte de créditos orçamentários na educação e, também, que a conformação tipicamente cartorial do Estado brasileiro torna incompatível qualquer perspectiva de mudança por esta via.

Data vênua, as objeções formuladas não se sustentam.

Em verdade, o investimento público no ensino não surtirá efeitos imediatos. No entanto, o mérito da alternativa em comento reside na circunstância de não configurar solução paliativa, posto atacar as raízes do problema. Acrescente-se, ainda, que outras medidas de cunho imediatista, menos gravosas e mais eficientes, podem ser validamente adotadas como, por exemplo, a criação de bolsas de estudo para alunos carentes, em ordem a melhor capacitá-los para a realização do exame vestibular.

De igual sorte, o ato normativo impugnado não sobrevive à análise fundada no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por impor, como contrapartida à instituição do sistema de cotas, encargo demasiadamente excessivo aos estudantes que, por circunstâncias da vida, teve a oportunidade de estudar em uma instituição de ensino particular.

Por fim e para concluir, recomendável pontuar que o exame judicial da Resolução nº 33/2007 da UFES não vulnera o postulado da autonomia didático-científica atribuída às universidades pelo art. 207, *caput*, da Carta Política, a qual se caracteriza, em uma de suas múltiplas vertentes, pela capacidade das entidades de ensino superior de fixar critérios e normas de seleção para acesso às vagas oferecidas aos estudantes.

Impõe-se, *in casu*, interpretar-se em conjunto e sistematicamente a norma do art. 207, *caput*, da CF, que consagra a autonomia didático-científica, com a regra do art. 208, V, a qual, como dito alhures, assegura o acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um.

Por essas razões, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento e JULGO PREJUDICADO o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS. RESOLUÇÃO Nº 33/2007 DA UFES. RESERVA DE 40% DAS VAGAS DOS CURSOS OFERECIDOS PARA ESTUDANTES DE BAIXA RENDA EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESERVA DE PLENÁRIO. DESNECESSIDADE *IN CASU*. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ACESSO QUE DEVE PAUTAR-SE DE ACORDO COM O MÉRITO DE CADA UM. ART. 208, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE META PROGRAMÁTICA INSTITUÍDA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM PROL DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR. DECISÃO QUE NÃO MALFERE A AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA PREVISTA NO ART. 207 DA CR/88. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

- Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo ilustre Juízo da 4ª Vara Federal Cível de Vitória – ES que, em sede de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, proposta por Fabiana Batista Corrêa e Outros em face da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, indeferiu a tutela de urgência postulada para suspender os efeitos do ato de reprovação dos autores no exame vestibular.

- Os agravantes noticiam que não lograram aprovação no exame vestibular em virtude do “sistema de cotas”, instituído pela agravada através da Resolução nº 33/2007, que reservou 40 % (quarenta por cento) do total de vagas relativas a cada um dos cursos oferecidos pela universidade a estudantes egressos de escolas públicas. Argumentam que a reserva de vagas fere o princípio da razoabilidade, viola o direito à educação e vai de encontro ao critério meritório norteador do acesso às universidades.

- Inaplicável *in casu* o art. 97 da Constituição Federal, o qual consagra o postulado da reserva de plenário. Vale lembrar que estamos no âmbito de um agravo de instrumento, no qual se busca a reforma de um *decisum* que indeferiu pedido de tutela de urgência. A decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau, ratificada ou reformada pelo órgão *ad quem*, notabiliza-se pela sua precariedade, na medida em que proferida com base em juízo cognitivo sumário. Definitivamente, não estamos aqui declarando a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, mas, tão-somente, aquilatando se, em juízo preliminar e superficial, é possível a concessão da tutela antecipada em virtude da *probabilidade* dele padecer de vício de inconstitucionalidade.

- Precedente citado.

- O princípio da isonomia, direito fundamental da pessoa humana, vem disciplinado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual prescreve que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”.

- Ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência constitucional de intérprete máximo do texto constitucional, já assentou o entendimento no sentido de que padece de inconstitucionalidade a eleição de fator de

discrímen que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc.

- Precedente citado.

- No caso submetido ao exame deste órgão colegiado, parece-me, em juízo de cognição sumária, típico do exame das tutelas de urgência, que o critério de discriminação escolhido pela Resolução nº 33/2007, que finca suas bases na origem escolar do concorrente, não se harmoniza com o princípio constitucional da isonomia, simplesmente por se tratar de elemento diferenciador fundado em atributo pessoal.

- Além de vulnerar o princípio da isonomia, o ato normativo combatido parece ir de encontro ao princípio do mérito. Neste ponto, o texto constitucional, em seu art. 208, inciso V, é indubitável ao prescrever que *“o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”*. Segundo o princípio em destaque, o acesso ao ensino universitário deve sempre ser regulado de acordo com o critério meritório, em ordem a proporcioná-lo àqueles que detêm melhor formação, segundo os critérios de avaliação eleitos pela universidade, no exercício da autonomia didático-científica que o texto constitucional lhe assegura.

- Vale frisar que o constituinte originário não estabeleceu como meta programática, a ser alcançada pelo Poder Público, a universalização do ensino superior, restringindo-a apenas para os ensinos fundamental e médio (art. 208, incisos I e II). Tal peculiaridade foi realçada por NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI em texto doutrinário intitulado *“A Reserva de Vagas nas Universidades Públicas”*, publicado no BDA – Boletim de Direito Administrativo nº 9 – Ano 2001 – editora NDJ Ltda: *“O ensino superior público, diversamente do que ocorre em relação aos níveis fundamental e médio, não se destina a todos (CF, art. 208, I e II). Em outras palavras, o Estado brasileiro não pretende universalizar o ensino superior público; limitando-se o dever do Estado, neste nível de ensino, à garantia de acesso, segundo a capacidade de cada um (CF, art. 208, V)”*.

- Afora a violação do princípio da isonomia e do princípio do mérito, o critério eleito pela universidade agravada não passa pelo crivo do postulado da proporcionalidade ou da proibição do excesso ou ainda princípio da razoabilidade.

- A constitucionalidade do postulado da razoabilidade deriva do princípio constitucional que consagra o devido processo legal, em seu aspecto substantivo, como já assentado pela doutrina mais autorizada. O princípio da razoabilidade, o qual se subdivide em três vertentes (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), constitui importante mecanismo de controle da legitimidade e da adequação normativa dos atos do Poder Público que configurem intervenção na esfera de direitos das pessoas. Deveras, sua aplicação auxilia o operador do direito a aquilatar se os discrímens eleitos pelo legislador ou administrador público são necessários, adequados e, por fim, proporcionais.

- A Resolução nº 33/2007, ao eleger a origem escolar do candidato com fator de discriminação para fins de ingresso no ensino superior, não passa pelo crivo do nenhum das três vertentes do princípio da razoabilidade.

- É evidente que sem a garantia do oferecimento universal do ensino público fundamental e médio, de qualidade, não haverá condições de igualdade material na disputa de vagas das universidades públicas, cujo acesso depende do *mérito*, da *capacidade* individual (CF, art. 208, V). A reserva de vagas não resolve o problema desigualdade educacional, cujas raízes encontram-se nas condições de acesso, qualidade e permanência no ensino fundamental e médio.

- É de todo recomendável salientar que o exame judicial da Resolução nº 33/2007 da UFES não vulnera o postulado da autonomia didático-científica atribuída às

universidades pelo art. 207, *caput*, da Carta Política, a qual se caracteriza, em uma de suas múltiplas vertentes, pela capacidade das entidades de ensino superior de fixar critérios e normas de seleção para acesso às vagas oferecidas aos estudantes. Impõe-se, *in casu*, interpretar-se em conjunto e sistematicamente a norma do art. 207, *caput*, da CF com a regra do art. 208, V, a qual, como dito alhures, assegura o acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um.

- Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto da Relatora.

Rio de Janeiro, 11/03/2009 (data do julgamento)

Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA
Relatora