

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**ASPECTOS JURÍDICOS POLÊMICOS DO SISTEMA DE COTAS:
O CASO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

LUCILLANA LUA ROOS DE OLIVEIRA

**FLORIANÓPOLIS
2009**

LUCILLANA LUA ROOS DE OLIVEIRA

**ASPECTOS JURÍDICOS POLÊMICOS DO SISTEMA DE COTAS:
O CASO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

**FLORIANÓPOLIS
2009**



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada ASPECTOS JURÍDICOS POLÊMICOS DO SISTEMA DE COTAS: O CASO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, elaborada pela acadêmica LUCILLANA LUA ROOS DE OLIVEIRA e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10/07/2009.

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Procurador Federal Nilto Parma

Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Ao meu amado pai, homem inteligente e carismático, que sempre me incentivou para o estudo do Direito.

À minha carinhosa mãe, que se dedicou integralmente à educação de suas filhas e que, juntamente com meu pai, esforçou-se para nos propiciar uma formação de qualidade, pautada no amor e no respeito.

AGRADECIMENTOS

À minha amada irmã Bethânia, a minha “Pen”, que soube compreender que a distância física jamais atingirá o amor que sinto.

À minha querida tia Nancy, minha madrinha e avó de coração, que desde sempre auxiliou nos meus estudos e na minha formação, especialmente durante a graduação, amparando-me nos momentos difíceis, oferecendo-me um espaço em seu lar e divertindo-me em nossas “farofadas”.

À minha sábia avó Lucilla, que no auge dos seus 82 anos, demonstra em seus ensinamentos que mais importante que a formação técnica do ser humano, é a obtenção do diploma da “universidade da vida”.

Ao saudoso tio Edi, que alegrava a todos e de quem sinto saudades que “vão até o céu e voltam”.

Ao Procurador da República Davy Lincoln Rocha, por me oportunizar o primeiro contato com o tema.

Ao meu orientador, por me auxiliar na delimitação do tema, ser sempre solícito no atendimento às minhas dúvidas e dividir seus conhecimentos.

À minha amiga, Msc. Debora Capella, pela revisão deste texto e pelo apoio nos momentos de insegurança.

À servidora Carla Buchele e ao estagiário Bruno, da Procuradoria Federal junto à UFSC, que me cederam dados essenciais para a elaboração do presente trabalho.

Ao meu chefe, Procurador da República Eduardo Barragan S. da Motta, e meus colegas de gabinete, pelos substanciosos ensinamentos jurídicos e de vida.

Ao meu namorado Gustavo, por entender a minha ausência, incentivar nos momentos de desânimo e proporcionar agradáveis momentos de lazer.

Por fim, à minha prima, Ana Carollina, pelos momentos de descontração e apoio; à minha prima, Dra. Patrícia de Oliveira Faria, pelo incentivo e exemplo; e a todos àqueles que acreditam e torcem pelo meu sucesso.

“Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é ainda vai nos levar além.”

Paulo Leminski

RESUMO

Este estudo monográfico, submetido à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, diz respeito ao sistema de reservas de vagas implantado pela Universidade Federal de Santa Catarina e ao posicionamento do Poder Judiciário frente às inúmeras ações propostas contra este sistema (Programa de Ações Afirmativas). Visando posicionar o tema, discorreu-se sobre o conceito de direito à educação, de ações afirmativas – sua origem e precedentes nos EUA e no Brasil - e sobre a implantação nas primeiras universidades brasileiras. Com o objetivo de analisar a Resolução Normativa nº 008/CUN/2007 (ato administrativo pelo qual o órgão máximo deliberativo da UFSC criou o sistema de cotas), foram trabalhados conceitos relacionados ao direito administrativo, tais como: administração pública indireta, autarquia, ato administrativo e autonomia universitária. Por derradeiro, foram elencados os principais argumentos dos autores das ações; a atuação do Ministério Público Federal; a defesa da UFSC; e, por fim, demonstrados os posicionamentos dos Juízes Federais das três Varas Federais Cíveis que analisaram o tema com relação aos vestibulares dos anos de 2008 e 2009, e dos Desembargadores Federais das duas Turmas que estudaram o sistema de cotas da UFSC em decisões em recursos de apelação. Restou comprovado que não há entendimento unânime no Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando o assunto é a implantação deste tipo de ação afirmativa.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Universidade Federal de Santa Catarina, Resolução Normativa nº 008/CUN/2007, autonomia universitária, diversidade de entendimentos.

LISTA DE SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
CPC – Código de Processo Civil
CUN – Conselho Universitário
EUA – Estados Unidos da América
FATEC – Faculdade de Tecnologia
JFSC – Justiça Federal de Santa Catarina
LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
MPF – Ministério Público Federal
MS – Mandado de segurança
PAA – Programa de Ações Afirmativas
PAAIS – Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social
PFDC – Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão
PROUNI – Projeto Universidade para Todos
PLC – Projeto de Lei da Câmara
PLS – Projeto de Lei do Senado
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SINEPE – Sindicato das Escolas Particulares do Estado de Santa Catarina
TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina
UFF – Universidade Federal Fluminense
UFPE – Universidade Federal de Pernambuco
UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
UNB – Universidade de Brasília
UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas
USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 AÇÕES AFIRMATIVAS	4
2.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO	4
2.2. CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS	7
2.2.1. Princípio da Igualdade	13
2.3. A ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	15
2.4. AS COTAS NO BRASIL	19
3 AS COTAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA	28
3.1. ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
3.2. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	33
3.2.1. Autarquias	35
3.2.2. Autonomia universitária	39
3.3. ATO ADMINISTRATIVO	42
3.3.1. Conceito	42
3.3.2. Elementos	43
3.3.3. Atributos	46
3.3.4. Revogação e anulação	47
3.3.5. Ato administrativo da espécie resolução	49
3.3.6. Vinculação e discricionariedade	50
3.4. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 008/CUN/2007	52
4 A DISCUSSÃO NO PODER JUDICIÁRIO	53
4.1. DAS FUNDAMENTAÇÕES APRESENTADAS	58
4.1.1. Autores	59
4.1.2. A defesa da UFSC	61
4.1.3. A atuação do Ministério Público Federal	62
4.2. AS DECISÕES	66
4.2.1. Primeira Instância – Justiça Federal de Santa Catarina (JFSC)	66
4.2.2. Tribunal Regional Federal da 4ª Região	73
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	89
ANEXO A – Resolução Normativa nº 008/CUN/2007	99
ANEXO B – Projeto de Lei da Câmara nº 180/2008	104

1 INTRODUÇÃO

A educação, consagrada em nossa Carta Magna como direito fundamental, considerada serviço público essencial, deve ser entendida não apenas como o simples aprendizado da leitura, da escrita e do cálculo, mas como o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, como preparo ao exercício da cidadania. Previsto no capítulo III da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o direito à educação é alvo, constantemente, de questionamentos e críticas, vez que no cenário nacional observa-se a intensa deteriorização do ensino público.

Quando o assunto é o acesso ao ensino superior e a reserva de vagas nas instituições públicas de ensino, a discussão é ainda mais calorosa, pois envolve, além de convicções pessoais, o questionamento de diversos direitos e princípios consagrados.

A implantação de sistemas de cotas nas instituições de ensino superior tem gerado inúmeras discussões no país, desde que a primeira universidade brasileira aderiu a este modelo de ação afirmativa. A polêmica não foi menor quando houve a aprovação, pelo Conselho Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina, da Resolução Normativa nº 008/CUN/2007, que instituiu o Programa de Ações Afirmativas.

Além dos debates nos bancos acadêmicos, nos diversos setores da sociedade e na mídia, a controvérsia foi levada à apreciação do Poder Judiciário. Nos diferentes estados onde houve a implantação do sistema de cotas, tramitam ações que buscam a declaração da inconstitucionalidade desse meio de ação afirmativa. Desde que foi estabelecido, o sistema de cotas da UFSC é objeto de diversos feitos judiciais.

Muito já se discutiu sobre as cotas: sua constitucionalidade, sua importância histórica, sua legitimidade ou não. Busca-se neste trabalho uma nova forma de tratamento do tema: por meio de estudo de casos, pretende-se relatar o atual entendimento existente no Poder Judiciário, de forma neutra, sem a adoção de posicionamento favorável ou contrário à implantação do sistema de cotas na UFSC.

Busca-se, assim, a resposta para a seguinte pergunta: a jurisprudência do Tribunal Regional da 4ª Região demonstra-se favorável à implantação do sistema de reserva de vagas na UFSC?

Partindo-se de tal questão, o objetivo principal deste trabalho de conclusão de curso é demonstrar se há ou não unanimidade no Tribunal Regional da 4ª Região, quando o assunto é a instituição do Programa de Ações Afirmativas criado pela UFSC.

Buscando demonstrar tal afirmativa, necessário se faz que sejam estabelecidos objetivos específicos, quais sejam: a) conceituação das ações afirmativas; b) histórico das cotas no Brasil; c) estudo da Resolução Normativa nº 008/CUN/2007 à luz dos ensinamentos do direito administrativo; d) apreciação da atuação do Ministério Público nas ações propostas contra as cotas; e) elenco dos principais fundamentos levados à apreciação do Poder Judiciário; e f) demonstração do posicionamento dos Juízes Federais da Seção Judiciária de Santa Catarina e dos Desembargadores Federais do Tribunal Regional da 4ª Região.

Para tanto, dividiu-se o estudo em três capítulos. Partindo da conceituação do direito à educação, o primeiro capítulo apresenta o conceito de ações afirmativas, sua história no Brasil, a implantação do sistema de cotas pelas universidades brasileiras e a discussão no poder legislativo.

O segundo capítulo dedica-se ao estudo da Resolução Normativa nº 008/CUN/2007, desde os precedentes de sua origem, passando-se pelo estudo de conceitos de direito administrativo que se relacionam a ela, findando com uma análise à luz dos conceitos expostos.

Por derradeiro, o terceiro capítulo versa sobre a discussão levada à apreciação do Poder Judiciário. Demonstrou-se o posicionamento dos autores, do Ministério Público Federal, bem como exemplificou-se o entendimento da Procuradoria Federal em Santa Catarina, em defesa da UFSC.

A fim de observar o entendimento dos Juízes Federais de primeira instância, após a observância de várias decisões (liminares e sentenças) dos anos de 2008 e 2009, foi escolhida uma de cada magistrado para exemplificar seu posicionamento, sendo destacados os principais argumentos levantados.

Procedimento semelhante foi utilizado ao estudar as opiniões dos Desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Cabe ressaltar que

foram observados votos formulados em recursos de apelação julgados em ações contra o vestibular de 2008, uma vez que, durante o período de pesquisa, não houve o julgamento desse tipo de recurso interposto contra sentenças em ações acerca do vestibular 2009.

O método de abordagem utilizado neste trabalho monográfico foi o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, trabalhos científicos e documentos. Especificamente para o estudo de casos contido no terceiro capítulo, foi realizada pesquisa jurisprudencial.

Diretamente ligado à atualidade, o presente trabalho monográfico pretende contribuir efetivamente para a compreensão da discussão que vigora no Poder Judiciário, demonstrando, desta feita, a imprescindibilidade de uniformização do posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte máxima de Justiça desse país. Além disso, exatamente por ser um assunto bastante ligado aos dias atuais, optou-se por uma linguagem acessível não somente aos juristas, mas também a cidadãos leigos.

Por fim, importante ressaltar que, como o presente trabalho trata de tema ainda em discussão, não se pode olvidar que, num futuro próximo, os entendimentos sejam modificados, pois, por exemplo, os julgadores podem ser substituídos e o posicionamento das partes envolvidas, alterado.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO

Imperioso se faz que seja posicionado o assunto de que se tratará neste trabalho. Por isso a necessidade de apresentar comentários a respeito do direito à educação no Brasil, bem como a respeito do direito ao seu acesso por meio de exame vestibular.

Segundo os ensinamentos de José Celso de Mello Filho, o conceito de educação:

é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático. (1986, p. 533)

O direito à educação teve diferentes enfoques durante a história das constituições brasileiras, sempre dentro do modelo político adotado em cada época. Desde a primeira Constituição, em 1824, quando existia o entendimento de que a educação deveria ficar a cargo da família e da Igreja Católica; passando pela de 1937, elaborada sob um regime fascista, que elaborou diretrizes que deveriam obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude e pela de 1967, que foi antecedida de diversos atos jurídicos anti-democráticos iniciados com o Golpe de Estado de 1964 (MALISKA, 2001, p. 21/37).

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a chamada “Constituição Cidadã”¹, que, em seu art. 6º, explicita: “São direitos sociais a **educação**, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo acrescido). O capítulo III trata da educação, da cultura e do desporto e em sua primeira seção especifica normas sobre a educação nacional (arts. 205 a 214). Destaca-se o art. 205: “A educação, direito de todos e

1 Assim denominada pelo Presidente da Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães.

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.”

Segundo José Afonso da Silva, ao se combinar os artigos 6º e 205, eleva-se a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Conforme este autor:

A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale dizer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente. (2001, p. 316)

Em análise dos dizeres do art. 205 da CF/88, Marcos Augusto Maliska, afirma que a educação como direito de todos não deve ser entendida como o direito ao aprendizado da leitura, da escrita e do cálculo, e, citando Jean Piaget, afirma que ela deve garantir a todos “o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e aquisições dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual” (2001, p. 157). A sociedade deve ser entendida como o lugar das oportunidades e o dever da família, como o direito dos pais de escolherem o gênero de educação a dar aos seus filhos e como o dever de assegurar a educação a eles.

O direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, consiste, segundo Piaget (*apud* Maliska), “em formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos”. (2001, p. 160).

Como preparo para o exercício da cidadania, esta deve ser entendida como a base da democracia, não somente em seu aspecto formal e abstrato, “mas como um conjunto de fatores que possibilita o controle do poder pela participação ativa dos envolvidos”. A qualificação para o trabalho pode ser compreendida como indispensável ao preparo profissional, uma vez que este está sob a responsabilidade da família e do Estado (MALISKA, 2001, p. 161).

O artigo 22, XXIV da CF/88 prevê que é competência da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Assim, em 20 de dezembro de 1996, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a

Lei nº 9.394, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, a chamada LDB. Esta Lei estrutura os sistemas federal, estadual e municipal de ensino, traça as competências destas esferas, bem como dos estabelecimentos de ensino e dos docentes.

Existe na doutrina, com reflexo já em decisões de tribunais superiores, o entendimento da educação como serviço público obrigatório, mesmo que sem exclusividade, uma vez que pode ser exercido também pela iniciativa privada. Isto quer dizer que além das diretrizes específicas, a educação está sob a égide das normas que tratam dos serviços públicos.

Em voto-vista no Recurso em Mandado de Segurança nº 17.166/BA, em 22.08.2006, o Ministro do STJ, Teori Albino Zavascki posicionou-se da seguinte forma a respeito deste tema:

A educação, portanto, é um serviço público. Conforme observou José Afonso da Silva, "a verdade é que, se a Constituição estabeleceu que 'a educação é dever do Estado' significa que a elevou à condição de serviço público, a ser prestado pelo Poder Público indiscriminadamente e, portanto, gratuitamente aos usuários, ficando seu custeio por conta das arrecadações gerais do Estado" (*Comentário Contextual à Constituição*, 2ª ed., Malheiros, 2006, p. 792). Inobstante, a exemplo do que ocorre com os serviços de saúde (CF, art. 199), também o ensino é "*livre à iniciativa privada*" (art. 209). Por isso mesmo, é espécie de serviço público qualificado doutrinariamente como "de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., Malheiros, p. 649). (grifos acrescentados)

No entender de José Afonso da Silva, as normas constitucionais que tratam da educação têm o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público² essencial, que, ao Poder Público, impende possibilitar a todos (2001, p. 316).

Na classificação da LDB, a educação superior se enquadra no sistema federal de ensino, que abrange as instituições educacionais mantidas pela União e pelos estabelecimentos de educação superior particulares (art. 16). O acesso

2 De Plácido e Silva traz o seguinte conceito de serviço público: "Em sentido amplo, serviço público entende-se todo aquele que é instituído, mantido e executado pelo Estado, através de suas instituições e de seus órgãos, com o objetivo de atender os seus próprios interesses e de satisfazer as necessidades coletivas" (2007, p. 1290). Di Pietro aduz que é "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público" (2007, p. 90).

ao ensino superior está enfatizado no art. 208, V da CF/88 e no art. 44, II da LDB³.

Da análise desses dispositivos legais extrai-se que o acesso ao ensino superior se faz pela análise do mérito/capacidade de cada estudante que conclua o ensino médio; o que, na grande maioria das instituições de ensino superior, se aplica por meio de exame vestibular. O vestibular é a principal forma de ingresso na universidade, pois é por ele que o conhecimento do candidato é aferido e a legitimidade de assento em um banco universitário é garantida (MALISKA, 2001, p. 233).

Danilo dos Santos Almeida (2007, p. 49) observa que as universidades apesar de terem sua autonomia garantida constitucionalmente (art. 207, CF/88), encontram um importante limite no inciso V do art. 208, uma vez que o acesso ao ensino superior deverá se dar “segundo a capacidade de cada um”. Segundo ele,

Não está claro o que se quer dizer com o termo capacidade. Afinal não será qualquer capacidade pessoal levada em consideração no exame de admissão. Certamente, **a capacidade referida é aquela que está de acordo com as atividades-fins da instituição**. É este raciocínio que justifica os exames vestibulares como parâmetro único no Brasil. Fazem-se questões de cunho meramente cognitivo, avaliando somente a capacidade intelectual e o grau de conhecimento do candidato. (grifos acrescidos)

Um dos pontos em que se pautam as maiores discussões sobre a implantação de ações afirmativas nas universidades públicas refere-se especialmente à autonomia universitária, que será tratada no segundo capítulo deste trabalho.

2.2. CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

As cotas, ou reserva de vagas, em instituições de ensino superior para estudantes afrodescendentes, oriundos do ensino público e índios, incluem-se no conceito de ações afirmativas.

3 Art. 208, V CF/88: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. Art. 44, II da LDB: “A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: (...) de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo”.

Ação afirmativa, também chamada de discriminação positiva e ação positiva, são políticas públicas⁴ (ou privadas), normalmente temporárias⁵, que visam à diminuição da discriminação negativa contra grupos tradicionalmente excluídos da sociedade por motivos como raça, gênero, idade, origem nacional e compleição física. Segundo Sell,

Ação Afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade. Inspira-se no princípio de que a negação social de oportunidades a esses grupos é um mal que deve ser combatido, enfaticamente, com políticas específicas. (2002, p. 15)

Assim, as ações afirmativas se destinam a igualar efetivamente os grupos tradicionalmente excluídos (conhecidos como minorias⁶), tais como mulheres, deficientes físicos, idosos e negros. Objetivam, portanto, promover a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo; a igualdade de oportunidades; a transformação cultural, pedagógica e psicológica do ideário da sociedade; a eliminação dos “efeitos persistentes” da discriminação do passado, bem como o aumento da representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada (GOMES, 2001, p. 136).

Ainda segundo Gomes, ao servirem de exemplo vivo de mobilidade social ascendente,

[...] as ações afirmativas atuam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos. (2001, p. 137).

4 Segundo Thiago Lima Breus, deve-se entender as políticas públicas da seguinte forma: “principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, [...] um veículo privilegiado de realização desses direitos, tendo em vista serem eles o fim do Estado Constitucional.” (2007, p. 204).

5 Para Madruga, tais medidas não possuem exclusivamente caráter temporário, dependendo do grupamento a ser beneficiado poderão ou não ser implementadas de forma permanente.

6 De acordo com Menezes, as desigualdades sociais combatidas por meio das ações afirmativas não estão obrigatoriamente relacionadas à situação numericamente desvantajosa do grupo favorecido; este grupo não deve se encontrar em posição dominante, devendo ser reconhecida contra ele algum tipo de desvantagem ou discriminação (2001, p. 34).

Dentre os objetivos expostos acima, Sydney Pessoa Madruga considera como principal a garantia da igualdade de oportunidades entre determinados grupos ou indivíduos excluídos socialmente, tendo em vista que “essa igualdade de chances, na forma de inclusão social, viria a propiciar o combate às distorções econômicas e sociais verificadas ao longo do tempo e relacionadas, por exemplo, ao direito à educação, ao emprego, ao salário.” (2005, p. 72).

As políticas de ação afirmativa, no plano concreto, podem ser voltadas para as áreas de educação, moradia, contratos públicos e dispêndio de recursos públicos, sendo implementadas por meio de leis ou regulamentos, políticas voluntárias (por empresas e organizações privadas) e decisões judiciais (geralmente pelo sistema da *Common Law*) (MENEZES, 2003, p. 41).

Essas medidas podem ser implementadas de variadas formas, valendo-se de mecanismos como a fixação de cotas ou metas, a concessão de preferências ou, ainda, de outros meios menos incisivos, usualmente denominados ‘formas suaves’ (*soft forms*), que incluem práticas como o recrutamento direcionado, o treinamento e a assistência educacional promovidos por parte dos empregadores. (MENEZES, 2003, p. 40)

Quanto à natureza das ações afirmativas, existem duas correntes: uma com caráter reparatório (compensatório) e a outra com caráter distributivo. A primeira pauta-se pela necessidade de ressarcimento pelos prejuízos causados no passado a determinados grupos sociais, enquanto a segunda caracteriza-se pela distribuição de direitos e vantagens às chamadas minorias. Segundo Madruga,

[...] para os adeptos da primeira corrente, a discriminação positiva surge em forma de justiça compensatória. Procura-se, portanto, compensar, reparar aqueles que foram submetidos a alguma forma de discriminação. Os grupos minoritários, até então oprimidos, passariam a ser compensados por algum tipo de resignação antes sofrida. (2005, p. 92)

Fortes são as críticas com relação à teoria compensatória, destacando-se a dificuldade de se identificar as vítimas e a quem atribuir a reparação reivindicada (Estado, toda a sociedade ou particular?); e também a dificuldade ao individualizar os verdadeiros participantes desta relação de exclusão sem penalizar ou beneficiar terceiros (MADRUGA, 2005, p. 94).

Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, afirma que é difícil responsabilizar no presente, por exemplo, os brancos descendentes de pessoas que tiveram escravos, pois isso consistiria em culpar pessoas inocentes por atos que não tiveram nenhuma responsabilidade. (2007, p. 225).

Alguns críticos consideram que esse argumento é uma espécie de Lei de Talião piorada: mesmo que um branco tenha sido tão maltratado quanto os escravos pela sociedade no passado, ele é chamado a responder pela dívida social contraída por sua 'raça' (SELL, 2002, p.19).

Para a corrente adepta à teoria distributiva, para que sejam exterminados, ou ao menos diminuídos os efeitos da discriminação negativa,⁷ existe a necessidade dos órgãos estatais assegurarem, de forma equânime, o acesso à educação, ao emprego e a outros direitos dos cidadãos. (MADRUGA, 2005, p. 96).

A teoria distributiva diz respeito a promoção de oportunidade por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária. Nesse sentido, o Estado passaria a redistribuir os benefícios aos cidadãos [...] (KAUFMANN, 2007, p. 226).

Para Madrugá, existe a possibilidade das duas correntes serem utilizadas concomitantemente:

[...] mesmo que as argumentações compensatórias e distributivas despertem fervorosos debates, com ambas as facetas dividindo juristas e doutrinadores, não há óbices para que ambas as correntes possam ser conjugadas e, diante de suas especificidades, completadas por uma e por outra. Isso porque, ao se propor o incremento de políticas de discriminação positiva, respeitados os princípios do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, não se deixa de levar em conta as injustiças cometidas no passado, as quais se refletem nos dias atuais na forma de desvantagens socioeconômicas e, tampouco, deixa-se de considerar que é preciso uma distribuição mais equânime de oportunidades entre aqueles marginalizados socialmente. (2005, p. 97)

Existe, ainda, uma terceira corrente, que rejeita as outras duas e fixa posição favorável, pela qual as ações afirmativas legitimam-se com base nos

7 A discriminação negativa, ao contrário da positiva, é aquela que objetiva menosprezar atribuindo e qualificando negativamente, de forma diferenciada, um grupo social ou conjunto de pessoas que possuem características em comum.

princípios do pluralismo jurídico e da dignidade humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito. (MADRUGA, 2005, p. 97)

Dentre as várias espécies de ações positivas, podem ser destacadas as que almejam acabar com as discriminações negativas com relação ao gênero, aos portadores de deficiência e às relações raciais. Destas três, as duas primeiras já estão implementadas no Brasil e a terceira, apesar de ter precedente, tem gerado inúmeras discussões.

A discriminação de gênero é fruto de uma longa tradição paternalista, que é conhecida por todos os brasileiros, tendo sido materializada inclusive em leis. Com a promulgação da Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso I, prevê a igualdade entre homens e mulheres, houve uma maior abertura para que as mulheres pudessem buscar mecanismos para a igualdade de condições. Os primeiros grandes e efetivos passos foram dados com a promulgação das Leis 9.100/95 e 9.504/97, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes,

As leis 9.100/95 e 9.504/97 tiveram a virtude de lançar o debate em torno das ações afirmativas e, sobretudo, de tornar evidente a necessidade premente de se implementar de maneira efetiva a isonomia em matéria de gênero em nosso país. As cotas de candidaturas femininas constituem apenas o primeiro passo nesse sentido. Se é certo que é preciso tempo para se fazer avaliações mais seguras acerca da sua eficácia como medida de transformação social, não há dúvida de que já anunciam alguns resultados alvissareiros, como o incremento significativo, em termos globais, da participação feminina nas instâncias de poder. (2001, p. 142).

Além do artigo 5º, I da CF/88, existem outros dispositivos que trazem expressas discriminações entre os homens e as mulheres, caracterizando a distinção de tratamento prevista no conceito das ações afirmativas. No âmbito trabalhista, por exemplo, o inciso XXX do artigo 7º, veda a concessão de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, mas os incisos XVIII, XIX e ADCT, art. 10, §1º,⁸ contemplam tratamento diferenciado às

8 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

mulheres, ao fixar em 120 dias a duração da licença maternidade⁹, e limite em 05 dias a licença paternidade.

As ações positivas que almejam minimizar a discriminação negativa existente contra os deficientes físicos também foram contempladas pela Carta Magna vigente. Visando atender as necessidades especiais que as diferentes deficiências exigem, a fim de atender alguns ditames constitucionais (art. 7º, XXXI; art. 37, VIII; art. 203, IV, V e art. 227, II), foram editadas algumas normas infra-constitucionais que reconhecem a situação de desigualdade dos deficientes e buscam diminuí-la.

Dentre elas, destacam-se: Lei nº 7.835/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências; Lei nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreira e obstáculos; e Lei nº 10.845/2004, que institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência.

Sobre a origem e o encaminhamento no Brasil da terceira espécie de ação afirmativa (cotas), tratar-se-á, em tópico específico.

Paulo Lucena de Menezes observa que

[...] os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no espaço temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção de distorções sociais” (2001, p. 29)

O conceito de ação afirmativa está intimamente ligado ao princípio da igualdade. Sobre este princípio, tão caro ao Estado de Direito, e sua relação com o tema aqui proposto tratará o subitem que se segue.

ADCT – art. 10, §1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no Art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

9 A Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, criou o Programa Empresa Cidadã, que mediante incentivos fiscais, visa que as empresas concedam mais 60 dias de licença maternidade.

2.2.1 Princípio da Igualdade

Cabe elucidar o princípio da igualdade e suas duas concepções – formal e material – neste trabalho, tendo em vista que os objetivos das ações afirmativas, em especial a restauração do equilíbrio entre grupos historicamente excluídos e o resto da sociedade, estão intimamente ligados ao conceito de políticas afirmativas.

Os estudiosos sobre o tema dividem opiniões a respeito das primeiras formas de positivação deste princípio. Segundo Sydney Madrugá (2005, p. 29/31), não se nega importância às primeiras declarações de Direitos e ao próprio surgimento do Constitucionalismo europeu e norte-americano (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e da França de 1791). Entretanto, a concepção do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais tem origens ligadas ao

pensamento cristão, como fonte remota; a doutrina do direito natural dos Séculos XVII e XVIII; o pensamento iluminista; e, posteriormente, o manifesto comunista e as doutrinas marxistas; a doutrina da Igreja, a partir do Papa Leão XIII e o intervencionismo estatal. (MADRUGA, 2005, p. 30/31).

Destaca-se a importância da diferenciação dos conceitos de igualdade formal e material.

A primeira maneira de utilização da concepção de igualdade como princípio foi a formal. A formal é a igualdade perante a lei, tendo seu conceito estreitamente ligado aos moldes do Estado Liberal Burguês. Este modelo estatal primava pela liberdade, com supremacia dos direitos civis e políticos, em confronto com a ausência de qualquer direito social, econômico e cultural.

Nesse sentido, a igualdade é estendida aos cidadãos de maneira uniforme e abstrata, prevalecendo a supremacia do individualismo característico do liberalismo. Por meio da igualdade formal, o Estado ficou proibido de elaborar leis que distinguissem os cidadãos; buscava extinguir os privilégios das classes sociais mais prestigiadas; porém, isto sempre sem atentar-se à eficácia prática de tal princípio.

A Constituição Federal de 1988 no primeiro artigo do título que trata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, caput), traz o princípio da igualdade em

sentido formal, com os seguintes dizeres: “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 [...]”. Em interpretação a este dispositivo, Chimenti et al, destacam que:

O princípio da isonomia deve ser considerado sob duplo aspecto: o da igualdade na lei e o da igualdade perante a lei. Igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador, que, na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação. [...] A igualdade perante a lei pressupõe que esta já esteja elaborada e se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação. (2005, p. 59)

Segundo José Afonso da Silva,

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, [...] especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limita ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade perante homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação. (2000, p. 217/218)

A visão da igualdade formal, por se demonstrar ineficaz em seu sentido prático, insuficiente para tornar as mesmas oportunidades acessíveis a todos, foi perdendo espaço para a idéia da igualdade material.

Produto do Estado Social de Direito, com esta interpretação do princípio da igualdade, o Estado abandona a postura omissa diante das desigualdades, busca a igualdade não somente por meio da lei, mas também por intermédio das políticas públicas; passa a atuar na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais e da proteção e defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas.

Na lição de Joaquim B. Barbosa Gomes,

[...] Cuida-se, nos dias atuais, de se consolidar a noção da igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à

abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. (2001, p. 131)

Da visão individualista e estreita do princípio da igualdade no Estado Liberal, passou-se então à valorização do indivíduo e suas características específicas (de etnia, cor, gênero, idade, etc).

Nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais (GOMES, 2001, p. 132).

Foi a partir dessa nova concepção do indivíduo, que se deu ênfase nos ordenamentos constitucionais e no plano do Direito Internacional à aplicação de políticas públicas que buscassem a integração de grupos historicamente excluídos e fragilizados em decorrência de características próprias.

2.3 A ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Muito embora se tenha em mente os Estados Unidos da América (EUA) quando se trata sobre as ações afirmativas, esta forma de política pública existe também em países como Índia, Malásia, Canadá e África do Sul. No presente estudo será analisado o caso dos EUA, tendo em vista que foi o país que deu maior expressão prática deste instrumento de redução de desigualdades sociais.

Em meados da década de 50 do século passado, descontentes com o forte racismo existente nos EUA, os negros começaram a organizar diversos movimentos que buscavam a ampliação de seus direitos e a valorização dos direitos humanos. Neste contexto foi que surgiram líderes como Martin Luther King.

De vital importância para a implantação das políticas afirmativas nos EUA foi o papel do Presidente Kennedy, que desde a época em que foi candidato à presidência assumiu compromissos frente às minorias que sofriam com o

descaso e a exclusão. Ao assumir a presidência em janeiro de 1961, enfrentou muita resistência ao tentar implementar seus projetos legislativos para a criação de programas sociais. Segundo Menezes,

Não obstante a hostilidade que as suas idéias suscitavam no Congresso, deve-se ressaltar que o Presidente Kennedy empenhou-se pessoalmente em articular a aprovação de vários projetos de leis que envolviam temas de grande repercussão social, durante o curto período em que exerceu seu mandato.(2001, p. 89)

Como um dos primeiros atos de governo editou a *Executive Order* nº 10.925, que criou um órgão para reprimir a discriminação no mercado de trabalho. Foi neste texto que pela primeira vez foi utilizada a expressão “*affirmative action*”¹⁰.

Após o assassinato de Kennedy, o vice presidente Lyndon B. Johnson assumiu o cargo, em novembro de 1963, e procurou dar continuidade aos projetos legislativos. Destaca-se o *Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964, que impôs e previu medidas não discriminatórias que deveriam ser obedecidas por grandes empregadores e universidades públicas e privadas. Não alcançando o êxito desejado com este instrumento, em 24 de setembro de 1965, editou a *Executive Order* nº 11.246 que estabelecia que os contratantes com o governo federal implantassem medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, visando corrigir as iniquidades decorrentes de discriminações presentes e passadas (MENEZES, 2001, p. 91).

Apesar de os resultados alcançados não terem sido plenamente satisfatórios, a *Executive Order* n. 11.246 reveste-se de um grande significado histórico, pois é a partir de seu surgimento que os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, o que viria a sedimentar o conceito que se tornou conhecido por ação afirmativa. (MENEZES, 2001, p. 92)

10 “De acordo com essa *Executive Order*, nos contratos celebrados com o governo federal, ‘o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.’” (MENEZES, 2001, p. 88)

Processos significativos somente ocorreram durante o governo de Richard Nixon, que elaborou um projeto para tornar efetivas (por meio de coação e metas numéricas) as previsões contidas no Título VII do *Civil Right Act* de 1964, o *Philadelphia Plan* (introduzido no ordenamento jurídico em dezembro de 1971). “Os anos seguintes são marcados pela proliferação de textos legais visando atacar a discriminação e o preconceito, em todas as áreas, embora note-se um cuidado particular no tratamento alusivo às relações de trabalho” (MENEZES, 2001, p. 93).

A implantação das políticas afirmativas repercutiu diretamente na Suprema Corte Americana¹¹, que desempenhou papel importantíssimo na caracterização destas.

O caso mais emblemático entre os casos julgados pela Suprema Corte, relacionado às ações afirmativas na área de educação, foi o caso *Regents of The University of Califórnia v. Bakke*, em 1978 – pela primeira vez foi analisado o mérito da questão das políticas afirmativas educacionais, depois de quatro anos de o primeiro processo ter alcançado a mais alta corte norte-americana¹².

O caso Bakke tornou-se célebre por demonstrar explicitamente o conflito de interesses opostos referentes à adoção de cotas para negros. De um lado estavam os interesses de um cidadão que se viu privado de uma vaga universitária em detrimento de uma política implementada pela Universidade que ele almejava. Argumentava que seu processo de seleção deveria seguir unicamente o critério de mérito, pois ele jamais poderia ser selecionado ou eliminado apenas por sua raça, que caracterizava violação de seu direito individual de não sofrer desvantagem por causa de sua ‘raça’. No lado oposto encontram-se os interesses da comunidade negra, do direito coletivo de ter as mesmas oportunidades de ascensão social que o resto da população” (AUED, 2005, p. 56).

11 “No caso particular dos Estados Unidos, como as características intrínsecas da Common Law permitem uma interpretação construtiva das normas constitucionais, com maior intensidade do que se verifica nos demais ordenamentos jurídicos, é incontestável que a Suprema Corte teve uma influência fundamental na formatação do perfil dessas políticas ao definir, ela própria, diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade” (MENEZES, 2001, p. 33).

12 O primeiro caso foi proposto por Marco DeFunis contra um programa de admissão preferencial instituído pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington. “[...] a Suprema Corte entendeu não julgar o mérito da questão por falta de objeto, pois um Tribunal de primeira instância já havia decidido de forma favorável ao requerente, ao mesmo tempo em que a Faculdade de Direito da Universidade de Washington autorizava DeFunis a formar-se naquela instituição, independentemente da decisão final do Judiciário” (MADRUGA, 2005, p. 105)

O caso foi apreciado de formas diferentes por todos os nove Ministros, merecendo destaque o posicionamento do Ministro relator Lewis Powell¹³ (que foi seguido pela maioria dos juízes). Ele reconheceu o desrespeito ao Título VI do *Civil Right Act*, anulando a decisão da Universidade da Califórnia; e alegou que a cláusula de igual proteção (*Equal Protection Clause*¹⁴) da Constituição proibia a reserva de vagas, “[...] a não ser que demonstrasse, explicitamente, a importância desses objetivos e a efetiva ocorrência de discriminação, não tendo, quanto a esse ônus de prova, assim procedido aquela Universidade” (MADRUGA, 2005, p. 107). O processo foi julgado, enfim, em favor de Bakke.

Até 1990, foram julgados mais de dez processos importantes que versavam sobre ações afirmativas. Recentemente receberam destaque pela mídia os casos *Gratz and Hamacher v. Bollinger*, *Grutter v. Bollinger* e *Parents v. Seattle*. Os dois primeiros foram votados em conjunto em junho de 2003; entretanto, tiveram decisões diferentes.

Por seis votos a três, a Suprema Corte julgou inconstitucional o programa de admissão da Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan, questionada no caso *Gratz and Hamacher v. Bollinger*. A maioria seguiu o voto do relator, William H. Rehnquist, com o seguinte entendimento:

Rehnquist não se opôs à diversidade racial perseguida pelo Governo, o que tinha sido contestado pelos requerentes, mas entendeu que o programa de Michigan seria inapropriado, ao considerar, sem maiores critérios, uma distribuição automática às minorias de 1/5 dos pontos necessários para a admissão, unicamente em função da raça. [...] Assim, a distribuição automática destes pontos não considera as experiências e características individuais do estudante, de forma a avaliar sua ‘contribuição potencial e individual à diversidade’, como decidido em Bakke. (MADRUGA, 2005, p. 110)

Já, no caso *Grutter v. Bollinger*, que concentrou ainda maior atenção da sociedade norte-americana, a Suprema Corte voltou a se posicionar favoravelmente aos programas de ações afirmativas, contrariando as

13 O posicionamento de Powell teve tão grande repercussão que as universidades públicas e privadas modelaram seus próprios padrões de admissões com base nele - que sustenta que a diversidade do corpo estudantil é um interesse compelido ao Estado no contexto de admissões da universidade (trecho extraído da ementa do caso *Grutter*, em Madruga, 2005, p. 114).

14 “[...]A Constituição norte-americana, ao contrário do que se verifica em outros casos, não contempla uma norma expressa que autorize a adoção de políticas de ação afirmativa, prevendo apenas uma cláusula genérica, constante da 14ª EC (*Equal Protection Clause*), segundo a qual ‘no states shall make or enforce any law which shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws’” (MENEZES, 2003, p. 43).

expectativas do Governo Bush (MADRUGA, 2005, p. 111). Apesar de reafirmar a possibilidade de admissão deste tipo de política afirmativa, como em Bakke, também estabeleceu limites ao seu uso.

Com relação ao caso *Parents v. Seattle*, Danilo dos Santos Almeida afirma que:

O medo de que o precedente de *Grutter v. Bollinger* fosse revisto em *Parents v. Seattle* não se confirmou e a repercussão que este caso teve foi mais pela forma como foi decidido – os programas avaliados foram julgados inconstitucionais por apenas um voto de vantagem, com uma série de opiniões divergentes – pela discussão do mérito da causa. A verdadeira importância teórica e prática desta decisão ainda está para ser estabelecida (2007, p. 29)

Verifica-se, pois, que existem posicionamentos diferentes e contrários na Suprema Corte norte-americana frente às ações afirmativas, uma vez que na maioria dos casos julgados não se chegou à unanimidade de votos. Pode-se afirmar, entretanto, como em alguns casos demonstrados, que estas podem ser aceitas, desde que sigam um padrão criterioso de acordo com as expectativas do governo e da sociedade (que giram em torno do interesse pela diversidade do corpo estudantil).

2.4 AS COTAS NO BRASIL

Ao contrário do que hodiernamente se possa imaginar, a espécie de ação afirmativa denominada *cotas* não teve origem no Brasil com a implantação da reserva de vagas para determinados grupos nas universidades brasileiras. Elas têm precedentes desde a chamada “Lei dos 2/3” ou “Lei da Nacionalização do Trabalho”, que vigorou a partir de dezembro de 1930 (Decreto nº 19.482 – regulamentado pelo Decreto nº 20.291/1931), e garantia a presença de um mínimo de dois terços de brasileiros natos, entre todos os indivíduos, em empresas, associações, companhias e firmas comerciais que explorassem ou contratassem quaisquer fornecimentos de serviços e obras do Governo Federal ou dos Governos estaduais e municipais.

Em 1968, a Lei nº 5.465 (“Lei do Boi”) criou uma reserva de vagas nos cursos de ensino médio agrícola e superiores de veterinária e agronomia para candidatos e agricultores ou filhos destes (MADRUGA, 2005). Após a

Constituição de 1988, foram elaboradas leis que visavam ampliar espaços às mulheres e aos deficientes físicos, por exemplo (conforme disposto no item 1.2).

De acordo com Madruga, a aceitação para as cotas raciais é diferente:

[...] quando o assunto é direcionado para as cotas destinadas aos negros, as discussões e os embates proliferam-se como jamais visto. Interessante notar que, no caso de pessoas com deficiência, mulheres, idosos, não se observa a mesma ênfase, a mesma contrariedade; ao revés, a reserva de vagas para este setor da população é aceita sem maiores gritas (2005, p. 278).

Diversos autores, ao iniciarem o debate sobre as cotas raciais, citam a conclusão Florestan Fernandes para desmistificar a idéia de Democracia Racial estabelecida no Brasil: surgiu neste país “uma espécie de preconceito reativo: o preconceito contra o preconceito ou o preconceito de ter preconceito”.

Segundo Sales Augusto dos Santos,

Discrimina-se os negros, mas há resistência entre os brasileiros em reconhecer a discriminação racial que se pratica contra esse grupo racial. Ou seja, os brasileiros praticam a discriminação racial, mas só reconhecem essa prática nos outros, especialmente entre os estadunidenses brancos (2005, p. 14).

Ressalta-se que, ao contrário do vivenciado na sociedade norte-americana, onde a segregação racial é evidente, no Brasil o racismo é encoberto e mascarado.

Muito embora o Brasil tenha ratificado, em 1968, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial¹⁵, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1965, o debate sobre a situação dos negros só se iniciou em 1995, no Governo do Fernando Henrique Cardoso, sob pressão dos movimentos negros. O então presidente admitiu oficialmente, pela primeira vez na história brasileira, que os negros eram discriminados.

Apesar desse primeiro passo, de reconhecimento oficial do racismo no Brasil, pode-se dizer que até agosto de 2000 o governo brasileiro não havia empreendido grandes esforços para que a discussão e

15 “Desde seu preâmbulo, esta Convenção assinala que qualquer ‘doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum” (PIOVESAN, 2005, p. 37)

implementação de ações afirmativas entrasse na agenda política e/ou nacional brasileira (SANTOS, 2005, p. 15).

Em setembro de 2000, em atendimento à Resolução 2000/14^a, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, o governo voltou a se manifestar oficialmente sobre as relações raciais brasileiras. Por meio de Decreto, Fernando Henrique Cardoso, criou o Comitê Nacional para a Preparação da Participação Brasileira na III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Este Comitê organizou encontros regionais para discutir aspectos relevantes do tema da Conferência Mundial, que serviram de base temática para a Conferência Nacional Contra o Racismo e a Intolerância, realizada no Rio de Janeiro/RJ, em julho de 2001. Desta reunião nacional, originou-se um documento encaminhado à Conferência Mundial (“Plano Nacional de Combate ao Racismo e a Intolerância – Carta do Rio”) (SANTOS, 2005, p. 16).

Quanto ao prisma racial, importa destacar que o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas Contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defendeu [...] a adoção de medidas afirmativas para a população afro-descendente, nas áreas de educação e trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afro-descendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de afro-descendentes, homossexuais e mulheres, no quadro funcional das empresas concorrentes. A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos seus parágrafos 107 e 108, endossa a importância de os Estados adotarem ações afirmativas, enquanto medidas especiais e compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório, daqueles que foram vítimas da discriminação racial, da xenofobia e de outras formas de intolerância correlata” (PIOVESAN, 2005. p. 39/40)

Nesta época, começaram a surgir discussões a respeito do tema nos mais diversos meios de comunicação. Jornais, revistas e programas televisivos trouxeram à tona as mais diversas opiniões sobre as ações afirmativas, especificamente sobre as cotas raciais nas universidades públicas brasileiras. Foram divulgadas opiniões de intelectuais, políticos, militantes de movimentos sociais negros, juízes e autoridades públicas, fazendo com que o tema, mesmo que de forma incipiente, entrasse na agenda nacional (SANTOS, 2005, p. 17).

Grande foi a polêmica gerada com a aprovação de Lei Estadual no Rio de Janeiro que previa a implantação de cotas para indivíduos autodeclarados negros

ou pardos e candidatos oriundos de escola pública. Antes mesmo do Governo Federal, o estado do Rio de Janeiro destacou-se como pioneiro na aplicação de políticas afirmativas raciais por meio de lei. Entre os anos 2000 e 2001, foram editadas as Leis Estaduais nº 3.524 e 3.708, que fizeram ingressar nas universidades estaduais, em 2003, a primeira turma pelo sistema de cotas.

Após debates entre a direção das universidades, o governo do estado e setores do Movimento Negro, houve a elaboração da Lei nº 4.151/2003, que unificou e modificou as leis anteriores, prevendo em seu artigo 5º que seriam reservadas aos estudantes carentes um mínimo de 45% das vagas, distribuídas da seguinte forma: 20% para estudantes da rede pública de ensino; 20% para negros e 5% para pessoas com deficiência (SANTOS, 2006, p. 28).

Depois da realização de diversos estudos, foi elaborada a Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008, que criou o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades do estado do Rio de Janeiro. As vagas passaram a ser reservadas da seguinte forma (art. 2º): 20% para estudantes negros e indígenas, 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino e 5% para pessoas com deficiência e filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

A partir da implantação pelas universidades do Rio de Janeiro, várias outras instituições de ensino superior começaram a adotar políticas afirmativas. A Universidade do Estado da Bahia (UNEB), por intermédio da Resolução nº 196/2002, estabeleceu a cota mínima de 40% das vagas para a população afrodescendente, relativas aos cursos de graduação e pós-graduação (medida implementada no processo seletivo/vestibular/2003, cuja seleção operou-se em dezembro de 2002 (Madruga, 2005, p. 245). A primeira Universidade Federal a implementar o sistema de cotas foi a Universidade de Brasília, em junho de 2004, com a adoção do Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial, que reservou 20% de suas vagas para estudantes negros¹⁶.

Instituições de ensino como a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Faculdade de Tecnologia (FATEC), a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), a

16 UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Sistema de Cotas**. Disponível em: <http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas>. Acesso em 12 jan. 2009.

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e a Universidade de São Paulo (USP) adotaram um sistema diferente ao da maioria das universidades adeptas de ações afirmativas. Trata-se do sistema de bônus, que consiste na adição de pontos ou percentuais nas notas dos alunos afrodescendentes e/ou oriundos de escolas públicas .

A Universidade de Campinas foi a precursora na adoção deste programa de ações afirmativas sem cotas. Tal programa foi instituído em 2004, após pesquisa que demonstrou que estudantes oriundos de escola pública teriam resultados melhores que os demais ao longo dos cursos oferecidos pela instituição. Assim, visando melhorar o desempenho médio dos estudantes por meio de uma política de inclusão social, criou o Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS).

Segundo Leandro R. Tessler, em texto preparado para a mesa redonda “Experiências brasileiras: construção de alternativas II”, no *Simpósio Universidade e Inclusão Social – Experiência e Imaginação*, Universidade Federal de Minas Gerais, 22 a 24 de novembro de 2006, este método de ação afirmativa pauta-se na inclusão social, no mérito acadêmico e na autonomia universitária. Destaca que:

O Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS) adotado pela Unicamp tem como justificativa central os argumentos do desempenho e da diversidade. Isso não significa que as demais justificativas não são contempladas, mas nas discussões internas e na formulação do programa esses argumentos foram decisivos. Isso ilustra a importância de uma instituição conhecer e entender os fatos antes de decidir pela adoção de programas de ação afirmativa e qual a melhor a melhor forma de fazê-lo.

(...)

Adicionando pontos de bônus pode-se de certa forma compensar a diferença de pontuação obtida por indivíduos com diferentes histórias de vida, mas mérito semelhante ao passar pelo processo vestibular. f

No Brasil atualmente, segundo o Programa de Políticas da Cor¹⁷, vinculado ao Laboratório de Políticas Públicas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, existem 79 instituições públicas de ensino superior (41 são estaduais, 34 federais e 3 municipais) que adotam sistema de políticas afirmativas¹⁸.

17 O Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira (PPCor) foi criado em 2001 pelo Laboratório de Políticas Públicas (LPP) da UERJ e é considerado como referência nacional na luta pela promoção de políticas de ação afirmativa no campo educacional brasileiro.

18 PROGRAMA POLÍTICAS DA COR NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA. **Mapa das ações afirmativas no ensino superior**. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/AcoesAfirmativas/documentos/MAPA%20DAS%20COTAS_PDF.pdf>. Acesso em 13 maio 2009.

Observa-se que a maioria das universidades que adotaram políticas de ações afirmativas fazem coexistir as cotas raciais – deflagradas em função da desigualdade racial – e as sociais – destinadas aos estudantes de baixa renda e oriundos da rede pública de ensino, critérios adotados com base na autonomia universitária prevista no art. 207, caput, CF/88. Estes critérios baseiam-se nos objetivos buscados, quais sejam, a inclusão e a busca pela diversidade racial no ensino superior e a compensação pela baixa qualidade do ensino na rede pública, buscando a inclusão social dos economicamente fragilizados.

Segundo Sidney Madruga,

O caminho engendrado pelas Universidades e Governo, qual seja, a combinação das cotas raciais com as cotas sociais, parece o mais adequado e democrático, pois, simultaneamente, estar-se-á buscando, no meio universitário, uma maior representatividade da parcela negra da população, historicamente submetida a forte exclusão e do jovem oriundo de escola pública, onde a baixa qualidade de ensino é reconhecida. (2005, p. 35).

Há que se frisar que os questionamentos acerca da reserva de vagas para alunos oriundos de escola pública não são tão intensos quanto aos destinados às cotas raciais. Segundo Raquel Coelho Lenz César (2007, p. 28), as cotas sociais existem tanto pela manifesta necessidade de valorização da “coisa pública” (visando minimizar as desigualdades sociais), quanto pelo fato de não haver minoria racial representativa em algumas entidades federativas do Brasil.

Raquel César atenta também para o fato de que são considerados legítimos os tratamentos diferenciados para as comunidades locais, principalmente com relação ao número de negros existentes em cada localidade. Percebe-se que na maioria das instituições, o percentual destinado aos negros se mantém em 20%, com exceção de algumas que reservam 40% em razão da composição racial da população, como é o caso da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Federal do Pará (2007, p. 30).

Assim, verifica-se que, baseadas na autonomia universitária, as instituições utilizam-se de meios diversos para a instituição das cotas. Existem aquelas que aplicam as políticas afirmativas por meio de resoluções dos conselhos universitários e algumas se valem dos próprios editais dos vestibulares.

O quadro atual de distribuição de vagas nas universidades públicas brasileiras, estaduais e federais, demonstra como essas instituições de ensino superior têm-se antecipado às indefinições dos poderes públicos sobre a competência para legislar sobre essa matéria. (CÉSAR, 2007, p. 27)

Algumas unidades da federação, como o estado do Rio de Janeiro, também se anteciparam e, com a anuência dos conselhos universitários das instituições, editaram leis para a implantação desses programas de inclusão, como, por exemplo, a Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – Leis Estaduais nº 2.589/2002 e 2.650/2003 e a Universidade do Estado de Minas Gerais – Lei Estadual nº 15.259/2004.

Vários projetos de leis acerca da reserva de vagas nas instituições públicas de ensino superior tramitam no Congresso Nacional, tais como: PLS nº 478/2008, PLS nº 344/2008 e 215/2008. Entretanto, um em especial tem gerado inúmeras discussões na mídia, trata-se do PLC nº 180/2008, que prevê a reserva de 50% das vagas das Universidades Federais¹⁹.

Tal projeto, de autoria da Deputada Federal Nice Lobão (número original na Câmara dos Deputados: 73/1999), “dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências”. Atualmente, após a aprovação pela Câmara dos Deputados no dia 20.11.2008 (Dia Nacional de Luta contra a Discriminação), este projeto está tramitando no Senado Federal em conjunto com os Projetos de Lei do Senado nº 215/2003, 344 e 476/2008. Encontra-se para análise e votação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), devendo ainda passar pelas Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e de Educação Cultura e Esporte (CE), nesta em análise terminativa.

Do estudo do relatório da Senadora Serys Slhessarenko e do voto em separado do Senador Marconi Perillo, percebe-se que ainda haverá muita polêmica até a aprovação de uma Lei que preveja reserva de vagas nas instituições públicas de ensino. Tais documentos foram elaborados após discussões e a realização de três audiências públicas, das quais participaram

19 Prevê a reserva de, no mínimo, 50% das vagas das instituições federais de educação superior para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Deste percentual, deverão ser preenchidas, de acordo com os índices do IBGE, parcelas correspondentes ao número de negros, pardos e indígenas da população de cada unidade da Federação.

artistas, antropólogos, representantes de organizações do movimento negro nacional, reitores de universidades, dentre outros.

A Senadora se manifestou pela aprovação do Projeto de Lei nº 180/2008. Extrai-se de seu relatório:

(...)

Especialmente o PLC nº 180, de 2008, representa um passo importante no resgate dessa dívida social. É sintomático que a proposição tenha sido aprovada na Câmara dos Deputados no dia 20 de novembro, que é o Dia Nacional de Luta contra a Discriminação.

O projeto homenageia a igualdade social e a diversidade étnica, na medida em que determina que as vagas nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de ensino médio serão preenchidas por autodeclarados negros, pardos e indígenas, na proporção existente na população da unidade da federação onde está instalada a instituição segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

(...)

Todos sabem que estas proposições não resolverão todos os problemas da educação pública brasileira. Nem esse é o propósito. Contudo, representam medida da mais alta importância, que certamente renderá frutos importantes no sentido de corrigir as desigualdades sociais.

(...).

Já o Senador Perillo, propôs alterações no PLC nº 180/2008, sugerindo um Projeto de Lei substitutivo. Tal Projeto não prevê a reserva de vagas para afrodescendentes, havendo somente segundo o critério socioeconômico. Aduz o legislador:

Se é forçoso reconhecer a existência de racismo no Brasil, é necessário apontar também que a pobreza e a exclusão na forma como as temos visto até os nossos dias na sociedade atingem os contingentes populacionais das periferias metropolitanas do Oiapoque ao Chuí, a despeito da cor da pele. Desse modo, não é menos excluído o pardo ou o negro das periferias do Norte, Nordeste e Sudeste que o gaúcho pelo duro, alemão, polaco ou italiano dos subúrbios da região Sul, conquanto estes e aqueles estejam, também, em bolsões de pobreza no Centro-Oeste e em todo o território nacional. Na verdade, muitos brasileiros pobres são oriundos das massas de imigrantes europeus que vieram substituir a mão de obra escrava e foram também explorados em áreas urbano-industriais, mediante o sistema assalariado.

A questão que se coloca na implantação de cotas não é se beneficiaremos os negros e afrodescendentes, mas, se ao agirmos somente sob o critério étnico e racial, não estaríamos ignorando a natureza da mestiçagem do povo brasileiro, e colocando à margem do benefício população não negra igualmente excluída. Até mesmo Barack Obama, o primeiro Presidente negro dos Estados Unidos, já admitiu, em *The Audacity of Hope*, sua preferência por políticas universalistas às de recorte racial.

Por isso é que se o desejo do Estado brasileiro consistir na ruptura do ciclo de exclusão e pobreza, por meio do acesso ao ensino superior, haveremos que vislumbrar o critério social, de poder aquisitivo e indicadores socioeconômicos, por serem estes mais abrangentes e

justos, quando comparado ao critério étnico e racial. A nós não se revela necessário percorrermos o mesmo caminho norte-americano, mas antes encontrarmos o sistema compensatório mais adequado à nossa realidade, considerada a nossa conjuntura, a nossa história e o marcante processo de miscigenação que nos define como povo.²⁰

Recentemente, foi incluída ao teor de toda discussão no Congresso Nacional, a proposta de reserva de 10% das vagas das instituições federais de ensino superior para deficientes.

20 SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa – Projetos e matérias** (PLC – Projeto de Lei da Câmara, nº 180 de 2008. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88409> Acesso em 13 maio 2009.

3 AS COTAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

A discussão a respeito da necessidade da adoção de políticas afirmativas na Universidade Federal de Santa Catarina acontece desde 2002. Grupos de trabalho e diversos setores da universidade vêm pesquisando, discutindo e participando de eventos a respeito do tema. Entretanto, o fato que foi considerado o “estopim” de tal medida foi a solicitação feita à UFSC, em fevereiro de 2006, durante o Colóquio Pensamento Negro em Educação, promovido pelo Núcleo de Estudos Negros. A partir daí, por meio da portaria 195/GR/2006, de 03/04/2006, foi criada a Comissão de Acesso e Diversidade Socioeconômica e Étnico-racial que organizou eventos, discussões e realizou pesquisas que foram aglutinadas na Proposta de Programa de Ações Afirmativas para ampliação do acesso à Universidade Federal de Santa Catarina com diversidade Socioeconômica e étnico-racial (de 17/11/2006). Isto, então, deu origem à Resolução Normativa que instituiu as cotas na UFSC.

A proposta demonstrou por meio de dados estatísticos, a necessidade da adoção do sistema de reservas de vagas, enfatizando a desconsideração histórica com os setores populares, os negros e os indígenas. Afirma que, no exercício da sua autonomia, a Universidade deve promover a diversidade e a democratização do acesso ao ensino público, buscando a erradicação das desigualdades e preconceitos das mais variadas formas. Destaca, ainda, que

Esperar uma lei federal para ser cumprida parece ser inadequado para uma instituição pública que deve estar sempre repensando sua função social e construindo mecanismos de democratização do acesso e da permanência em consonância com a melhoria da qualidade de ensino, pesquisa e extensão.

Em 10 de julho de 2007, por meio ato administrativo Resolução Normativa nº 008/CUN/2007, o Conselho Universitário criou o “Programa de Ações Afirmativas” (PAA) da Universidade Federal de Santa Catarina, com fundamento na autonomia didático-pedagógica, administrativa e de gestão financeira que goza a instituição, com fulcro no art. 207 da Constituição Federal (“As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre

ensino, pesquisa e extensão.”), na missão institucional da Universidade e na necessidade de promover o acesso democrático à instituição.

O artigo 6º estipula a porcentagem da reserva de vagas:

Art. 6º Para a implementação da ação afirmativa de acesso aos cursos de graduação da Universidade, a que se refere o inciso II do art. 4º, será destinado 30% (trinta por cento) das vagas do vestibular, em cada curso, que serão distribuídas da seguinte forma:

I – 20% (vinte por cento) para candidatos que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino;

II – 10% (dez por cento) para candidatos auto declarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino.

Já o artigo 9º prevê a criação de 05 (cinco) vagas suplementares reservadas aos candidatos pertencentes aos povos indígenas:

Art. 9º Para a implementação do acesso aos candidatos pertencentes aos povos indígenas, a que se refere o inciso III do art. 2º, serão criadas 5 (cinco) vagas suplementares que serão preenchidas pelos candidatos melhor classificados no vestibular.

Extrai-se da Resolução Normativa nº 008/CUN/2007:

- o candidato que optar por participar pode escolher somente uma das modalidades previstas no Programa de Ações Afirmativas e também concorrerá às vagas destinadas à classificação geral;
- negros oriundos de escolas privadas podem ser beneficiados pela reserva de vagas, desde que não sejam preenchidos os 10% destinados aos afrodescendentes que cursaram o ensino médio e fundamental em escolas públicas;
- o candidato autodeclarado negro poderá ser entrevistado por uma comissão institucional para validar sua matrícula;
- os candidatos que estudaram somente um ano ou foram beneficiados por bolsas de estudos em escolas particulares não podem concorrer às vagas destinadas aos egressos do ensino público;
- caso o percentual destinado aos egressos de escola pública não venha a ser preenchido, as vagas remanescentes serão ocupadas por candidatos da classificação geral.

A discussão no âmbito do Direito Administrativo com relação à instituição da reserva de vagas na UFSC (e nas outras universidades brasileiras que já adotaram esse sistema por meio de procedimentos administrativos) pauta-se nos limites do regime autárquico e da autonomia universitária para a edição de um ato administrativo (resolução normativa), que cria e modifica direitos.

O presente capítulo visa explicar sobre a estrutura da Administração Pública, o regime autárquico, o ato administrativo instituidor das cotas, a autonomia universitária e a discricionariedade administrativa. Cabe ressaltar que serão destacados os conceitos pertinentes somente à estrutura da Administração Pública do âmbito federal.

3.1. ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Preliminarmente, cumpre lembrar que pacífico é o entendimento de que a estrutura da divisão dos poderes estanque, proposta por Aristóteles e sistematizada por Montesquieu, não serve para a organização do Estado atual. Percebe-se, pois, que os órgãos de poder não possuem exercício absoluto de determinada função, mas apenas em caráter preponderante (OLIVEIRA, 2007, p. 21). Percebe-se, por exemplo, que tanto o legislativo, quanto o judiciário e o executivo exercem funções atípicas e essencialmente administrativas.

Segundo Regis Fernandes de Oliveira, função administrativa é

a atividade exercida pelo Estado ou por quem faça as suas vezes, como parte interessada em relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico (2007, p. 45).

Meirelles sustenta que

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública (2008, p. 85).

Aduz Meirelles, ainda, que a administração pública deve ser orientada com um único fim: o bem comum da coletividade administrada, ou seja, o *interesse público* (p. 86). Di Pietro, por sua vez, afirma que o vocábulo *administração* abrange tanto a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar (2007, p. 44).

A expressão Administração Pública, em sentido amplo, significa uma das manifestações do poder público, que abrange tanto órgãos administrativos, quanto governamentais, e as funções política e administrativa. No entender de De Plácido e Silva, ao expressar um sentido de governo, dificilmente de pronto poderá se traçar uma diferenciação entre os órgãos que estruturam o governo propriamente dito e as funções que indicam sua atividade administrativa (2007, p. 67). Hely Lopes Meirelles afirma que “numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas” (2008, p. 65).

Já em sentido estrito, a Administração Pública significa a simples direção e gestão de negócios e serviços públicos realizados por todos os seus entes com a finalidade de prover as necessidades de ordem geral ou coletiva (SILVA, 2007, p. 67). Nesse sentido, pode ser dividida em caráter subjetivo e objetivo; no primeiro, compreende as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa; e no segundo, abrange a atividade administrativa exercida por estes entes.

Assim, em sentido estrito objetivo, a administração abrange as atividades de fomento, polícia administrativa e serviço público²¹. Di Pietro define da seguinte forma: “a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob o regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos” (2007, p. 52).

Compõe a Administração Pública, em sentido estrito subjetivo, os órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado, podendo ser de maneira direta ou indireta. As expressões “direta” e “indireta” são utilizadas hoje nos âmbitos municipais, estaduais e federais,

21 Fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de ordem pública (financiamentos, favores fiscais, desapropriações,...); a polícia administrativa compreende a atividade de execução das restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo (licenças, notificações, autorizações,...); e serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob o regime predominantemente público (DI PIETRO, 2007, p. 50).

entretanto tiveram origem com o Decreto-lei nº 200/67 que organiza a Administração Pública Federal.

Embora esse decreto-lei seja aplicável, obrigatoriamente, apenas à União, não há dúvida de que contém conceitos, princípios que, com algumas ressalvas feitas pela doutrina, se incorporaram aos Estados e Municípios, que admitem aquelas mesmas entidades como integrantes da Administração Indireta (DI PIETRO, 2007, p. 53).

A administração direta compreende os órgãos integrados na estrutura do Executivo e na estrutura dos seus órgãos auxiliares. No âmbito federal, por exemplo, de acordo com o artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/67 (com redação dada pela Lei nº 7.596/87), constitui os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

Já a administração indireta compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas.

Meirelles observa que a Administração Pública é constituída de órgãos a serviço do Estado, na gestão de bens e interesses qualificados da comunidade; concluindo que

Administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura administrativa da União e a Administração indireta é o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público (2008, p. 747).

O artigo 6º do Decreto-Lei 200/67 estabeleceu princípios vetores que orientam a Administração Pública Federal, a saber: planejamento - estudo e estabelecimento de diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental; coordenação - atuação de órgãos e entidades de forma coordenada, como um organismo plenamente funcional e eficiente, voltado ao atendimento do interesse público; descentralização - todas as atividades que podem ser descentralizadas devem ser repassadas à administração indireta, objetivando a maior eficiência; delegação de competência - as atividades que não pudessem ser descentralizadas devem ser desconcentradas pela transferência de competências da autoridade superior para inferior; e controle – o órgão superior controla o inferior.²²

22 MEIRELLES, 2008, p. 750/755 e BACELLAR, 2005, p.20.

3.2. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A administração indireta surgiu com o escopo de atender uma necessidade prática, verificada principalmente a partir do advento do Estado Social. Suas entidades foram criadas para atender a necessidade decorrente da especialidade e diversidade das funções assumidas pelo Estado (BACELLAR, 2005, p. 20/21).

Seu conceito está intimamente ligado ao instituto da descentralização administrativa²³, que, de acordo com Romeu Bacellar Filho, é uma técnica de repartição de competências entre pessoas jurídicas distintas dentro do mesmo nível federativo (2005, p. 18).

A administração indireta é composta pelos seguintes entes: autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. Segundo Bacellar:

São entes com personalidade jurídica própria, com patrimônio e quadro pessoal próprios, criados e extintos por lei, sempre vinculados, contudo, a um órgão da Administração Pública direta, através do qual é exercido o chamado controle administrativo ou tutela (2005, p. 21).

Frise-se que, em virtude de que o controle só pode ser feito nos termos previstos em lei, não existe qualquer espécie de controle hierárquico da Administração direta sobre estes entes, apenas vínculos de controle legalmente previstos.²⁴

Aplicam-se a todas as entidades da Administração indireta os princípios arrolados no caput do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade) e todos os preceitos contidos nos incisos I a XXI deste mesmo artigo da Constituição Federal de 1988. Estão elas sujeitas ao controle parlamentar (art. 49, inc. X da CF/88) e à fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial exercida pelos Tribunais de Contas (arts. 70 e 71 da CF/88).

Nos termos do artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67:

23 Não se confunde com a desconcentração, que existe quando as atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos, dentro da mesma pessoa jurídica ou entidade; ocorre entre órgãos ligados por vínculos de hierarquia.

24 Segundo Odete Medauar: "Juridicamente, entre essas entidades e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia, os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática assim possa parecer" (1999, p. 75)

II - Empresa Pública: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. Exemplos: IBGE, UnB

Importa destacar para o presente estudo o princípio da legalidade. No campo do Direito Constitucional, o princípio da legalidade é aquele pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (art. 5º, II, CF/88). No Direito Administrativo tem-se uma especificação deste princípio, significando que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2008, p. 89).

Decorre deste princípio que a Administração Pública não pode conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados por simples ato administrativo (DI PIETRO, 2007, p. 59).

Por se tratar a Universidade Federal de Santa Catarina de uma autarquia, conforme o disposto no artigo 1º de seu Estatuto²⁵, e ser ela o centro desse estudo, o próximo tópico tratará especificamente sobre este ente da administração indireta.

25 Artigo 1º – A Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Educação (Lei nº 3849 de 18 de dezembro de 1960 – Decreto 64824 de 15 de julho de 1969), é uma instituição de ensino superior e pesquisa, com sede no Campus Universitário Reitor João David Ferreira Lima, em Florianópolis, Capital do Estado de Santa Catarina.

3.2.1. Autarquias

De acordo com os ensinamentos de Diógenes Gasparini, etimologicamente, o vocábulo *autarquia*, de origem helênica, significa comando próprio, direção própria, autogoverno (2008, p. 316).

O conceito legal de autarquia encontra-se no inciso I do artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67: Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Alguns autores apontam impropriedades neste conceito. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que deixou de fazer menção ao único traço que merecia menção: a personalidade de Direito Público (2007, p. 153). Di Pietro aponta falha que considera parcialmente procedente: ao fazer referência ao exercício de “atividades típicas da Administração Pública”, alega que existem autarquias que exercem atividade econômica. Segundo a autora, a falha não está no conceito legal, mas “na escolha da entidade autárquica para o exercício de atividades em que ela não se revela como a forma mais adequada” (2007, p. 399).

Odete Medauar aponta ainda a inadequação do termo autônomo, que poderia dar a entender que as autarquias possuem autonomia política. De acordo com a autora: “O vocábulo autônomo aí deve ser lido como não subordinado hierarquicamente, dotado de mais liberdade de agir que os órgãos da Administração direta (...)” (2008, p. 77). Esta estudiosa também frisa a confusão que pode existir com o significado da expressão “atividades típicas da Administração Pública”.

Celso Antônio Bandeira de Mello define sinteticamente as autarquias da seguinte forma: “pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa” (2007, p. 153). Di Pietro assim conceitua: “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei” (2007, p. 400).

Diógenes Gasparini destaca que não é atribuída qualquer competência política às autarquias; ou seja, estas não fazem as leis que devem aplicar e, por isso, diz-se que sua competência é unicamente administrativa (2008, p. 316).

São características das autarquias:

Criação e extinção por lei: de acordo com o disposto no Decreto-Lei nº 200/67 e no art. 37, XIX, da CF/88. Somente por lei podem ser criadas e extintas.

Gasparini acrescenta:

Mas isso não é o bastante, pois a autarquia precisa ser instituída. A instituição, assim procedida, não significa, de modo algum, criação da autarquia, dado que esta já ocorreu por lei. Com a instituição são tomadas medidas administrativas em atendimento (execução) da lei criadora (2008, p. 318)

Freqüentemente, o Executivo expede decreto instituindo a autarquia, ou seja, “determinação administrativa de afetar os meios necessários ao efetivo funcionamento de um ser que juridicamente ganhou existência com a lei criadora”. (MELLO *apud* GASPARINI, 2008, p. 318)

Personalidade jurídica pública: é titular de direitos e obrigações próprios e submetem-se ao regime jurídico de direito público. Segundo Mello,

quaisquer pleitos administrativos ou judiciais, decorrentes de atos que lhes fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam de ser propostos – e não contra o Estado. Disto se segue igualmente que perante terceiros as autarquias são responsáveis pelos próprios comportamentos. A responsabilidade do Estado, em relação a eles, é apenas subsidiária. (2007, p. 154)

Conforme Romeu Bacellar Filho (2005, p. 22): “Em face de sua personalidade jurídica de direito público, submetem-se ao regime jurídico administrativo. Seus atos tipificam-se como administrativos, assim como seus contratos, os quais devem ser precedidos de licitação”.

Capacidade de auto-administração: as autarquias não têm o poder de criar suas próprias regras, apenas a capacidade de se auto-administrar – capacidade que só existe em função da outorga de patrimônio próprio.

Especialização dos fins ou atividades: desenvolve capacidade específica para a prestação de serviço determinado; característica que deu origem ao princípio da especialização, “que as impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas” (DI PIETRO, 2007, p. 400).

Sujeição a controle e tutela: é necessário para que não desvie de seus fins institucionais. Segundo Mello, as autarquias gozam de liberdade

administrativa nos limites da lei que as criou, mas não são subordinadas a órgão algum do Estado, são somente controladas. Este controle

[...] é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado (2007, p. 154).

Diógenes Gasparini classifica a tutela exercida pela Administração em ordinária e extraordinária. A ordinária pode ser preventiva – que ocorre antes do ato autárquico e pode ser de legalidade ou de mérito, expressando-se pela autorização, aprovação ou homologação; e repressiva – exercida após o ato, cuja produção de efeitos ou eficácia independe do prévio pronunciamento da Administração, pode ser de legalidade e de mérito, expressando-se pela revogação, modificação ou invalidação. Já a tutela extraordinária é exercida em circunstância grave em que se vê envolvida a autarquia (adoção de outro fim, descalabro administrativo) (2008, p. 320).²⁶

Existe o controle efetuado pelo Executivo, que pode ser quanto ao escopo do comportamento autárquico ou quanto ao momento em que pode ser exercido, tudo nos casos, formas e modos que a lei estabelece. As autarquias sujeitam-se também ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Vale destacar que se aplicam às autarquias as mesmas garantias processuais que goza a Administração Pública direta, inclusive no que se refere aos prazos processuais e prescricionais. Seus bens gozam de imunidade tributária e seu quadro pessoal é submetido ao regime jurídico único (BACELLAR, 2005, p. 23).

Conforme Diógenes Gasparini, a Administração Pública não responde pelas obrigações das autarquias, não há que se falar em responsabilidade solidária. Pode haver a responsabilidade subsidiária, nos casos de danos causados a terceiros em razão dos serviços que explora e de atos de seus servidores – se esgotadas as forças da autarquia, cabe à Administração suportar o remanescente desses prejuízos (2008, p. 321/322).

²⁶ “Esses controles não vedam nem inibem, por parte da autarquia, a propositura de medidas judiciais contra os atos abusivos da Administração pública a que pertence. A autarquia é pessoa jurídica de direito público e como pessoa é sujeito de direitos e obrigações. Pode, ademais, não se conformar com os atos de tutela, por entendê-los ilegais, e tomar, em juízo, as medidas cabíveis com o fito de anulá-los” (GASPARINI, 2008, p. 321).

Os bens vinculados à execução dos serviços públicos exercidos por esta figura da Administração Indireta são considerados bens públicos e, conseqüentemente, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e não oneráveis.

Foi no artigo 4º da Lei 5.540/68 que surgiu a expressão “autarquias de regime especial”, para indicar uma das formas institucionais das universidades públicas (ressalta o grau de autonomia administrativa superior ao das demais autarquias). Mas nem esta lei, nem o Decreto-Lei nº 200/67 esclareceram o diferencial desse regime especial. Segundo Medauar, a diferença pode estar no modo de escolha ou nomeação dos dirigentes, no grau menos intenso de controle, no tocante à gestão financeira e na existência de mandato de dirigente insuscetível de cessação por ato do Chefe do Executivo (2008, p. 73).

Odete Medauar elenca características do regime das autarquias universitárias que ressaltam seu caráter especial (2008, p.74/75):

- a) nomeação do Reitor pelo Chefe do Executivo, mediante lista elaborada pela própria universidade;
- b) o Reitor detém mandato, insuscetível de cessação pelo Chefe do Executivo (Súmula 47 do STF);
- c) a organização e as principais normas de funcionamento estão contidas no Estatuto e no Regimento, elaborados pela própria universidade;
- d) existência de órgãos colegiados centrais na administração superior, com funções deliberativas e normativas, dos quais participam docentes, representantes do corpo discente e da comunidade;
- e) carreira específica para o pessoal docente, com progressão ligada a obtenção de graus acadêmicos e concursos.

Nos últimos anos surgiram algumas autarquias qualificadas como “autarquias sob regime especial”; são as denominadas “agências reguladoras”. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷, a única particularidade marcante deste regime é a nomeação pelo Presidente da República, sob a aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo (2007, p. 162). As agências reguladoras são criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades; por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

27 “Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Aparecer ao ensejo da tal 'Reforma Administrativa', provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”)(2007, p. 165).”

3.2.2. Autonomia universitária

A autonomia universitária está prevista no art. 207 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “As Universidades gozam de autonomia didático científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – 9.394/96 – consagra a autonomia universitária no capítulo IV, que trata do ensino superior. Os artigos 53 e 54 demonstram os limites e atribuições das instituições de ensino superior.

Vocábulo de origem grega, autonomia tem a idéia de direção própria em decorrência do significado dos seus radicais – *auto* significa próprio e *nomia* significa regra, lei.

Nina Ranieri, em obra específica sobre o tema, afirma que a idéia de autonomia está mais ligada à negação de qualquer limite ou vínculo, do que às suas características essenciais (atuação normativa particular dentro de limites preestabelecidos)(1994, p. 14).

Na área do direito público, os doutrinadores definem autonomia como poder de autonormação exercitável nos limites impostos pelo ordenamento superior que lhe deu origem (RANIERI, 1994, p. 15).

Segundo Odete Medauar (2008, p. 74), este termo, para as entidades administrativas, não tem o mesmo sentido atribuído aos entes dotados de autonomia política. Ainda no entender desta autora:

No tocante às universidades públicas, integrantes da Administração indireta, a autonomia assegurada constitucionalmente significa, sobretudo, um grau bem mais acentuado de liberdade de agir que o de outras autarquias. Embora a não subordinação hierárquica à Administração direta seja inerente à elaboração teórica da figura autarquia, na prática essa liberdade é de pouco alcance. (...) A autonomia e os objetivos das atividades universitárias impedem que se apliquem o mesmo tratamento conferido às demais autarquias (...).

Em proposta de interpretação ao art. 207 da CF/88, Nina Ranieri afirma que são impostos limites genéricos e específicos à autonomia universitária, frisando que só aceita os limites impostos pela própria Constituição (“o que equivale a dizer que a lei ordinária não pode impor limites”). Os limites genéricos decorrem do princípio da unidade da Constituição, podendo ser exemplificados da

seguinte forma: a autonomia não pode ser exercitada ultrapassando os limites dos direitos individuais e coletivos, do princípio da legalidade e da irretroatividade das leis (1994, p. 116/117).

Mais importantes para o presente estudo são os limites específicos, encontrados nas prerrogativas das Universidades, estatuídas no próprio art. 207: liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de administração e de gestão dos próprios recursos.

Autonomia didática implica no reconhecimento da competência da universidade para definir a relevância do conhecimento a ser transmitido, bem como sua forma de transmissão (RANIERI, 1994, p. 117). Tal liberdade não significa independência ou soberania; supõe, antes, a responsabilidade de oferecer ensino de alta qualidade.

A **autonomia científica**, pressuposto indispensável da universidade autêntica, confunde-se com a chamada liberdade acadêmica, “garantia do progresso do conhecimento e da transmissão do saber essencial às gerações futuras, e que compreende além da própria autonomia coletiva, a liberdade pessoal” (RANIERI, 1994, p. 121). É a garantia do desenvolvimento científico e tecnológico da Nação.

No caso particular das universidades públicas, é o elemento que as distingue e as especializa em comparação aos demais órgãos do serviço público, em virtude da liberdade e da iniciativa de ação quanto à determinação da pesquisa em áreas relevantes. Nisso diferencia-se do burocrativismo que entrava a administração em geral (RANIERI, 1994, p. 123).

O § único do artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estipula o que as universidades podem dispor, com as limitações de seus orçamentos, acerca da autonomia didático-científica.

É por meio da **autonomia administrativa** que as universidades decidem quanto à regulamentação de suas atividades-fim. Esta autonomia manifesta-se pela aprovação interna dos estatutos e regimentos da universidade.

A autonomia administrativa, portanto, é instrumento, decorrência e condição da autonomia didático-científica, e pressuposto da autonomia de gestão patrimonial. Consiste basicamente no direito de elaborar normas próprias de organização interna, em matéria didático-científica e de administração de recursos humanos e materiais; e, no direito de escolher dirigentes (RANIERI, 1994, p. 124).

A autonomia de **gestão financeira e patrimonial** consiste no ato de gerir os recursos públicos (financeiros e materiais) que são postos à sua disposição (RANIERI, 1994, p. 129).

A autonomia universitária vem ganhando destaque nas discussões a respeito da implantação das políticas de ação afirmativa nas instituições públicas de ensino. Tanto nas ações propostas contra as Resoluções Normativas que instituem, quanto nos projetos de lei acerca do tema. Tome-se como exemplo a discussão realizada para a votação do Projeto de Lei nº 180/2008. A relatora da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Senadora Serys Slhessarenko, aduziu que tal Projeto de Lei não fere a autonomia universitária, ressaltando o posicionamento da mais alta corte da Justiça Brasileira.

Extrai-se do voto da Senadora:

Por fim, questionou-se a inconstitucionalidade das proposições em exame, por ferirem a autonomia das universidades, determinada no *caput* do art. 207 da Constituição Federal. Contudo, esta autonomia não é irrestrita, conforme vários entendimentos do Superior Tribunal Federal (STF). O Ministro Eros Grau, como relator do Agravo Regimental no Recurso em Mandato de Segurança nº 22.047, asseverou que “o exercício desta autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis”. Sua decisão foi baseada em dois precedentes, o voto do Ministro Soares Muñoz, como relator do Recurso Extraordinário nº 83.962, e no parecer do Ministro Maurício Corrêa, ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 1.599-MC, este afirmando:

'O princípio da autonomia das universidades não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização'. (grifo acrescido)

Pode-se depreender que a autonomia universitária garante, dentro dos limites constitucionais estabelecidos, a prevalência das normas próprias. Segundo Ranieri, não se trata de ser autônomo em relação ao Estado, ausente de qualquer controle, mas de ser autônomo dentro dos limites fixados pelo ordenamento constitucional tendo em vista os fins do Estado (1994, p. 139).

3.3. ATO ADMINISTRATIVO

3.3.1 Conceito

De acordo com o Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, ato administrativo

designa todo o ato praticado por delegado dos poderes públicos no exercício de suas funções administrativas, seja dirigindo os negócios públicos, que são atribuídos à sua competência, seja promovendo todas as medidas e diligências indispensáveis à sua realização (2007, p. 160).

Regis Fernandes de Oliveira, em obra específica sobre o tema, afirma que se pode definir o ato administrativo como “declaração unilateral do Estado, ou de quem faça as suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos” (2007, p. 70).

Di Pietro expõe o mesmo em outras palavras: “pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário” (2007, p. 181).²⁸

Hely Lopes Meirelles define de forma simples o ato administrativo afirmando que se trata de ato jurídico (“todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”) com finalidade pública (2008, p. 152).

Da análise dos conceitos acima expostos extrai-se que se trata de declaração unilateral; isto é, distingue-se dos contratos firmados pela Administração (bilaterais); deve produzir efeitos jurídicos, uma vez que existem atos que não são produtores de tais efeitos (convites, comunicações, etc.), a lei deve atribuir relevância para que o ato seja caracterizado como administrativo; observância obrigatória da lei, tendo em vista que a Administração Pública não dispõe de autonomia da vontade, deve observar e cumprir a vontade da lei; o regime jurídico de direito público deixa afastado deste conceito todo ato de direito

²⁸ Diógenes Gasparini, de forma completa e não longe das definições já expostas, conceituou da seguinte forma: “toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário” (2008, p. 61)

privado praticado pelo Estado; e o controle pelo Poder Judiciário, quer dizer que a definitividade do ato pode ser infirmada por força de decisão do órgão jurisdicional, fazendo, com isto, a diferenciação de ato administrativo e sentença²⁹.

3.3.2 Elementos

A doutrina diverge com relação à terminologia empregada aos elementos dos atos administrativos, mas boa parte elenca cinco³⁰, quais sejam: *agente competente*³¹, *objeto*, *forma*, *motivo* e *fim*. Di Pietro adota a orientação encontrada a partir do artigo 2º da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que ao indicar os atos nulos, menciona os cinco elementos dos atos administrativos: competência³², forma, objeto, motivo e finalidade (2007, p. 187).

Agente competente é o sujeito, representante do poder público, a quem a lei atribuiu poderes para editar determinados atos administrativos. Segundo Medauar, “a competência resulta explícita ou implicitamente da norma e é por ela delimitada” (2008, p. 36). No direito administrativo, além da capacidade, é necessário que o sujeito tenha competência (“conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”³³). Para Hely Lopes Meirelles, “nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo” (2008, p. 154).

A competência tem como características: decorre sempre de lei, o próprio órgão não pode estabelecer as suas atribuições; é inderrogável, seja por vontade da Administração, seja por vontade de terceiros; e pode ser objeto de delegação ou avocação, desde que não se trate de competência atribuída com exclusividade a determinado órgão ou agente, pela lei.

29 MELLO, 2007, p. 369.

30 MEDAUAR, 2008, p. 135

31 Para exemplificar a divergência existente: Celso Antonio Bandeira de Mello não considera o sujeito como elemento do ato (elemento entendido como algo que integra a coisa), “Não considero que o sujeito de alguma coisa possa ser parte dela. O sujeito pode construir, pode produzir algo; mas não é parte do produto, não é segmento dele, em suma, não lhe integra a realidade íntima” (MELLO apud OLIVEIRA, 2007).

32 A autora utiliza a expressão *sujeito*, por entender que competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para validade do ato.

33 DI PIETRO, 2007, p. 188.

O **objeto** do ato administrativo é um dos conceitos controversos existentes na doutrina. Para autores como Maria Sylvia Z. Di Pietro, Odete Medauar e Hely L. Meirelles é sinônimo de conteúdo, já para Régis Fernandes de Oliveira, Diógenes Gasparini e Celso Antônio Bandeira de Mello, tem significados distintos.

Objeto enquanto sinônimo de conteúdo, pode ser entendido como aquilo sobre o que o ato dispõe, o próprio ato em sua essência, é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Portanto,

o objeto deve ser lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar) e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos) (Di Pietro, 2007, p. 191).

Mello afirma que conteúdo e objeto têm realidades perfeitamente distintas. Adota o ensinamento de Zanobini (assim como Régis F. De Oliveira), segundo quem o conteúdo dispõe sobre algo, que é, este sim, o objeto do ato (2007, p. 376).

Com relação à **forma** dos atos administrativos, existem duas posições na doutrina: em sentido amplo, ela abrange além da exteriorização do ato, também todas as formalidades que devem ser observadas; já, em sentido restrito é apenas o modo como a declaração estatal se exterioriza. Para os adeptos do sentido restrito, como Régis F. De Oliveira, forma e formalidade têm conceitos distintos, sendo possível somente a declaração de vício de formalidade, nunca de forma. Para este autor, a motivação (exposição dos fatos e do direito que fundamentam o ato) integra o conceito de formalidades.

Autores como Di Pietro e Odete Medauar entendem que o procedimento administrativo integra o conceito de forma, portanto engloba tanto os modos de expressar a decisão em si, quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. Assim, para Di Pietro forma engloba o conceito de motivação.

Sobre a importância deste elemento, extrai-se do entender de Di Pietro:

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus

destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado. (2007, p. 193)

Por **motivo**, entende-se o pressuposto de fato e de direito que autoriza e serve de fundamento para a edição do ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato e pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a realizar o ato³⁴. O motivo pode estar expresso em lei ou a critério do administrador. No primeiro caso, trata-se de ato vinculado; no segundo, o agente tem liberdade de escolha da situação da qual se editará o ato, é o ato discricionário.

Não se confunde motivo e motivação. Motivo é a situação fática ou legal que levou o agente à edição do ato; enquanto motivação é a enunciação, demonstração, por escrito, dos motivos. Deve-se frisar que a ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

O **fim** – utilizado por Di Pietro como sinônimo de finalidade e por Regis F. De Oliveira³⁵ como conceitos distintos – segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados” (2007, p. 387).

Di Pietro elenca dois sentidos diferentes: em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público (finalidade pública) e em sentido estrito, é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei (2007, p. 194).

Não é dada ao agente a liberdade de escolha da finalidade que deve alcançar cada ato, a finalidade é aquela que o legislador indica explícita ou implicitamente. No caso de alteração da finalidade imposta pela lei, há ilegalidade, caracterizando o desvio de poder, e dando ensejo à invalidação do ato.

34 DI PIETRO, 2007, p. 195.

35 Fim, para este autor, é o resultado prático a ser alcançado mediante a realização do ato e finalidade (fim mediato) é a determinada no contexto normativo como de interesse do Estado (2007, p. 81/82).

3.3.3. Atributos

O sistema normativo confere à Administração Pública prerrogativas a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade³⁶. Assim, os atos administrativos possuem atributos, que os distinguem dos atos privados. Na doutrina encontram-se como atributos dos atos emanados pela Administração, a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade, a auto-executoriedade e a tipicidade.

A **presunção de legitimidade** decorre do princípio da legalidade da Administração, diz respeito à conformidade do ato com a lei, presume-se verdadeiro o ato até que se prove em contrário. Já a de veracidade, inerente à legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato (MEIRELLES, 2008, p. 161). Segundo Mello (2007, p. 401), é um atributo comum aos atos em geral. Tal característica distingue o ato administrativo do ato de direito privado praticado pela própria Administração.

Di Pietro (2007, p. 183-184) elenca três efeitos decorrentes deste atributo, são eles: enquanto não for decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido; o Judiciário somente pode analisar a validade do ato a pedido de pessoa interessada; e a presunção de veracidade inverte o ônus da prova.

A **imperatividade** é o atributo pelo qual o ato administrativo se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância. Tal característica não é inerente a todos os atos da Administração, existe apenas naqueles que impõem obrigações. Decorre da simples existência do ato, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Portanto, todo ato que imponha obrigações deve ser cumprido ou atendido enquanto não tiver decretada sua revogação ou anulação (MEIRELLES, 2008, p. 163).

Exigibilidade, segundo Gasparini (2008, p. 76), “é a qualidade do ato administrativo que impele o destinatário à obediência das obrigações por ele impostas, sem necessidade de qualquer apoio judicial”. No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 401), não se confunde com a imperatividade,

36 MELLO, 2007, p. 399.

pois, através dela, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. A Administração poderá se utilizar de meios indiretos de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato (DI PIETRO, 2007, p. 186).

A **auto-executoriedade**, ou simplesmente executoriedade, consiste na possibilidade da Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, de compelir materialmente, de forma imediata e direta, o cumprimento da obrigação que certo ato impôs e exigiu. Com esse atributo, a Administração pode empregar meios diretos de coerção, utilizando-se inclusive da força.

Ressalte-se que a auto-executoriedade só é possível quando expressamente prevista em lei e quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público. Além disso, embora se diga que independe de intervenção judicial, não se afasta a hipótese de posterior controle judicial (DI PIETRO, 2007, p. 186).

Di Pietro elenca como mais um atributo a **tipicidade**. Segundo a autora, é decorrente do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade da Administração praticar atos inominados.

(...) é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei (2007, p. 186).

3.3.4. Revogação e anulação

A extinção natural de um ato administrativo se dá com o cumprimento de seus efeitos na ordem jurídica. Quando são observadas ilegalidades faz-se o desfazimento do ato por meio da anulação. No caso de falta de interesse público ou conveniência o ato é desfeito por revogação.

A revogação, nas palavras de Mello, “é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes” (2007, p. 428).

Esse meio de extinção de ato administrativo pressupõe um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. “(...) funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos” (MEIRELLES, 2008, p. 203). Cabe destacar que somente atos discricionários podem ser objeto de revogação, uma vez que os atos vinculados não permitem margem de escolha para a sua elaboração, não permitindo que sejam desfeitos por motivo de inconveniência e oportunidade.

O desfazimento de ato administrativo por motivo de ilegalidade ou ilegitimidade, realizada pela própria Administração ou determinada pelo Poder Judiciário é a anulação. Tal modo de extinção, como regra geral, produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*), encontrando exceção com base na presunção de legitimidade pelo terceiro de boa-fé, bem como no princípio da segurança jurídica.

A anulação realizada pela própria Administração independe de provocação do interessado, vez que, vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o dever de zelar pela sua observância. Tal anulação está pautada no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme disposto no artigo 53 da Lei nº 9.784/99 e entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas 346 e 473³⁷ (DI PIETRO, 2007, p. 219).

O Poder Judiciário, mediante provocação, pode decretar a **anulação** de atos administrativos. Tal poder encontra sua maior guarida no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Deve-se frisar que o controle judicial é unicamente de legalidade, cabendo ao Poder Judiciário somente a anulação de atos ilegais, não podendo determinar revogação; não cabe a ele substituir a Administração, somente observar o cumprimento da lei.

Extrai-se do ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 211):

Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao

37 Súmulas STF nº 346: “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos” e nº 473: “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade.

Existindo pequenas irregularidades, que não consubstanciam a invalidade, os atos viciados admitem a convalidação ou saneamento. Convalidação “é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”. Segundo o disposto no artigo 55 da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal)³⁸, é uma faculdade da Administração, somente possível quando os atos inválidos não acarretam lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros. Vale destacar que nem sempre é possível a convalidação, depende do tipo de vício que atinge o ato (DI PIETRO, 2007, p. 228-229).

3.3.5. Ato administrativo da espécie resolução

Não existe unanimidade na doutrina pátria quando se trata das espécies de atos administrativos. Di Pietro, por exemplo, divide as espécies em duas categorias: quanto ao conteúdo e quanto à forma. Já Hely L. Meirelles, agrupa os atos em cinco espécies: normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos e punitivos.

Para o fim específico deste trabalho cumpre esclarecer e conceituar somente o ato administrativo da espécie resolução.

Resolução, segundo Gasparini, “é a fórmula de que se valem os órgãos colegiados para manifestar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou para dispor sobre seu próprio funcionamento” (2008, p. 92). Mirelles aduz que são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta (2008, p. 185-186). É editado por autoridade de alto escalão ou por dirigente de órgão colegiado; não pode contrariar a Constituição, a lei, o decreto regulamentar e o regimento.

³⁸ “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

3.3.6. Vinculação e discricionariedade

Os atos administrativos podem ser classificados em vinculados ou discricionários, em razão da menor ou maior liberdade dada ao administrador para agir e decidir³⁹.

O poder vinculado da Administração Pública é aquele por meio do qual o administrador é obrigado a tomar determinada decisão, pois que sua conduta foi ditada expressamente pela norma jurídica (MEDAUAR, 2008, p. 107).

Di Pietro conclui que

a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva (2007, p. 107).

Quando a Administração tem possibilidade de escolher a decisão a ser tomada, diz-se que está exercendo o poder discricionário. Regis Fernandes de Oliveira assim define discricionariedade: “(...) é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.” (2007, p. 93). Diante do caso concreto, a Administração tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência (DI PIETRO, 2007, p. 197).

A principal justificativa encontrada na doutrina para a utilização da discricionariedade é a impossibilidade de o legislador prever todas as circunstâncias que podem acontecer no mundo empírico.

No entender de Odete Medauar:

(...) o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, conveniência de massa, problemas sociais, grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidade institucional (2008, p. 111).

39 Regis Fernandes de Oliveira afirma que “A locução 'ato discricionário' pode ser utilizada como decorrente do poder discricionário ou exercício da discricionariedade. Todas se equivalem.” (2007, p. 90)

Destaca-se, entretanto, que esta liberdade não é total, pois alguns aspectos são sempre vinculados à lei, como a competência, a forma e a finalidade. Comumente a discricionariedade se localiza no motivo e no conteúdo do ato. O motivo será discricionário quando a lei não o definir ou quando a lei o definir por noções vagas (conceitos jurídicos indeterminados), já o conteúdo será quando houver vários conteúdos possíveis para atingir o mesmo fim, todos juridicamente válidos (DI PIETRO, 2007, p. 198-201).

Odete Medauar esclarece que a doutrina contemporânea vem afirmando que são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, o que faz com que seja insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário. “Melhor parece levar em conta o aspecto predominante no exercício do poder, mencionando-se decisão ou medida em que predomina o poder vinculado ou o poder discricionário.” (2008, p. 107).

Hely Lopes Meirelles adverte que mesmo os elementos discricionários do ato estão sujeitos às limitações impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração. Portanto, afirma que a atividade discricionária está sempre sujeita aos condicionamentos interno e externo: externamente pelo ordenamento jurídico a que está subordinado e internamente pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa (2008, p. 122).

Cabe ressaltar que discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade.

Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido (MEIRELLES, 2008, p. 120-121).

O controle dos atos da Administração pelo Poder Judiciário também distingue os atos vinculados dos discricionários. Com relação aos atos vinculados, não há restrição, uma vez que caberá ao Judiciário a análise da conformidade do ato à lei. Já, quanto aos discricionários, o controle judicial terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Ao Judiciário cabe, além da legalidade, verificar se a Administração não ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade. Existe uma tendência para se ampliar o

controle da discricionariedade administrativa, a fim de se verificar a moralidade dos atos e impedir arbitrariedades (DI PIETRO, 2007, p. 202-204).

3.4. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 008/CUN/2007

A Universidade Federal de Santa Catarina, autarquia de regime especial, órgão da Administração Pública Indireta, vinculada ao Ministério da Educação e do Desporto, criada pela Lei nº 3.859/1960 e Decreto 64.824/1969, utilizando-se da autonomia prevista no art. 207 da CF/88 e nos artigos. 53 e 54 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por intermédio de seu órgão máximo deliberativo – Conselho Universitário⁴⁰, criou o Programa de Ações Afirmativas, por meio do ato administrativo da espécie resolução – Resolução Normativa 008/CUN/2007.

Tal ato administrativo foi elaborado por agente competente, o Conselho Universitário, órgão máximo deliberativo e normativo da instituição; tem como objeto a reserva de vagas para afrodescendentes e estudantes oriundos de escola pública e como finalidade a criação do Programa de Ações Afirmativas da Universidade Federal de Santa Catarina; e traz elencados em seu preâmbulo os motivos – 1 a 4 (motivação).

Pode ser classificado como discricionário, uma vez que não existe Lei que institua o sistema de cotas nas Instituições Federais de Ensino Superior. Assim, utilizou os pressupostos de sua autonomia universitária para editar norma interna atribuída de legitimidade, imperatividade – já que se impõe a terceiros, exigibilidade e auto-executoriedade – não havendo a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para compelir ao seu cumprimento.

A Resolução Normativa 008/CUN/2007 tem sido objeto de diversas ações propostas no Judiciário Federal Catarinense, que visam a sua anulação, uma vez que há o entendimento de que está eivado de ilegalidade. Este é o tema que será abordado no próximo capítulo.

40 De acordo com o art. 16 do Estatuto da UFSC.

4 A DISCUSSÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Assim que foram implementados os primeiros sistemas de cotas nas universidades brasileiras, o Judiciário começou a ser invocado para resolver os litígios entre os defensores e os opositores. Desde então, o assunto encontra-se em plena “ebulição” no cenário jurídico. Tal questionamento já chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁴¹, que ainda não se manifestou sobre o tema.

Tramitam no STF duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), propostas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN). A ADI nº 3197 questiona a constitucionalidade da Lei que instituiu cotas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro e a ADI nº 3330 discute o Programa Universidade para Todos (ProUni)⁴².

Em 30.04.2008, um grupo formado por sindicalistas, intelectuais, empresários e ativistas de movimentos negros e sociais, entregou carta ao Presidente do STF, Gilmar Mendes, intitulada de “Cento e Treze Cidadãos Anti-Racistas contra as Leis Raciais”, conteúdo manifesto de apoio às duas ADI's que tramitam no Tribunal⁴³. Já em 13.05.2008, outro grupo entregou uma carta com manifestações favoráveis às políticas afirmativas na educação brasileira. Tais manifestos demonstram a preocupação da sociedade brasileira com os resultados que as decisões destas ações podem acarretar.

Com relação à ADI nº 3197, ressalta-se que a Lei que está sendo discutida no caso foi revogada pela Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008, e que a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro peticionou requerendo que seja julgada prejudicada tal ação. Fato este idêntico ao ocorrido com relação à ADI nº 2858, também interposta pela CONFENEN, que teve considerada a perda do objeto em

41 O STF é a mais alta Corte de Justiça brasileira, tem o maior poder para decidir e julgar questões oriundas de outros tribunais, ou para conhecer matéria que, por sua relevância, somente por ele, por ser decidida (SILVA, 2007, p. 1350). Sua competência está prevista no art. 102 da CF/88.

42 Criado por meio da Lei nº 11.096/2005, este programa tem como finalidade a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais em cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior. É dirigido aos alunos egressos do ensino médio público ou da rede particular em condição de bolsistas integrais, com renda per capita familiar máxima de três salários mínimos.

43 PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. Presidente do STF recebe manifestos pró e contra cotas (Folha de São Paulo – 14 de maio de 2008). Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/maio/presidente-do-stf-recebe-manifestos-pro-e-contra-cotas/>>. Acesso em 24 maio 2009.

razão da superveniência de Lei nova que revogou as leis que estavam sendo discutidas.

Em Santa Catarina, com a publicação da Resolução Normativa 008/CUN/2007, ocorreu uma verdadeira “corrida” ao Poder Judiciário, por meio de mandados de segurança, ação civil pública e ações ordinárias.

Dentre as primeiras manifestações contrárias ao sistema de cotas instituído pela Universidade Federal de Santa Catarina, destacam-se o mandado de segurança impetrado por um candidato ao curso de geografia diurno, a ação civil pública de autoria do Procurador da República Davy Lincoln Rocha e a Ação Inibitória Coletiva proposta pelo Sindicato das Escolas Particulares do Estado/SC – SINEPE.

O estudante impetrou mandado de segurança (nº 2007.72.00.011867-0), em 05.10.2007, para assegurar direito líquido e certo de concorrer à totalidade das vagas oferecidas no curso de Geografia Diurno no Vestibular 2008, desconsiderando o sistema de reserva vagas criado pela Resolução Normativa 008/CUN/2007 (ato ilegal e abusivo, segundo o autor). Sobreveio sentença favorável ao autor em 29.11.2007, de autoria do Juiz Federal Carlos Alberto da Costa Dias, da 2ª Vara Federal de Florianópolis, que concedeu a segurança, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade de alguns artigos da Resolução e do Edital considerados abusivos, determinando que o impetrante concorresse à totalidade das vagas oferecidas para o curso pretendido. Tal decisão, por seu consistente conteúdo teórico, já foi utilizada como parâmetro em outras decisões, pareceres do Ministério Público Federal e petições iniciais contra as cotas.

Destacam-se os seguintes argumentos despendidos pelo magistrado: a exigência de auto declaração e classificação segundo critério de cor da pele é constrangedora e racista; ser negro não é o motivo determinante de inferioridade intelectual; o problema encontra-se no ensino público de má-qualidade, além de, muitas vezes, a condição social não possibilitar dedicação maior aos estudos; o modelo norte-americano não serve à realidade brasileira por dois motivos: impossibilidade de se analisar com precisão o que é ser “negro” no Brasil, devido à miscigenação do povo e ao fato de que o processo seletivo norte-americano não é baseado constitucionalmente no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, como é aqui (art. 206, I, CF/88); não é

procedente o argumento de que o fator de discriminação teria fundamento histórico em virtude da escravidão; se há alguma dívida social, não é exclusivamente com os negros, mas com toda a universalidade dos que estejam em desvantagem social; e

Diga-se o óbvio: atribuir título de Bacharel ao "negro" não significa eliminação do racismo e não tem o condão de abrir - por si só - oportunidade ao mais desfavorecido. Da forma preconizada pela Universidade Federal de Santa Catarina, não causaria surpresa se o ingresso do auto-denominado "negro" se transformasse em mais um fator de acirramento das relações inter-raciais, por ser - por si só - discriminatório no sentido negativo.

Por fim, o magistrado federal concluiu:

O ensino é serviço público e deve ser, por isso, universal e igualitário. Não se nega que é sedutora, para não dizer demagógica, a idéia de se prover ensino público da população "negra", saneamento básico da população "negra", abastecimento de luz da população "negra", necessidades de água da população "negra", enfim, todas as necessidades básicas do "negro", mas isso não significa que os demais brasileiros devem deixar de ter acesso ao ensino, à luz, à água, ao esgoto, enfim, a todos os serviços públicos, em favor do "negro".

Ora, ser "negro" não é fator adequado para a promoção de política pública porque o que se objetiva com a ampliação do ensino, do saneamento, do fornecimento de água e de luz é a universalização do serviço público independentemente de raça. Portanto, a supressão de vagas ao "não-negro" viola o princípio constitucional da igualdade, sem que haja real fator para privilegiar o denominado "negro", em detrimento do denominado "não-negro".

A UFSC interpôs recurso de apelação, sobre o qual, em 17.12.2008, posicionou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O TRF4 deu parcial provimento ao recurso, considerando válido o sistema de cotas da UFSC, mas garantindo a vaga do candidato, em razão do cabimento da teoria do fato consumado⁴⁴. Eis a ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. COTAS RACIAIS E SOCIAIS. VAGAS. As ações afirmativas devem dirigir-se às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, não se baseando em critérios raciais. Quanto ao acesso ao ensino superior, razoável unicamente a distinção que vise privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas.

44 Fato consumado "é o fato concluído por completo, cujos efeitos não podem mais ser alterados" (SILVA, 2007, p. 600). Tal teoria foi utilizada em outros feitos, tais como nos mandados de segurança de nº 2008.72.00.000344-4 e 2008.72.00.000742-5.

Se o Edital do Vestibular prevê a reserva de vagas aos candidatos autodeclarados negros dentre aquelas reservadas aos alunos egressos dos sistema público de ensino, o afastamento das "quotas raciais" não implica alteração na classificação do candidato inscrito pelo sistema universal de ingresso.

Se o impetrante beneficiado pela segurança concedida já está matriculado e freqüentando as aulas, não é razoável sua exclusão do curso após um ano letivo, aplicando-se, nesse caso, o entendimento acerca da ocorrência do "fato consumado", quando não há prova de que o seu ingresso no curso tenha implicado prejuízo à instituição de ensino ou aos demais alunos. (Relator Juiz Federal Márcio Antônio Rocha).

O vestibulando, além de impetrar o mandado de segurança supra citado, ofereceu representação solicitando a intervenção da Procuradoria da República em Santa Catarina para anular o sistema de cotas implantado pela UFSC, em 04.12.2007. A partir desta representação, o Procurador Davy Lincoln Rocha propôs ação civil pública (ACP nº 2008.72.00.000331-6) visando o reconhecimento e a declaração de nulidade por ilegalidade dos termos da Resolução Normativa nº 008/2007. Tal pedido foi baseado no Princípio da Legalidade, considerando que, devido à inexistência de Lei que preveja a reserva de vagas, não pode a Universidade, simplesmente com base na autonomia universitária, conceder direitos de qualquer espécie. Enfatizou-se que

Cumpra esclarecer para que fique extirpado de dúvidas que a presente demanda não pretende questionar a constitucionalidade do sistema de cotas para ingresso em universidades públicas, seja por critérios étnicos ou sócio-econômicos. Visa apenas, um provimento jurisdicional que reconheça e determine que qualquer medida a ser implementada nesse sentido dependerá necessariamente de lei, não apenas no sentido material, mas, e principalmente, no sentido formal, de acordo com o processo legislativo previsto nos artigos 59 e seguintes da Constituição Federal.

Em decisão liminar, o Juiz Federal Gustavo Dias de Barcellos, considerando oportuna a ação, deferiu a antecipação de tutela para determinar ao Magnífico Reitor da UFSC que garantisse as vagas e concedesse o direito de matrícula e freqüência às aulas a todos os candidatos que tivessem alcançado a pontuação mínima exigida para a classificação em cada curso, ignorando-se a preferência concedida pela Resolução Normativa nº 008/CUN/2007. A UFSC interpôs agravo de instrumento, no qual obteve sucesso.

O Sindicato das Escolas Particulares do Estado/SC (SINEPE) propôs ação inibitória coletiva (nº 2007.72.00.013905-2), com pedido para decisão liminar,

contra a Universidade Federal de Santa Catarina, alegando inconstitucionalidade da resolução que instituiu as cotas, privilégio aos alunos oriundos de escola pública em detrimento daqueles advindos do ensino privado e política discriminatória em relação aos educandos não negros de escolas particulares.

Em sede liminar, o Juiz Federal Rafael Selau Carmona concedeu parcialmente os efeitos da tutela, condenando a UFSC à criação de vagas suplementares, quantas forem necessárias para atingir os percentuais de reserva de vagas (20 e 10%) e determinando que a UFSC divulgasse a lista dos aprovados do vestibular, destinando o percentual de 30% de vagas do “Programa de Ações Afirmativas” na forma de vagas suplementares, sob pena de multa diária de cem mil reais. A UFSC interpôs recurso de agravo de instrumento e obteve o efeito suspensivo da decisão liminar.

A referida ACP foi redistribuída e apensada aos autos da ação proposta pelo SINEPE, por ter sido reconhecida a conexão entre as duas causas, que têm objeto idêntico. Assim, em 26.09.2008, sobreveio sentença do Juiz Federal Rafael Selau Carmona, que julgou os pedidos parcialmente procedentes condenando a UFSC nos seguintes termos:

CONDENO a UFSC a criar tantas vagas suplementares quantas forem necessárias para atingir aqueles percentuais de 20% e 10% mencionados no art. 6º da Resolução CUn 08/2007, que institui o "Programa de Ações Afirmativas".

CONDENO ainda a UFSC, SEM PREJUÍZO DO SISTEMA DE COTAS, a RECLASSIFICAR, a partir do Vestibular 2008, inclusive, os candidatos não-cotistas considerando a totalidade das vagas disponibilizadas nos cursos para os quais concorrem, procedendo-se às suas convocações para matrícula de acordo com suas novas classificações, juntamente com os convocados pelo Programa de Ações Afirmativas.

CONDENO por fim a UFSC, representada por seu Reitor, a efetuar a RECLASSIFICAÇÃO E CONVOCAÇÃO, 60 dias após o trânsito em julgado desta sentença, dos candidatos que deixaram de ser convocados a partir do Vestibular 2008.

Em 11.12.2008, a UFSC interpôs recurso de apelação. Atualmente tais processos encontram-se no gabinete da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria (3ª Turma).

Pode-se considerar esses feitos como paradigmas, que tiveram forte repercussão no cenário jurídico catarinense, bem como na mídia local. Passa-se então ao estudo dos principais argumentos levados à apreciação do Poder Judiciário.

4.1. DAS FUNDAMENTAÇÕES APRESENTADAS

Tendo em vista que mandado de segurança é o meio pelo qual a maioria dos estudantes prejudicados pelo sistema de cotas recorre ao Judiciário⁴⁵, cabe conceituar esta consagrada ação constitucional prevista no inciso LXIX do artigo 5º da CF/88 e disciplinada pela Lei nº 1.533/51. Segundo José Afonso da Silva,

O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (2001, p. 450).

Alexandre de Moraes destaca que esta ação cabe contra os atos discricionários e vinculados, “pois nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato” (2006, p. 139).

Acerca do conceito de direito líquido e certo, aduz Hely Lopes Meirelles:

(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (...).

(...)

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. (2005, p. 36/37)

O mandado de segurança, normalmente, é repressivo de uma ilegalidade já cometida, mas pode ser preventivo de uma ameaça de direito líquido e certo, não bastando, para tanto, a suposição de uma ameaça de direito; exige-se um ato concreto.⁴⁶

A competência para julgar o mandado de segurança é definida em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta. Assim, no caso dos

45 Segundos dados fornecidos pela Procuradoria Federal junto à UFSC, contra o vestibular 2008 do total de ações propostas, 86,05% eram mandados de segurança; e, contra o vestibular 2009, 95,8%.

46 MEIRELLES, 2005, p. 24.

mandados de segurança impetrados contra atos do Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina e/ou do Presidente da Comissão Permanente de Vestibular (COPERVE), a competência é da Justiça Federal, vez que estas autoridades estão vinculadas à autarquia federal e o art. 109, I da CF/88 prescreve que compete aos Juízes Federais processar e julgar as causas em que as entidades autárquicas federais estiverem na qualidade de rés.

O prazo para a impetração do mandado de segurança, de acordo com o art. 18 da Lei nº 1.533/51, é de 120 dias, contados da ciência do ato pelo interessado. Caso este prazo prescreva, pode-se propor ação ordinária.

Em mandado de segurança, o recurso pode ser voluntário ou necessário. O recurso voluntário depende da vontade da parte, podendo ser interposto pelos impetrantes, Ministério Público, litisconsortes, terceiro prejudicado, bem como pela autoridade coatora.

O recurso necessário é de interposição obrigatória (art. 12 Lei nº 1.533/51), em que o juiz estabelece mediante simples declaração: “sentença sujeito a duplo grau de jurisdição” ou “sentença sujeita a reexame necessário”. O prazo para interposição do recurso de apelação é de 15 dias (art. 508 CPC), contado em dobro para a Fazenda Pública, Ministério Público (art. 188 CPC) e litisconsortes com procuradores diferentes (art. 191 CPC).

4.1.1. Autores

O perfil dos autores das ações é parecido. São candidatos aos cursos ofertados, geralmente estudantes do terceiro ano do ensino médio ou de cursinho pré-vestibular que se sentem prejudicados com a existência do sistema de cotas na UFSC. Alguns impetraram mandados de segurança preventivo, antes da realização do exame vestibular, visando concorrer ao número total de vagas (afastada a reserva de vaga); já outros propõem ações antes da data de realização da matrícula, vez que, caso a reserva de vagas não existisse, teriam se classificado entre os aprovados.

Destacam-se os principais argumentos levados à discussão no Poder Judiciário:

- ofensa aos princípios da isonomia, da proibição das discriminações, do caráter meritório do ingresso no ensino superior e da proporcionalidade;
- obtenção de média que qualifica para o curso que concorreu – por exemplo, candidato obteve a 31º colocação em um curso que oferece 40 vagas, mas, em razão da existência das cotas, não foi classificado;
- inconstitucionalidade da Resolução nº 008/CUN/2007 e dos itens que tratam da reserva de vagas nos Editais dos vestibulares;
- usurpação da competência privativa da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, nos termos do artigo 22, XXIV, da Constituição Federal de 1988;
- a autonomia universitária não permite que a universidade crie de direitos;
- não há lei, em sentido formal e material, que estabeleça a reserva de vagas para negros e egressos do ensino público em instituições de ensino superior;
- critérios insuficientes para a identificação do negro, tendo em vista a intensa miscigenação existente no Brasil.

Assim, os estudantes requerem o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do sistema de cotas da UFSC; a possibilidade de concorrer pelo número total de vagas, com afastamento da reserva de vagas instituída ou a reclassificação no certame, a despeito da reserva de vagas instituída (classificação exclusivamente em função das notas obtidas).

Em que pese serem esses são argumentos e requerimentos majoritariamente realizados, podem se destacar, a título de exemplo, dois casos em que o objeto da ação foi diverso.

No caso exposto no mandado de segurança nº 2009.72.00.001492-6, o impetrante requereu o provimento jurisdicional para concorrer às vagas reservadas às cotas sociais. Argumenta para tanto que, muito embora tenha cursado o terceiro ano do ensino médio em escola particular, tal fato se deu por ter conseguido bolsa de estudos parcial em tal instituição. Aduziu que o fato do estudo em escola particular no 3º ano mediante bolsa não o liberta do quadro social vivido anteriormente (cursou todos os anos anteriores em escola pública).

Apontou que o Edital do Vestibular, amparando-se na Resolução Normativa nº 008/CUN/2007, deixou lacuna que lhe alcançou, uma vez que o edital lhe retira injustamente o direito de cotas, prejudicando-o diretamente por não poder competir com os alunos universais, os quais tiveram grande preparo e

qualidade exacerbada de ensino nos vários anos de escola privada. Fundamentou seu pedido nas Leis 10.558/02⁴⁷ e 10.678/06⁴⁸, além dos art. 206, I c/c 208 da Constituição Federal⁴⁹.

A questão trazida nos autos da ação ordinária nº 2009.72.00.000992-0 diz respeito ao *discrímen racial*. O impetrante, inscrito no Programa de Ações Afirmativas na qualidade de egresso de escola pública, objetivava concorrer à totalidade das vagas reservadas a esta modalidade, excluindo a preferência dos candidatos autodeclarados negros, uma vez que não teria sido aprovado em razão desta modalidade das cotas. Requereu, portanto, a inconstitucionalidade das cotas raciais previstas na Resolução Normativa 008/CUN/2007⁵⁰.

4.1.2. A defesa da UFSC

A Universidade Federal de Santa Catarina é representada em juízo pela Procuradoria Federal em Santa Catarina, órgão da Advocacia Geral da União, nos termos da Lei nº 10.480/02⁵¹ e da Portaria AGU nº 683, de 26.07.2005.

Exemplifica-se o posicionamento com a manifestação nos autos do mandado de segurança nº 2008.72.00.013890-8, assinada pelo Procurador – Chefe da Procuradoria Federal junto à UFSC, Nilto Parma, e pelo Vice-Reitor Carlos Alberto Justo da Silva. Destacaram que inexistente interesse processual para o pedido da impetrante concorrer à totalidade das vagas, essencialmente no que tange àquelas destinadas aos indígenas, uma vez que não há reserva e sim criação de novas vagas. Ressaltaram também que a inconstitucionalidade alegada é apenas um item no conjunto de ações propostas pela UFSC - o

47 “Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências”.

48 “Cria a Secretaria Especial de Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências”.

49 O Juiz Federal Substituto Cláudio Roberto da Silva concedeu a segurança, por meio de sentença, dia 30.04.2009. Concluiu que o fato de a estudante ter cursado o terceiro ano do ensino médio em escola particular, amparada por bolsa de estudos parcial, não a afasta do sistema de cotas sociais.

50 Liminar não concedida. Sobreveio sentença do juiz Hildo Nicolau Peron, em 15.04.2009, rejeitando os pedidos, por considerar a Resolução inconstitucional como um todo, sendo inviável a pretensão do autor de declarar a inconstitucionalidade somente no que diz respeito ao *discrímen racial*.

51 Que “Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências”

Programa de Ações Afirmativas não se constitui em mera reserva de vagas, compondo-se de um conjunto de ações: preparação para o acesso aos cursos de graduação da Universidade, acesso aos cursos de graduação, acompanhamento e permanência do aluno, acompanhamento da inserção sócio-profissional dos alunos egressos da universidade, ampliação das vagas e criação de cursos noturnos.

(...) a alegada inconstitucionalidade do ato, aventada pela Impetrante, é apenas um item no conjunto global de ações propostas pela UFSC, que, longe do descumprimento da Lei, visa exclusivamente ao atendimento dos designios constitucionais do amplo exercício da cidadania, da qualificação profissional, da melhoria das condições de vida da população menos favorecida, entre outros. Com efeito, constitui meios de inclusão social; meios de diminuição das desigualdades sociais.

Afirmaram que a resolução que instituiu tal programa decorre da ordem constitucional prevista no art. 3º da Carta Magna (redução das desigualdades sociais), relevando-se a promoção dos valores democráticos e do respeito à diferença e à diversidade sócio-econômica.

Quanto à alegação de suposto racismo com relação ao critério de raça, evidenciaram que **“o racismo existe quando as ações objetivam humilhar ou insultar um grupo racial. No presente caso, é notório que os atos visam compensar desvantagens impostas contra minorias”**.

Dispuseram que a Universidade simplesmente cumpre o previsto no art. 206, I da CF/88 no âmbito de sua competência, prevista no art. 207 da CF/88. Por fim, colacionaram jurisprudência demonstrando apoio do Poder Judiciário à atitude da UFSC e outras instituições que instituíram programas de ações afirmativas.

4.1.3. A atuação do Ministério Público Federal

Além de impetrante e impetrado, nos mandados de segurança faz-se necessária a presença do Ministério Público na relação processual. Exerce função não de representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que pertence, mas de parte pública autônoma incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo.

São princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§1º do art. 127 da CF/88).

O princípio da unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só Procurador-geral. Ressalva-se, porém, que inexistente unidade entre o Ministério Público Federal e dos Estados (MORAES, 2006, p. 566). Chimenti et al., acrescentam que o princípio também se caracteriza pelo fato de que na estrutura do Estado não haverá nenhuma outra instituição com idênticas funções ou perfil constitucional (2005, p. 417).

Caracterizado como verdadeiro corolário do princípio da unidade, a indivisibilidade significa que a Instituição não pode se subdividir em vários outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros: “O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais” (MORAES, 2006, p. 566).

Por força do princípio da independência funcional, os membros do Ministério Público têm ampla liberdade para a formação de seu convencimento técnico, expondo ou postulando segundo seu próprio juízo de convicção. No entanto, a atuação de seus membros não pode se dar à revelia da ordem jurídica, o posicionamento adotado encontra limites na lei, devendo o agente expor a motivação de seus atos (CHIMENTI et al., 2005, p. 419):

Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. Os órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo.

Na área cível, o Ministério Público atua como “fiscal da lei” (*Custos Legis*), intervindo nas ações individuais onde esteja presente o interesse público, evidenciado pela qualidade da parte ou pelo objeto da lide. “Tal atribuição compreende não somente a verificação do fiel cumprimento da ordem jurídica, mas no posicionamento sobre o mérito da causa, com a possibilidade de recorrer das decisões nele proferidas”⁵².

52 PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SANTA CATARINA. **Áreas de atuação: cível.** Disponível em: <<http://www.prsc.mpf.gov.br/estrutura/areas/civel.phtml>>. Acesso em: 26 maio 2009.

Sobre a atuação do MPF nas ações propostas contra as cotas, destaca-se o posicionamento do Juiz Federal Substituto Rafael Selau Carmona, em decisão nos autos da ação ordinária nº 2007.72.00.013905-2/SC:

Considerando a amplitude dos temas que a instituição de cotas nas universidades públicas suscita e o incontestável interesse público da discussão, entendo necessária a participação do Ministério Público na celeuma. Tal participação pode se dar no presente feito, seja como custos legis, seja como autor, encampando e/ou aditando a inicial com novos fundamentos e/ou pedidos, ou até propondo outras medidas ou ações judiciais que possam colaborar com a consecução dos objetivos supra declinados. Com efeito, pode o Ministério Público atuar também como parte, e não apenas como custos legis, já que se trata de **direitos difusos**. Enfim, dispõe o Ministério Público de legitimidade conferida pela Constituição, bastando a adequação ao procedimento legal pertinente.

Pode-se observar o princípio da independência funcional quando do estudo da atuação do MPF em feitos que debatem a reserva de vagas na UFSC. Segundo a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que coordena ações de defesa dos direitos constitucionais do ser humano, existem orientações no sentido de que o MPF deve ser favorável às ações afirmativas. Destacam-se duas resoluções elaboradas em Encontros Nacionais dos Procuradores e Procuradoras dos Direitos do Cidadão (ENPDC):

Resolução 22 do XI ENPDC - O ENPDC é favorável às ações afirmativas para afrodescendentes e pessoas com deficiência. É também favorável à reserva de vagas (quotas) nas universidades, em cargos públicos e em processos simplificados de seleção para pessoas com deficiência (por unanimidade). Recomenda-se aos PRDCs e PDCs que acompanhem a execução dos programas de ações afirmativas, inclusive para garantir os recursos financeiros necessários à concessão de bolsas de estudos e outros incentivos aos beneficiários (por maioria). (Resolução da Plenária realizada dia 01.09.2005)⁵³

Resolução 63 do XIV ENPDC - O cerne da atuação do MPF deve ser a luta pela compensação das desvantagens dos grupos desfavorecidos, em busca de uma igualdade efetiva, inclusive com o apoio de ações afirmativas como medidas necessárias na busca pela eliminação de todas as formas de discriminação. (Encontro realizado de 26.08.08 a 28.08.08)⁵⁴

53 PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **XI Encontro Nacional dos Procuradores dos Direitos do Cidadão (Resoluções da Plenária de 1º/09/05)**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/sobre-a-pfdc/o-que-e-a-pfdc/Resolucoes%20do%20XI%20ENCONTRO%20NACIONAL.PDF>>. Acesso em: 30 maio 2009.

54 PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **XIV Encontro Nacional dos Procuradores dos Direitos do Cidadão (Resoluções)**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/eventos/encontro-nacional/xiv_encontro-nacional/Resolucoes_XIV_Encontro.pdf>. Acesso em: 30 maio 2009.

No âmbito da Procuradoria da República em Santa Catarina, existem posicionamentos diversos acerca do tema. Alguns Procuradores, pautados na sua própria convicção, dentro dos limites da lei, demonstram-se contrários aos critérios e à forma adotados para a implantação do sistema de cotas nas universidades. Verifica-se que o Procurador da República Davy Lincoln Rocha, ao propor a já citada ação civil pública, posicionou-se em sentido contrário à recomendação da PFDC. No mesmo sentido, é o entendimento do Procurador Carlos Augusto de Amorim Dutra nas manifestações nos mandados de segurança.

Extrai-se, sucintamente, da fundamentação apresentada por Dutra no mandado de segurança de nº 2008.72.00.000328-6: citando os artigos 3º, IV e art. 5º, caput da CF/88, afirmou que a Constituição Federal consagrou o princípio da igualdade e vedou a possibilidade de distinção entre os brasileiros; colacionou precedentes do Judiciário Estadual e Federal, que consideram inconstitucionais a reserva de vagas por critérios raciais e ilegítima a criação de cotas por meio de resolução normativa, respectivamente; e concluiu pela concessão da segurança, frisando que não devem ocorrer decisões contrárias ao Programa de Ações Afirmativas, mas que não pode prevalecer um critério de distinção racial entre brasileiros (o que é vedado pela CF/88) e que deve ser observado o princípio da legalidade. Frise-se que tal Procurador não é contrário às políticas de ações afirmativas, mas sim contrário às formas e critérios utilizados pela UFSC.

Já o Procurador da República Maurício Pessuto tem posicionamento favorável. Afirmou, nos autos do MS nº 2009.72.00.000481-7, que o objetivo do Programa de Ações Afirmativas vai ao encontro do verdadeiro ideal buscado pelo Estado de Direito, pois visa garantir o acesso, em igualdade de condições, à universidade pública; o princípio da igualdade deve ser aplicado a partir de uma concepção realista: igualando ou desigualando os candidatos de acordo com a realidade social vivenciada por cada grupo.

Quanto à diferenciação pelo aspecto racial, entende que o programa admite a existência de grupos historicamente desfavorecidos, favorecendo aos seus integrantes acesso que pelos caminhos sociais dificilmente conseguiriam atingir. Justificou o *discrimen social* afirmando ser a educação a única ferramenta capaz de proporcionar a construção do conhecimento, o aperfeiçoamento

profissional e a ascensão social, portanto, teratológico impedir o acesso aos mais desfavorecidos. Colacionou precedentes do TRF4.

Concluiu afirmando que a política de reserva de vagas não constitui solução ideal para a desigualdade existente na sociedade brasileira, mas que, inconstitucional é anular ou reprimir tais medidas, tendo em vista a obediência aos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira (art. 3º CF/88).

4.2. AS DECISÕES

4.2.1. Primeira Instância – Justiça Federal de Santa Catarina (JFSC)

Segundo dados fornecidos pela Procuradoria Federal junto à UFSC, foram propostas 86 ações contra o vestibular 2008 e 119 contra o exame de 2009. São competentes para julgar estas ações, de natureza cível, três Varas Federais de Florianópolis. Cumpre, então, relatar o posicionamento destes órgãos julgadores.

A Primeira Vara Federal é contrária ao sistema de cotas instituído pela Universidade Federal de Santa Catarina. Os Juízes Federais Paulo Henrique de Carvalho e Gustavo Dias de Barcellos têm posicionamentos semelhantes. Entendem que o vestibular, ao exigir como critério unicamente o mérito, está de acordo com o pressuposto constitucional de igualdade e com a legislação pertinente.

Segundo eles, o sistema de cotas está criando uma situação discriminatória, tendo em vista que parte da premissa de que todo negro que estudou em escola pública tem formação intelectual inferior e de que o aluno do ensino público é menos capaz que o de ensino privado, além de privilegiar não os que pertencem à raça negra, mas os que parecem a ela pertencer. Criticam os critérios utilizados para a identificação do candidato como negro ou branco, uma vez que a população brasileira resulta da imigração de diversas origens e há miscigenação.

Na verdade, as políticas de ações afirmativas deveriam estar preocupadas em concretizar 'a garantia de padrão de qualidade' no ensino, erigida à condição de princípio constitucional pelo artigo 206, inciso VII, da Constituição Federal; e não em privilegiar este ou aquele candidato, em detrimento do mérito. (trecho retirado de decisão liminar

do magistrado federal Paulo H. De Carvalho - mandado de segurança nº 2009.72.00.000233-0).

Barcellos afirmou, em decisão liminar no mandado de segurança nº 2009.72.00.001630-3, que a Resolução Normativa nº 008/CUN/2007 padece de vício de legitimidade, uma vez que é competência privativa da União legislar acerca de diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV da CF/88); e que a autonomia universitária não possibilita às autarquias estabelecer direitos ou impor vedações de forma discricionária, deve atender aos limites impostos pelo princípio da legalidade. Extrai-se da referida decisão:

Nesse cenário, no tocante ao critério 'étnico', sequer uma lei ordinária lograria dar validade ao sistema de cotas adotado pela UFSC, dada sua evidente inconstitucionalidade.

(...)

No tocante à reserva para candidatos egressos do ensino público, ainda que se reconheça um grau de objetividade bem mais elevado do que o critério 'étnico', tenho que tal iniciativa deveria estar amparada em Lei, conforme já exposto.

No âmbito legislativo, espera-se, venha a ser ampliada a discussão sobre o acesso ao ensino superior, evitando-se o simplismo de uma cláusula que apenas atribui 20% das vagas a quem tenha cursado todo o ensino fundamental e médio na escola pública. O enfrentamento sério da questão deverá passar pelo restabelecimento da qualidade do ensino público, dentre inúmeras outras iniciativas.

Os Juízes Federais Carlos Alberto da Costa Dias e Hildo Nicolau Peron, da Segunda Vara, também têm entendimento contrário às cotas. O posicionamento de Carlos Alberto já foi citado quando tratou-se do mandado de segurança nº 2007.72.00.011867-0.

O magistrado Hildo Peron, em decisão liminar no mandado de segurança nº 2009.72.00.001139-1, afirmou que a Resolução nº 008/CUN/2007 afronta preceitos constitucionais relacionados à não discriminação e à igualdade de direitos para o acesso aos níveis mais elevados de ensino de acordo com a capacidade de cada um (Constituição Federal, artigos 3º, IV, 5º, XLII, 19, II, 206, I e 208 V). A universidade não pode deixar de observar tais princípios e regras em nome da autonomia administrativa que lhe foi conferida. Aponta que:

A interpretação sistêmica das disposições constitucionais citadas permite concluir que: a) REGRA GERAL, a Constituição abomina distinções de caráter discriminatório; e b) a REGRA ESPECÍFICA PARA O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR não excepciona para afastar a aplicação da regra geral, que abomina preferências entre

raças associadas, ou não, ao critério da origem escolar, pública ou privada do candidato ao vestibular.

Peron citou trechos da decisão de seu colega Carlos Alberto para posicionar-se acerca do critério racial para o acesso à universidade. Com relação ao critério de reserva de vagas para egressos de escola pública, aduziu que este não se justifica, uma vez que, não se pode afirmar que todo ensino público do país faliu, pois existem instituições de ensino público, como as escolas técnicas federais e os colégios militares, bem conceituadas; e que o favorecimento de alunos dessas instituições perpetua a injustiça.

(...) nesta parte, acaba por estabelecer mais privilégios para quem já se beneficiou uma vez ao estudar em escolas desse nível mais elevado do que o mantido em muitas das escolas privadas. Portanto, pode ser falacioso dizer que o programa seja capaz de reduzir as desigualdades sociais.

Extrai-se ainda do entender desse Juiz Federal:

O programa da UFSC, ao reconhecer implicitamente que existe uma dívida social do país para com os negros, não pode ter o condão de modificar o critério constitucional de acesso ao ensino superior. Pessoalmente, também comungo desse entendimento, mas não será o ativismo judicial que irá solucionar a questão subvertendo a ordem instituída. Se por esse motivo (histórico-social) os negros se encontram menos capacitados a participar em igualdade de condições no vestibular ou se os estudantes de escolas públicas não alcançam concorrer em igualdade de condições com os das escolas privadas, é visível que a solução para o problema do acesso ao ensino por aquelas pessoas deve ser resolvido por ações da sociedade e/ou do governo em etapas de capacitação que precedem o vestibular, e não pela adoção de mais um critério paternalista como tantos outros comuns neste Brasil e, jamais com a adoção de um critério que agora venha a discriminar os negros que já se esforçaram para se capacitar ou que venha a excluir os não negros pelo critério da cor da pele.

Já o entendimento dos Juízes da 3ª Vara Federal não é unânime. Enquanto o Substituto, Cláudio Roberto da Silva, é contrário ao sistema de cotas instituído pela UFSC, o Titular, Osni Cardoso Filho, é favorável. Frise-se que em vários feitos Cláudio concedeu a liminar e, na sentença, Osni revogou e denegou a segurança.

Observou-se, por exemplo, que, nos mandados de segurança de nº 2009.72.00.001213-9, 2009.72.00.001133-0 e 2009.72.00.001304-1, logo após Cláudio deferir o pedido liminar, Osni revogou: "(...) considerando que as razões

expendidas inicialmente pelo Juiz Federal Substituto são diametralmente contrárias ao entendimento que venho manifestando em reiteradas decisões, revogo a liminar proferida às fls. 60/77”.

A universidade, em nome da autonomia a ela conferida constitucionalmente, não pode criar distinção e restrição na prestação da educação, tal competência é privativa da União (art. 22, XXIV). As cotas não podem ser fundamentadas na Lei nº 10.558/02 (que criou o Programa Diversidade na Universidade), visto que tal Lei cuida de implementar o acesso ao ensino superior por meio de concessão de bolsas e transferências de recursos, não se vislumbrando nela autorização para a reserva de vagas. Ademais, não existe lei que autorize as instituições federais de ensino superior a reservar vagas à luz dos critérios étnicos e sociais. Tais observações quanto ao aspecto formal do sistema de cotas da UFSC foram feitas pelo magistrado federal Cláudio Roberto da Silva, em decisão liminar no mandado de segurança nº 2009.72.00.001213-9.

Quanto ao aspecto do mérito, o Juiz Federal Substituto da 3ª vara aduziu que a educação, entendida como serviço público, deve se dispor a atender aos interesses ou necessidades públicas, impõe que seja oferecida de maneira igualitária.

O magistrado justificou a atuação do Poder Judiciário no caso, tendo em vista a necessidade do controle das omissões do Poder Público na prestação dos serviços públicos. Afirmou que não desconhece os precedentes do TRF4 que legitimam a discriminação positiva em razão da dívida histórica com os negros, a ADI contra a Lei Estadual do Rio de Janeiro que institui as cotas no estado, os esforços da doutrina para legitimar essas ações afirmativas, bem como a existência da prática do racismo no Brasil. Entretanto, considera inconstitucional o sistema de “cotas raciais”. Colacionou, na íntegra, a decisão do Juiz Carlos Alberto da Costa Dias, em razão da excelência das argumentações.

Osni Cardoso Filho, em substancial sentença nos autos do mandado de segurança nº 2009.72.00.001213-9, afirmou que os fundamentos e os objetivos republicanos, previstos na Constituição Federal de 1988, legitimam a implementação de políticas públicas que procurem, a um só tempo, resgatar a desigualdade histórica na formação da nacionalidade e promover permanentemente a integração social.

Explicou que a ação afirmativa pode se fundamentar em um postulado compensatório, tendo em vista as discriminações negativas que geraram a marginalização de grupos minoritários, e pode ser entendida como meio prospectivo de equalização de oportunidades àqueles que, involuntariamente, são segregados sociais.

Sob essa ótica, a ação afirmativa é operador efetivo da consecução dos objetivos republicanos, no sentido de promover a autorizada vontade do legislador constituinte de *modificar* o contexto social de acentuada disparidade.

Assim, toda insurgência contra a implementação de medidas com esta finalidade importa implicitamente a incompreensão do que representa observar construtivamente o princípio da igualdade. Somente a leitura restritiva de seus limites conduziria à conclusão de que ações afirmativas, longe de atingir o propósito de fazê-lo valer, desrespeitam a sua vigência.

Segundo esse magistrado, um programa de ação afirmativa que esteja centrado em critério razoável de distinção busca a realização efetiva do princípio da igualdade, uma vez que sempre que se queira estabelecer igualdade, cumpre eliminar as naturais diferenças que poderiam ocasionar uma vantagem indevida de uns em relação a outros. Assim, em seu entender, o princípio da igualdade foi violado até a implantação do sistema de cotas na UFSC, pois sempre foi desigual o acesso:

De um lado, estudantes originários de escolas particulares, bem mais preparados tecnicamente, inclusive com reforço de cursinhos pré-vestibulares. Do outro, alunos vindos de escolas públicas, com as deficiências que até hoje não foram supridas, em sua generalidade com muito menores condições de êxito em qualquer certame.

Vistos sob classificação racial, os aprovados sempre foram predominantemente brancos. Poderia ser objeto de desafio a quem tenha nível superior, a indicação nominal de amigos, colegas de turma, ou mesmo conhecidos, feitos na vida acadêmica.

O estabelecimento de cotas para afrodescendentes não constitui ofensa ao princípio da igualdade, mas justamente o contrário: visa mitigar as desigualdades históricas que traçaram a formação do povo brasileiro. Isto porque, a CF/88, no entender de Osni, ao estabelecer o princípio da igualdade, não impede a desigualação nem a utilização de seus elementos para promover a isonomia.

Para o Juiz Federal Titular da 3ª Vara, o princípio da legalidade não impede que as universidades, no gozo das atribuições advindas de sua

autonomia universitária, disciplinem o modo pelo qual selecionam seus alunos; não há, portanto, a necessidade de lei formal para legitimar as cotas.

Com efeito, o Programa de Ações Afirmativas tem por finalidade promover a justiça social que, como já foi dito, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, da Constituição Federal).

A política de cotas propicia, ainda, maior equilíbrio entre os estudantes do ensino médio, fomentando a igualdade de condições de acesso consagrada no art. 206, I, da Constituição Federal.

Ainda no entender do magistrado federal Osni, a Lei nº 10.558/02, que criou o Programa Diversidade na Universidade, não é incompatível com a Resolução nº 008/CUN/2007, vez que serve apenas como incentivo financeiro para inclusão universitária, não disciplinando o modo como isso deve ocorrer.

O Juiz Federal Substituto Rafael Selau Carmona, atualmente na 2ª Vara Criminal de Florianópolis, também se manifestou pela legitimidade do sistema de cotas instituído pela UFSC. De forma bastante objetiva, o magistrado propôs uma solução diversa.

Ao analisar o Programa de Ações Afirmativas frente ao princípio da isonomia formal e material, no mandado de segurança nº 2008.72.00.000413-8, o magistrado concluiu que formalmente a igualdade é respeitada, tendo em vista que os optantes deste Programa submetem-se às mesmas provas de ingresso que os demais candidatos. Entretanto, não basta que todos os candidatos se submetam à mesma prova, é necessário que todos tenham a oportunidade de realmente disputar uma vaga em uma universidade pública e gratuita.

Atentando-se para os dados que nortearam a adoção do sistema de cotas pela UFSC, Carmona afirmou que os egressos de ensino exclusivamente público e os negros não conseguem os mesmos resultados obtidos pelos demais candidatos.

Enfim, não se pode opor a mácula de ferimento ao princípio da igualdade de condições, pois materialmente não há igualdade entre os inscritos no vestibular, de modo que as ações afirmativas são justamente o ponto de equilíbrio nas relações entre os citados candidatos.

A maioria das partes contrárias às cotas da UFSC se manifesta quanto à reserva de vagas e não à criação de vagas suplementares para os índios, porque

há concorrência às vagas já existentes na universidade, havendo uma subtração e não criação de novas vagas. Aduziu o magistrado:

A problemática, como revela a coleta de dados da UFSC, aparece nos cursos mais concorridos e, portanto, somente nestes haverá a efetiva reserva ou destinação de vagas. Tomando como exemplo outros cursos já citados nesta decisão, na Medicina apenas 4% dos aprovados no vestibular de 2006 provêm do ensino público integral. Neste curso, portanto, a ação afirmativa seria efetivada, pois faltariam 16 aprovados egressos do ensino público para que a cota de 20% fosse atingida, acaso já estivesse em vigor naquele ano. Logo, 16 vagas de estudantes melhor classificados no concurso vestibular, pela lista geral, deveriam ser destinadas a outros candidatos, estes egressos do ensino público.
(...)

A reserva de vagas, logo, é parcial, pois se destina somente a alguns cursos universitários, já que em 29 deles os destinatários das ações afirmativas já estão percentualmente bem representados. (grifos do autor)

Para a efetivação das ações afirmativas, devem ser utilizadas vagas já existentes ou devem ser criadas novas vagas? O referido magistrado federal entende que a UFSC deve criar novas vagas até serem atingidos os percentuais de garantia de cada grupo contemplado, vez que existem cursos em que não há necessidade de se reservarem vagas para egressos do ensino público – a maioria do curso já é formada por egresso de escolas públicas.

Analisando os dispositivos constitucionais invocados contra as ações afirmativas, o magistrado concluiu que todos devem ser analisados em conjunto, não havendo a preponderância de um ou outro – a Resolução Normativa nº 008/CUN/2007 deve ser interpretada conforme a Constituição.

Portanto, a unidade da Constituição e a efetivação de suas normas somente podem levar a um caminho: o de que **a ampliação do número de vagas no ensino público superior deve ser maximizada**, para que se possa *"reduzir as desigualdades sociais e regionais"* e *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"*, de modo a efetivar o princípio da *"igualdade de condições para o acesso e permanência na escola"*, garantindo assim *"acesso aos níveis mais elevados do ensino, (...), segundo a capacidade de cada um"*, pois a educação é *"direito de todos e dever do Estado"* (CF: art. 3º, III e IV; art. 206, I; 208, V; art. 205).

Portanto, Rafael Selau Carmona entende que não padece de irregularidades o Programa de Ações Afirmativas, mas que deve haver adequação deste ao postulado da efetivação das normas constitucionais.

Assim, a adequação correta é que sejam matriculados tanto aqueles que obteriam classificação acaso não existisse o Programa de Ações Afirmativas, quanto aqueles candidatos cotistas já classificados pela Universidade. Ou seja, não pode haver subtração das vagas já existentes na Universidade para alocação aos cotistas, pois devem ser acrescidas novas vagas àquelas já existentes.

De todo o exposto, conclui-se que o entendimento majoritário da Justiça Federal de Santa Catarina – Seção Judiciária de Florianópolis, é contrário ao Programa de Ações Afirmativas instituído pela Universidade Federal de Santa Catarina.

4.2.2. Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região é organizado em seções e turmas. Compete à 2ª Seção, integrada pelas 3ª e 4ª Turmas, processar e julgar os feitos de natureza administrativa, civil e comercial (art. 2º, II, Regimento Interno do TRF4). Portanto, cabe a estas Turmas o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões proferidas nas ações propostas contra o sistema de cotas da UFSC. Cumpre, então, verificar o posicionamento de cada um destes órgãos julgadores, quando do julgamento de recursos de apelação em mandados de segurança, destacando os principais argumentos utilizados pelos Desembargadores Federais.

A 3ª Turma, atualmente, é composta pelos Desembargadores Federais Maria Lúcia Luz Leiria (presidente), Luiz Carlos de Castro Lugon, Carlos Eduardo Thompson Flores e pelo Juiz Federal convocado Roger Raupp Rios (que não integra a seção). Do estudo de decisões em recursos de apelação, verificou-se que esta Turma tem posicionamento majoritariamente favorável ao sistema de cotas.

A Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, em voto no recurso de apelação nº 2008.72.00.001877-0, fundamentando-se em doutrinas nacionais e internacionais, demonstrou posicionamento favorável à implantação do sistema de cotas da UFSC, impugnando todos os pontos discutidos. Passa-se ao estudo dos principais argumentos por ela despendidos.

Segundo essa magistrada, a alegação de que não existe base legal para a implantação desta forma de política pública não procede, visto que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, como a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto nº 65.810, de 08.12.1969) e que, por mais que alguns ainda não tenham sido incorporados ao ordenamento pátrio pela via legislativa adequada, já existe posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal no sentido de que deve ser conferido aos tratados internacionais uma hierarquia de supralegalidade.

Aduziu que, em virtude dos vários tratados de que é signatário, pode o Brasil ser punido no plano internacional por não estabelecer, na prática, a realização de ações afirmativas. E que, no plano interno, já existem leis, como a Lei nº 10.172/2001, que instituiu o Plano Nacional de Educação, Lei nº 10.558/2002, que estabeleceu o Programa Diversidade na Universidade, Lei nº 10.678/2003, que criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, decretos e portarias no âmbito executivo e judiciário, que instituem metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Esclareceu, ainda, que a própria Constituição de 1988 estabelece situações de ações afirmativas (proteção da mulher no mercado de trabalho e percentual de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência) e que a própria legislação infraconstitucional prevê sistemas de discriminação positiva, por meio das seguintes leis: Lei nº 9.100/95, Lei nº 9.504/97, Lei nº 7.853/89 e Lei nº 8.112/90.

Afirmou que em nenhuma dessas previsões houve tão fortes contestações de inconstitucionalidade como agora, revelando o “racismo cordial” que existe na sociedade brasileira.

Em todas elas [leis que criaram reservas de vagas], vinculadas ao total de vagas disponíveis ou ofertadas ao certame, inclusive para concursos, também instituto tipicamente “meritório”. Inclusão de novos critérios nunca implicou o ferimento do alegado “mérito” nos concursos públicos.

Merece destaque também a citação de órgãos internacionais que estudam as formas de discriminação no mundo e que relatam a sociedade brasileira como racista. Evidencia que a sociedade brasileira não admite o racismo, mas que este

pode ser verificado inclusive em regras políticas e práticas governamentais, destoando do objetivo do princípio da igualdade material.

A Desembargadora afirmou que a alegação de que esta forma de ação afirmativa seria discriminação para combater outra discriminação, não encontra substrato constitucional e legal. Isto, tendo em vista o próprio conceito de discriminação e de ação afirmativa; o objetivo de que, por meio dela, sejam rompidos preconceitos contra os grupos minoritários para que saiam da marginalidade social formalizada; que as ações afirmativas objetivam, por sua própria natureza, sua extinção, uma vez atingidas suas finalidades; e o mito da “democracia racial” existente no Brasil, vislumbrado através do “racismo institucionalizado”, que pode ser observado cotidianamente na sociedade.

Acerca da autonomia universitária, a magistrada afirmou que a jurisprudência do TRF4 tem se orientado no sentido de que podem as universidades se pautarem neste princípio para implementar sistema de cotas, dado que encontra substrato constitucional e infraconstitucional, na LDB.

Ora, podendo reduzir ou mesmo ampliar as vagas, "dentro dos recursos orçamentários disponíveis" não há impedimento legal para o exercício da autonomia no tocante à fixação de cotas. Ademais, cabe à União, constitucionalmente, o financiamento das instituições públicas e o exercício, "em matéria educacional, de função redistributiva e supletiva" (art. 211, §1º, CF).

Com relação à alegação de ofensa ao sistema meritório, a Desembargadora afirmou que não procede tal objeção, argumentando que o dispositivo constitucional (art. 208, V) não estabeleceu o “mérito” como critério único e distinto para acesso ao ensino superior; que tal sistema é fixado pela universidade, que estabelece em editais as bases nas quais o mérito do candidato será avaliado; os candidatos, independente de estarem ou não incluídos no sistema de cotas, devem atingir uma nota mínima (“nota de corte”); o componente subjetivo da escolha dos temas, formulações de problemas, tipos de raciocínio contribuem para que sejam aferidos determinados conhecimentos ou estabelecidos determinados resultados; que os cotistas estão concorrendo por sistemas diferentes e vagas distintas; e porque inexistente algo que constitua “mérito” em abstrato.

A própria alegação de que o mérito somente pode ser aferido pelo vestibular implicaria constitucionalizar este procedimento de seleção,

como se fosse a única possibilidade de ingresso universitário ou que o modelo não pudesse ser alterado.

Por fim, a magistrada entende que a afirmação de que não há proporcionalidade, necessidade e adequação das medidas afirmativas implementadas não merece ser acolhida, pois as ações afirmativas no âmbito educacional visam à consecução dos fins constitucionais de repúdio ao racismo, redução das desigualdades sociais, pluralismo de idéias, garantia de padrão de qualidade do ensino, defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, valorização da diversidade étnica e cultural e promoção do bem de todos.

O Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon também tem entendimento favorável acerca do sistema de cotas. Em voto na apelação nº 2007.72.00.015480-6, apresentou fundamentos baseados no princípio da igualdade material, no modelo norte-americano, na existência de desigualdade étnica no Brasil, nos dispositivos constitucionais que prevêm ações afirmativas, dentre outros. Extraí-se:

É simplismo alegar, em relação ao tema sub examine, que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.

Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

Em voto proferido na apelação nº 2008.72.00.002303-0, o Juiz Federal Roger Raupp Rios⁵⁵, de forma bastante didática, explanou diversos tópicos atinentes ao tema para fundamentar sua posição, tais como o princípio constitucional da igualdade, conceito de ações afirmativas, modalidades de discriminação, ações afirmativas no direito brasileiro e exame dos prós e contras suscitados nos litígios judiciais.

A experiência norte-americana, os precedentes constitucionais brasileiros de ações afirmativas, a fundamentação constitucional específica para as cotas raciais e sociais, dentre outros, foram objeto de estudo do magistrado. Entretanto, além de aprofundar-se nos principais conceitos e temas debatidos na maioria das lides acerca do sistema de cotas, atentou para o direito da Antidiscriminação. Tal campo de conhecimento surgiu a partir do debate jurídico internacional sobre o conjunto de iniciativas de combate à discriminação, e acrescenta elementos, princípios, institutos e perspectivas para a compreensão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

A meu ver, o direito da antidiscriminação fornece ao direito constitucional (com repercussões em todos os ramos do ordenamento jurídico) categorias e instrumentos em favor da força normativa da Constituição, desvelando, concretizando e desenvolvendo potencialidades e efeitos ora esquecidos, ora pouco desenvolvidos, pertinentes à compreensão corrente do princípio jurídico da igualdade.

O Supremo Tribunal Federal, salienta Roger, manifestou-se pelo menos duas vezes sobre ações afirmativas, tendo sido feita referência ao sistema norte-americano e à legitimidade de “discriminação positiva”. Assegura o Juiz Federal:

Na primeira delas, o tribunal, incidentalmente, pelo voto de dois Ministros, manifestou-se pela compatibilidade das ações afirmativas no direito constitucional brasileiro. Na outra, houve o exame direto e explícito da questão, ainda que tal hipótese não tenha ensejado maior polêmica ou despertado mais atenção. Nas duas, ainda que de modo sucinto, o tribunal enfrentou a relação entre a igualdade de direito e a exigência da promoção da igualdade de fato.

Da 3ª Turma, verificou-se somente o posicionamento do Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores contrário ao sistema de cotas que,

55 É autor da seguinte obra: O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense. Tese de doutorado, UFRGS, 2004.

portanto, sempre tem seu voto vencido nos acórdãos proferidos por esta Turma. Em voto na apelação nº 2008.72.00.002303-0, utilizou-se dos argumentos despendidos pelo MPF (contrários ao modelo proposto pela UFSC), colacionou entendimento da Desembargadora Federal Marga Tessler e outros votos de sua própria autoria, para negar provimento à apelação interposta pela UFSC. Aduz, dentre outros, que não há critérios seguros para a averiguação da situação sócio-econômica dos candidatos beneficiados pelo sistema de reserva de vagas e que

no regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Exemplifica-se o entendimento da 3ª turma com as seguintes ementas:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÕES AFIRMATIVAS. "COTAS" NAS UNIVERSIDADES. CRITÉRIO RACIAL. DISCRIMINAÇÃO. ISONOMIA. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. MÉRITO UNIVERSITÁRIO.

1. POLÍTICAS AFIRMATIVAS. Conjunto de políticas públicas e privadas, tanto compulsórias, quanto facultativas ou voluntárias, com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e outras intolerâncias correlatas. Técnicas que não se subsumem ao sistema de cotas, ainda que com elas sempre relacionadas.

2. INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. Previsão expressa no Plano Nacional de Direitos Humanos, no Plano Nacional de Educação e nas Leis nº 10.558/2002, que criou o programa "Diversidade na Universidade" e Lei nº 10.678/2003, que criou Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Autorização, por via legal, para implementação, pelo Poder Executivo, de políticas afirmativas. Previsão em tratados internacionais.

3. CONSTITUIÇÃO. Previsão expressa no tocante à mulher (art. 7º, XX) e a portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII), a sinalizar baliza fundamental para aplicação do princípio da igualdade jurídica. Legislação infraconstitucional que estabeleceu cotas para candidaturas de mulheres, para portadores de necessidades especiais em concursos públicos e dispensa de licitação.

4. TRATADOS INTERNACIONAIS. Reconhecimento pelo Brasil da competência do Comitê Internacional para eliminação da discriminação racial. Internalização da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. Recepção dos tratados internacionais anteriores à EC 45/2002, com status supralegal ou de materialmente constitucionais, jurisprudência ainda não definida no STF, mas a indicar a possibilidade de constituírem "bloco de constitucionalidade", a ampliar núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade.

5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Revisão dos parâmetros clássicos, de forma a reconhecer sua dupla faceta: a) proibição de diferenciação, em que "tratamento como igual significa direito a um tratamento igual"; b) obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa "direito a um tratamento especial". Rompimento com a visão clássica, de forma que a igualação jurídica se faça, constitucionalmente, como conceito positivo de condutas promotoras desta igualação.

6. DISCRIMINAÇÃO. Conceito internalizado pelo Decreto nº 65.810/69, reconhecendo diferenciações legítimas e afastando propósitos e efeitos de anular reconhecimento de direitos em pé de igualdade em razão de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. Quadro cultural brasileiro complexo no que diz respeito ao reconhecimento da existência do próprio racismo, com a ideologia do "branqueamento" e o "mito da democracia racial". Informes internacionais questionando a dificuldade do aparelho estatal em reconhecer e promover atitudes antidiscriminatórias. Reconhecimento, por outro lado, de que a regra aparentemente neutra pode produzir discriminação, que a Constituição proíbe.

7. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. Art. 207, V, CF. Previsão constitucional regulamentada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tendo como norte "as normas gerais da União" e do "respectivo sistema de ensino", podendo ser ampliadas ou reduzidas as vagas ofertadas.

8. SISTEMA MERITÓRIO. A previsão constante no art. 208, V da Constituição não estabeleceu o "mérito" como critério único e decisivo para acesso ao ensino superior, nem constitucionalizou o sistema do Vestibular. Existência de "nota de corte", a demonstrar que o mérito é conjugado com outros critérios de índole social e racial. Inexistência de "mérito" em abstrato.

9. AUTODECLARAÇÃO. Critério que não é ofensivo nem discriminatório em relação aos "negros", porque: a) já é adotado para fins de censo populacional, sem objeções; b) utilizado amplamente no direito internacional; c) guarda consonância com os diplomas legais existentes; d) constitui reivindicação dos próprios movimentos sociais antidiscriminação.

10. DISCRIMEN RAÇA. Possibilidade admitida quando agir "não para humilhar ou insultar um grupo racial, mas para compensar desvantagens impostas contra minorias". Congruência com os ditames constitucionais de vedação ao racismo, na ordem interna e externa, de modo a indicar: a) no aspecto negativo, a necessidade de impedir qualquer conduta, prática ou atitude que incentive, prolifere ou constitua racismo; b) no aspecto positivo, um mandamento de otimização de medidas cabíveis e possíveis para erradicação de tal prática. Inexistência de "raças" a indicar, contudo, a necessidade de censura ao "racismo". Inteligência da decisão do STF no HC 82.424/RS. Preconceito, no Brasil, de fundo distinto daquele praticado nos EUA e África do Sul ("preconceito de marca" ao invés de "preconceito de origem"), a indicar a inaplicabilidade, aqui, das discussões sobre percentuais de genes africanos, europeus ou indígenas.

11. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Aplicação aos atos de todos os poderes públicos, vinculando legislador, julgador e administrador, mas com extensão e intensidade distintas conforme se trate de atos legislativos, da administração ou da jurisdição. Limites de "conformação" do administrador e do legislador a reduzir a análise de todas as possibilidades de escolhas postas à disposição. Verificação de: a) adequação, que não constitui o dever de escolher o meio mais intenso, melhor e mais seguro, mas sim a anular o ato somente quando a inadequação for evidente e não for, de qualquer modo, justificável; b) necessidade, em relação ao meio eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos; c) proporcionalidade em sentido estrito, comparando a importância da realização do fim e a intensidade da restrição de direitos fundamentais. Metas fixadas para educação nacional pelo Legislativo com duração de dez anos, passíveis de revisão. Não-comprovação de que as premissas para instituição de critérios de "inclusão social"-ampliação do acesso para estudos de ensino público e autodeclarados negros, promoção da diversidade étnico-racial no ambiente universitário, educação de relações étnico-raciais - não são critérios

adequados, necessários e proporcionais para os fins constitucionais de repúdio ao racismo, redução das desigualdades sociais, pluralismo de idéias, garantia de padrão de qualidade do ensino, defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, valorização da diversidade étnica e cultural e promoção do bem de todos, "sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação". Percentuais de cotas que não constituem patamar elevado, seja porque 87% da oferta de vagas vem do ensino público médio e fundamental, seja porque a população negra brasileira é superior ao percentual estabelecido nas cotas. Reconhecimento de que os programas deixam sempre à disputa livre da maioria "a maior parcela de vagas", como forma de "garantia democrática do exercício de liberdade pessoal e realização do princípio da não-discriminação" (Carmen Lucia Antunes). (Apelação nº 2008.72.00.001877-0/SC)

ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA, ADMINISTRATIVA E DE GESTÃO FINANCEIRA E PATRIMONIAL CONFERIDA ÀS UNIVERSIDADES. ART. 207 DA CF/88.

As normas internas que regem a vida acadêmica são inerentes à autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial conferida às Universidades pela Constituição Federal, em seu art. 207, não se aferindo, assim, qualquer ilegitimidade no agir da instituição de ensino que, fazendo uso de tal autonomia, por meio da Resolução Normativa nº 008/CUN/2007, do Conselho Universitário, e do Edital do Vestibular de 2008, instituiu "*reserva de 20% das vagas para os alunos provenientes do ensino público e 10% das vagas do vestibular para candidatos autodeclarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino*". (Apelação nº 2007.72.00.015480-6/SC).

Já a 4ª Turma, atualmente, é composta pelos Desembargadores Federais Marga Inge Barth Tessler (presidente), Valdemar Capelleti, e pelos Juizes Federais convocados Marcio Antônio Rocha e Alexandre Gonçalves Lippel (que não integra a turma). Os magistrados que a compõe têm entendimentos diversos acerca da reserva de vagas em instituições de ensino superior.

Marga Inge Barth Tessler, em voto-divergente na apelação nº 2008.72.00.000439-4, afirmou que o sistema de cotas instituído pela UFSC quebra princípios básicos e prestigiados pela Constituição Federal de 1988 e não se sustenta em lei. Aduziu que não restam dúvidas de que o Brasil é um país socialmente desigual, mas que as classes menos favorecidas não podem ser reduzidas aos negros e índios.

Afastados emocionalismos, o mais racional parecer ser a cota social aos mais pobres, egressos de escolas públicas, mas sem fundamentalismo, ou radicalismo. Distinções baseadas em raça, etnia, nota extrínseca ou intrínseca do indivíduo já foram afastadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O acesso ao ensino superior no Brasil depende de esforço individual, o “mérito acadêmico”; o objetivo da universidade pública não é dar ensino a quem não pode pagar, mas aos melhores, para produzir o melhor em conhecimento e pesquisa visando retornar o melhor para a sociedade. Portanto, segundo a magistrada, ao argumento de favorecer alguns, não se pode prejudicar a todos, uma vez que a coletividade espera da universidade excelência em conhecimento e pesquisa. O sistema de crédito estudantil e o ProUni já são aptos, como políticas públicas, a promover o acesso dos menos favorecidos ao ensino superior.

A Desembargadora Tessler afirma que na seleção dos candidatos devem ser observados os artigos 5º, 37 e 206 da CF/88, com ênfase à legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência; a universidade não tem autonomia para criar um “direito de raça” para selecionar os alunos. Acerca da legalidade, aduziu:

As ações afirmativas podem e devem ser promovidas pelo Estado, mas se, ao implementá-las, o Estado quebra os princípios constitucionais regedores da espécie, como aqui, a igualdade de acesso, sem distinções de raça, sexo, cor, etc., necessita-se obviamente de interposição legislativa. É o Parlamento que legitimamente obriga a todos. É o princípio da dominação democrática, a quebra só pode ser feita pela lei, emanada do Legislativo.

No entender dessa magistrada, as ações afirmativas previstas na CF/88 (para mulheres e portadores de necessidades especiais), reforçam a necessidade de lei para a implantação das reservas de vagas. Existindo lei é que a sua constitucionalidade será examinada. Afirmou ainda que as Leis 10.558/2002 e 10.678/2003 não podem ser utilizadas como fundamento para tais medidas, porque não fazem referência específica às cotas.

O Juiz Federal convocado Márcio Antônio Rocha tem entendimento parcialmente favorável. Em voto na apelação nº 2008.72.00.000439-4, afirmou que exsurge da interpretação harmônica dos objetivos republicanos (art. 5º, caput e 3º, II e IV da CF/88), a conclusão de que devem existir ações afirmativas para a eliminação das desigualdades, mas sem se basear em critérios raciais. Frisa que nem todo cidadão de determinada cor ou origem é hipossuficiente, devendo, portanto, serem mantidas as reservas de vagas para egressos do ensino público.

Portanto, quanto ao acesso ao ensino superior, razoável unicamente a distinção que vise privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas. Aqui a medida ganha inúmeros argumentos em defesa, notadamente pelo fato de ser esse o ensino disponibilizado pelo Estado a todo cidadão, independentemente de classe, cor, origem, etc., ensino que, por sua insuficiência, tem eliminado essa mesma população, quanto ao acesso a universidades, quando confrontada com alunos egressos de escolas particulares, indisponíveis a enorme maioria da população.

Já o Desembargador Valdemar Capeletti, em voto na apelação nº 2008.72.00.000742-5, afirmou que não há como postergar os princípios constitucionais da autonomia universitária, da progressão segundo a capacidade, da igualdade, da publicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da impessoalidade e da eficiência, nem reconhecer a vulneração do devido processo legal ou a violação da Lei 9.784/99, e assim, demonstra-se favorável ao sistema de cotas instituído pela UFSC. Fundamenta sua posição também colacionando trecho de parecer do Ministério Público Federal (daquela instância), que é favorável.

Da pesquisa realizada entre as apelações julgadas contra o vestibular 2008, verificou-se que, à época, julgava também pela 4ª Turma o Desembargador Federal Edgar Lippmann Junior, que entende ser legítima a reserva de vagas instituída. Em voto divergente na apelação nº 2007.72.00.014865-0, afirmou que a reserva de vagas parte da premissa da necessidade de concretização da igualdade material (igualdade de fato), a fim de executar a igualdade formal prevista na Constituição e que as universidades gozam de autonomia administrativa para alterar seu sistema seletivo, modificando critérios a fim de garantir a igualdade material. Extrai-se:

Concluo, então, que os indivíduos oriundos das Instituições de Ensino Público, bem como os afro-descendentes necessitavam de uma maior proteção, eis que os primeiros não estariam em iguais condições aos estudantes do ensino privado e os segundos são constantemente discriminados. Assim, aplicou-se a essa situação o princípio da igualdade, o qual consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, sob a fundamentação de que haveria nestes casos uma justificativa racional para se atribuir um tratamento desigual.

Merece destaque o ocorrido na apelação nº 2008.72.00.001131-3, de relatoria de Edgar Lippmann Junior. Tal recurso foi distribuído por sorteio em 30.05.2008 e teve decisão prolatada pelo relator em 16.01.2009. O magistrado, afirmando que o posicionamento do Tribunal é unânime quando se trata do sistema de cotas instituído por instituições públicas de ensino superior, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil⁵⁶ c/c art. 37, § 1º, II do RI-TRF/4ª Região, deu provimento à apelação interposta pela UFSC:

Tendo em vista o volume de demandas que é submetido a este juízo recursal versando sobre o tema ora debatido, considerando, também, a reiterada apreciação das mesmas questões controvertidas e a necessidade de agilização jurisdicional na prestação da tutela, a fim de que a mesma seja útil, efetiva e qualificada, e, observada, ainda, a consonância dos julgamentos exarados pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Turma Julgadora que, de forma coesa, vêm enfrentando tais temas, com base no art. 557 do CPC, c/c art. 37, § 1º, II, do RI-TRF/4ª Região.

Em 02.03.2009, o apelado interpôs recurso de agravo, sobrevivendo decisão em 13.03.2009, na qual o Desembargador Lippmann reviu seu posicionamento e reconsiderou sua decisão, devendo tal feito ser levado à apreciação do colegiado, uma vez que cuida de entendimento ainda não consolidado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tal acontecimento deixa claro que não há entendimento pacificado no TRF4.

Quando apreciadas pela 4ª Turma, as apelações interpostas pela UFSC têm negado provimento ou são parcialmente providas. Exemplifica-se com as seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. ENSINO. VESTIBULAR. AFASTAMENTO DO SISTEMA DE COTAS. FATO CONSUMADO.

1. Neste processo os impetrantes pretendem o reconhecimento do direito à concorrer pela totalidade das vagas do curso Administração - Noturno, Enfermagem, Agronomia e Engenharia Civil, oferecidas no vestibular promovido pela impetrada, sem a observância da reserva de vagas prevista na Resolução nº 008/CUN/2007.

2. As ações afirmativas podem e devem ser promovidas pelo Estado, mas se, ao implementá-las, o Estado quebra os princípios constitucionais regedores da espécie, como aqui, a igualdade de acesso, sem distinções de raça, sexo, cor, etc., necessita-se obviamente de interposição legislativa. É o Parlamento que

⁵⁶ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

legitimamente obriga a todos. É o princípio da dominação democrática, a quebra só pode ser feita pela lei, emanada do Legislativo.

3. O fato de a própria Constituição Federal de 1988 ter discriminado afirmativamente os portadores de necessidades especiais (art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal de 1988) e a mulher em algumas hipóteses (art. 7º, inc. XX, da Constituição Federal de 1988), ao invés de apontar no sentido da desnecessidade de lei, a reforça.

4. As Leis nº 10.558/2002 e Lei n.º 10.678/2003 não são suficientes ao propósito almejado, pois não são específicas em relação às cotas, não fazendo um objetivo dimensionamento das mesmas.

5. O postulado da razoabilidade impõe que se mantenham os impetrantes a título de fato consumado, hipótese sempre prestigiada pelo Judiciário em matéria estudantil. (Apelação nº 2008.72.00.000742-5).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. COTAS RACIAIS. PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. RESOLUÇÃO 008/CUN/2007.

As ações afirmativas devem dirigir-se às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, não se baseando em critérios raciais. Quanto ao acesso ao ensino superior, razoável unicamente a distinção que vise privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas. (Apelação nº 2007.72.00.014865-0).

Apesar de várias decisões reconhecerem tanto os problemas que afligem os afrodescendentes, quanto o aspecto material do princípio da isonomia, não se pode afirmar que, atualmente, o TRF4 afirma veementemente a legalidade do sistema de cotas, conforme disposto por Lucas da Silva Tasquetto, em análise de algumas decisões do TRF4 sobre o sistema de cotas implantado pela Universidade Federal do Paraná (2006, p. 343).

Verifica-se que os juristas que têm posicionamentos pró e contra o Programa de Ações Afirmativas da UFSC utilizam-se dos mesmos substratos teóricos, cada um valendo-se da melhor forma de argumentação, conforme sua convicção pessoal. Esta diversidade de entendimentos cria situações de insegurança para os que procuram uma resposta do Poder Judiciário.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 6/8) afirmam que o tema das cotas nas universidades brasileiras é um exemplo de solução de casos difíceis, que exige que o juiz exerça a sua criatividade; porque a solução não se encontra clara no sistema normativo ou porque a solução não foi formulada – precisando ser inteiramente criada, com base, por exemplo, em princípios jurídicos.

Segundo esses autores, aceitar que o juiz tenha liberdade para decidir conforme a sua própria convicção, acaba por equivaler a que haja várias pautas

de condutas diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados. “Então, tudo passa a depender de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto? Ou de que Câmara? Ou de que Turma?”. Destaca-se:

O que se pretende aqui frisar, de maneira insistente e com muita veemência, é que se, por um lado, é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão, assim como não é conveniente que os tribunais, pura e simplesmente, e surpreendentemente, mudem de posição, por outro lado, **a necessidade de uniformização é muito mais urgente quando se trata de decisões baseadas nesses parâmetros flexíveis, referidos antes: conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos.** (grifos acrescidos)

Não raro acontece a situação do impetrante de mandado de segurança conseguir liminar determinando a efetivação de sua matrícula, que, logo após tem seu efeito suspenso, por força de decisão em agravo de instrumento. Com o julgamento definitivo do feito, na sentença, obtém o direito da matrícula. Em decorrência do disposto no art. 475 do Código de Processo Civil, esta sentença, por ser proferida contra autarquia federal, está sujeita ao reexame necessário. Tal situação, portanto, não é definitiva, vez que depende do julgamento pelo TRF4.

Caso o entendimento do TRF4 seja pela ilegitimidade do sistema de cotas implantado pela UFSC, esta recorrerá ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, por meio dos recursos especial e extraordinário⁵⁷, respectivamente. Por conseguinte, esta decisão somente será definitiva quando o STF, enquanto Corte máxima julgadora deste país, posicionar-se a respeito (podendo ser tanto no julgamento de ADI, quanto em decisão em recurso extraordinário).

57 Por força do § 2º do art. 27 da Lei nº 8038/90 (que “Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”), tais recursos são recebidos no efeito devolutivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posicionado o assunto das cotas com a conceituação do direito à educação, traçou-se, a partir do conceito de ação afirmativa, um viés histórico de suas origens até a demonstração de sua aplicação no Brasil.

Constatou-se que ação afirmativa não é um tema novo no ordenamento jurídico nacional, vez que existem determinações constitucionais a respeito dos direitos de grupos socialmente excluídos e que já existiram leis infraconstitucionais que instituíram cotas. O que se observa, entretanto, é que essa temática ganhou maior destaque a partir da sua utilização no campo educacional, trazendo à discussão conceitos consagrados, como o mérito acadêmico e a concepção formal do princípio da igualdade.

O tema já foi objeto de diversos Projetos de Lei na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Atualmente, está em destaque a discussão do Projeto de Lei nº 180/2008, que prevê a reserva de 50% das vagas em instituições públicas de ensino superior para afrodescendentes e egressos do ensino público. Em que pese ter sido aprovado na Câmara dos Deputados, pode se depreender do estudo realizado do andamento do Projeto, que haverá muita discussão e polêmica até a aprovação de uma lei federal que institua as cotas no ensino público brasileiro.

O segundo capítulo cuidou especificamente do sistema de cotas implantado pela Universidade Federal de Santa Catarina e da classificação da universidade – e dos atos por ela emanados - enquanto ente da administração pública indireta. Verificou-se que foram realizados diversos estudos e discussões antes de ser implantada tal política afirmativa; foram elencados fundamentos plausíveis para tal ato.

A UFSC, amparada em sua autonomia, criou – por meio do ato administrativo da espécie resolução – o Programa de Ações Afirmativas. Este ato é revestido de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade e caracteriza-se como discricionário, pois não existe lei que obrigue ou preveja o sistema de cotas em instituições federais de ensino.

Como em outros estados que implantaram sistemas de ações afirmativas, tão logo foi publicada, a resolução foi levada à apreciação do Poder Judiciário. Os

dois primeiros capítulos, portanto, trataram dos objetivos específicos que serviram de substrato para o último capítulo.

Assim, por derradeiro, visando atingir o objetivo principal deste trabalho, o terceiro capítulo cuidou da exposição dos argumentos utilizados pelos autores, pela Procuradoria Federal em defesa da UFSC, bem como atentou para a atuação do Ministério Público Federal nestas ações. Demonstrando, por fim, o entendimento dos magistrados federais da Justiça Federal de Santa Catarina e do Tribunal Regional da 4ª Região.

Quanto à atuação do Ministério Público Federal, importa ressaltar que, muito embora existam indicativas da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão no sentido de que o MPF deve apoiar a aplicação de ações afirmativas, os Procuradores da República podem, em função do princípio da autonomia funcional, ter posicionamento contrário. Com relação aos Procuradores que atuam em Santa Catarina e que se manifestaram em sentido contrário, observou-se que eles admitem a necessidade de aplicação de medidas afirmativas; entretanto, discordam da forma como foram implantadas pela UFSC.

Após o estudo do posicionamento dos Juízes Federais das três Varas Cíveis de Florianópolis, conclui-se que o entendimento predominante na primeira instância é contrário ao sistema de cotas instituído pela UFSC. Frise-se que, atualmente, somente o Juiz Federal Titular da terceira Vara é favorável à política afirmativa implantada.

Da observação do entendimento dos Desembargadores e Juízes Federais convocados que atuam no Tribunal Regional da 4ª Região, nota-se que não há entendimento preponderante. Responsáveis por julgar os recursos cíveis, a Terceira e a Quarta Turmas têm entendimentos diferentes.

A Terceira Turma tem entendimento favorável. No entanto, entre os julgadores que a compõem não há unanimidade; atualmente, um deles tem posicionamento contrário às cotas, tendo sempre seu voto vencido. Já na Quarta Turma, há decisões contrárias e parcialmente favoráveis. Neste caso, não é aceita a reserva de vagas para afrodescendentes.

Pode-se depreender, ainda, que, muito embora exista o entendimento de que somente pode ser apreciada pelo Poder Judiciário a conformidade com a lei dos atos administrativos discricionários, há, neste caso, a análise do mérito do tema envolvido.

O objetivo principal deste trabalho de conclusão de curso foi demonstrar se há ou não unanimidade no TRF4 quando se trata da implantação do sistema de cotas pela UFSC. Após o estudo atento do entendimento das duas Turmas responsáveis pelo julgamento dos recursos, verificou-se que não há consenso quando o assunto é reserva de vagas em instituições públicas de ensino superior.

De todo exposto, pode se depreender que enquanto o órgão julgador máximo da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal, não se posicionar explicitamente sobre o tema das reservas de vagas nas instituições de ensino superior, permanecerá a insegurança dos jurisdicionados que buscam uma resposta do Poder Judiciário.

Ademais, tendo em vista essa diversidade de entendimentos, o pensamento de muitos que se entendem prejudicados com o sistema de cotas da UFSC pode ser o de que não custa arriscar, vez que as chances de obter, mesmo que “*sub judice*”, o direito à realização da matrícula existe. Fato este que contribui para o acréscimo de ações a serem julgadas, colaborando, assim, para o aumento da crise do judiciário brasileiro.

Observou-se, ainda, que não será a elaboração de lei específica que pacificará a discussão, tendo em vista que, uma vez publicada, poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário, questionando-se a sua constitucionalidade.

Muito embora possam os magistrados decidir de acordo com a sua própria convicção, há que frisar a necessidade de criação de uniformidade, estabilidade e previsibilidade, para que se respeitem os direitos conquistados com advento do Estado de Direito, que prima pela previsibilidade e segurança nas decisões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Danilo dos Santos. **As ações afirmativas raciais no acesso ao ensino superior e a sua constitucionalidade frente ao princípio meritocrático**. Florianópolis: UFSC: 2007. 68 p. Monografia (Graduado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador (es): LOIS, Cecília Caballero; MARCHIORI NETO, Daniel Lena.

AUED, Wladimir Wrublevski. **A conformidade das ações afirmativas de cotas para negros ao princípio da legalidade**. Florianópolis: UFSC : 2005. 80 p. Monografia (Graduado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador (es): SILVA, Reinaldo Pereira e.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOAVENTURA, Edivaldo. **A educação brasileira e o direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ação Afirmativa e Direito Constitucional**. Exposição no V Congresso de Direito Constitucional do IDP – 19.11.2002. Revista DIREITO PÚBLICO – n. 1, Jul-Ago-Set/2003 – ESTUDOS, CONFERÊNCIAS E NOTAS, p. 131-140. Material da 3ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L1533.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

_____. **Lei nº 10.558, 13 de novembro de 2002**. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10558.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. **Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003.** Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. **Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.** Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei no 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. **Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002.** Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU - GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10480.htm> .Acesso em 15 jun. 2009.

_____. **Lei nº 10.172, de 09 de janeiro de 2001.** Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10172.htm>. Acesso em 15 jun. 2009.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 15 jun. 2009.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 14 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17.166/BA. Colégio e Curso Phoenix Ltda. e outros e Secretário de Educação do Estado da Bahia. Relator Ministro Luiz Fux. Acórdão de 22.08.2006. DJ 14.09.2006. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 abril 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Presidência da República. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3197. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.72.00.015480-6. Alexandre Ferreira Melo e outro e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Acórdão de 09.09.2009. D.E. 02 out. 2008. Disponível em <www.trf4.jus.br>. Acesso em 24 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.72.00.000742-5. Charles Frederico MacielTrennepohl e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Des. Federal Valdemar Capeletti. Acórdão de 15.10.2008. D.E. 07 jan. 2009. Disponível em <www.trf4.jus.br>. Acesso em 24 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.72.00.014865-0. Luciana Bohn Geovanini e outros e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Juiz Federal Marcio Antonio Rocha. Acórdão de 27.08.2008. D.E. 30 set. 2008. Disponível em <www.trf4.jus.br>. Acesso em 24 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.72.00.001877-0. Arthur Rodrigues Dalmarco e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Acórdão de 26.08.2008. D.E. 16 abril 2009. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em 29 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.72.00.002303-0. Anderson Murilo Vieira e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Acórdão de 26.08.2008. D.E. 19 mar. 2009. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em 28 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.72.00.000439-4. Aderley Thives Junior e outros e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Juiz Federal Márcio Antônio Rocha. Acórdão de 22.10.2008. D.E. 04 fev. 2009. Disponível em <www.trf4.jus.br>. Acesso em 28 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.72.00.000742-5. Charles Frederico Maciel Trennepohl e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Des. Federal Valdemar

Capeletti. Acórdão de 15.10.2008. D.E. 07 jan. 2009. Disponível em: <www.trf4.jud.br>. Acesso em 29 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.72.00.014865-0. Luciana Bohn Geovanini e outros e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Juiz Federal Márcio Antônio Rocha. Acórdão de 27.08.2008. D.E. 30.09.2008. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em 28 maio 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.72.00.001131-3. Daniel Luiz Hinke e Universidade Federal de Santa Catarina. Relator Juiz Federal Márcio Antônio Rocha. Acórdão de 10.06.2009. D.E. 23 jun. 2009. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em 11 jun. 2009.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CÉSAR, Raquel Coelho Lenz. **Política de inclusão no ensino superior brasileiro: um acerto de contas e de legitimidade**. In: BRANDÃO, André Augusto. *Cotas Raciais no Brasil: A primeira avaliação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Internacional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMISSÃO DE ACESSO E DIVERSIDADE SOCIOECONOMICA E ÉTNICO-RACIAL. **Proposta de Programa de Ações Afirmativas para ampliação do acesso à Universidade Federal de Santa Catarina com diversidade socioeconômica e étnico-racial**. Florianópolis, 17 de novembro de 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Ano 38, nº 151, jul/set 2001. pags. 129/152. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_151/r151-08.pdf >. Acesso em 21 maio 2008.

HOUAISS, Antônio. **Míni Houaiss: Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol.60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LAURIA, Thiago. **A Política de Cotas para negros nas Universidades Públicas Brasileiras**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=211&id_titulo=2171&pagina=6> Acesso em: 24.06.2008.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12.ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. (atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Mandado de Segurança**. 28.ed. (atualizado por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira**. Revista dos Tribunais. Vol.816. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAKASHIMA FILHO, Tokio. **Projeto de lei n. 650/99** : a inconstitucionalidade e impraticabilidade do sistema de cotas raciais para acesso ao ensino público superior no Brasil. Florianópolis: UFSC : 2003. 56 p. Monografia (graduado em Direito) - Universidade Federal Santa Catarina, 2003. Orientador(es): OLIVEIRA FILHO, Francisco José R. de.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos**. In: SANTOS, Sales Augusto Dos. **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SANTA CATARINA. **Áreas de atuação: cível**. Disponível em: <<http://www.prsc.mpf.gov.br/estrutura/areas/civel.phtml>>. Acesso em: 26 maio 2009.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **Presidente do STF recebe manifestos pró e contra cotas** (Folha de São Paulo – 14 de maio de 2008). Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/maio/presidente-do-stf-recebe-manifestos-pro-e-contra-cotas/>>. Acesso em 24 maio 2009.

_____. XI Encontro Nacional dos Procuradores dos Direitos do Cidadão (Resoluções da Plenária de 1º/09/05). Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/sobre-a-pfdc/o-que-e-a-pfdc/Resolucoes%20do%20XI%20ENCONTRO%20NACIONAL.PDF>>. Acesso em: 30 maio 2009.

_____. XIV Encontro Nacional dos Procuradores dos Direitos do Cidadão (Resoluções). Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/eventos/encontro-nacional/xiv_encontro-nacional/Resolucoes_XIV_Encontro.pdf>. Acesso em: 30 maio 2009.

PROGRAMA POLÍTICAS DA COR NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA. **Mapa das ações afirmativas no ensino superior**. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/AcoesAfirmativas/documentos/MAPA%20DAS%20COTAS_PDF.pdf>. Acesso em 13 maio 2009.

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

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariade Administrativa – significação, efeitos e controle**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008**. Dispõe sobre o novo sistema de cotas nas universidades estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/1b96527e90c0548083257520005c15df?OpenDocument>>. Acesso em 20 maio 2009.

SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. Ação Civil Pública nº 2008.72.00.000331-6. Ministério Público Federal e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Rafael Selau Carmona. Sentença: 26.09.2008. D.E. 03 out. 2008. Disponível em: <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 24 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Ação Ordinária nº 2007.72.00.013905-2. Sindicato das Escolas Particulares do Estado de Santa Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Rafael Selau Carmona. Sentença: 26.09.2008. D.E. 03 out. 2008. Disponível em: <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 24 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2007.72.00.011867-0. Tiago Duarte do Nascimento e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Carlos Alberto da Costa Dias. Sentença: 29.11.2007. D.E. 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.jfsc.gov.br>> . Acesso em 24 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2009.72.00.000233-0. Ana Paula de Abreu Konescki e Universidade Federal de

Santa Catarina. Juiz Federal Paulo H. De Carvalho. Decisão liminar: 13.01.2009. Disponível em: <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 20 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2009.72.00.001630-3. Kátia Zambom e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Gustavo Dias de Barcellos. Decisão liminar: 12.02.2009. D.E. 19 fev. 2009. Disponível em <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 20 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2009.72.00.001139-1. João Paulo Battisti de Abreu e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Hildo Nicolau Peron. Decisão liminar: 09.02.2009. Disponível em: <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 20 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2009.72.00.001213-9. Kerli Macari e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Osni Cardoso Filho. Decisão: 12.02.2009. D.E. 17 mar. 2009. Disponível em: <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 21 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2009.72.00.001213-9. Kerli Macari e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Cláudio Roberto da Silva. Decisão liminar: 06.02.2009. Disponível em: <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 21 maio 2009.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 2008.72.00.000413-8. Bianca da Silva Fantini e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal Rafael Selau Carmona. Sentença: 01.04.2009. D.E. 11.04.2008. Disponível em <www.jfsc.gov.br>. Acesso em 20 maio 2009.

SANTOS, Renato Emerson dos. **Política de cotas raciais nas universidades brasileiras – o caso da UERJ**. In: Gomes, Nilma Lino (org.). Tempos de lutas: as ações afirmativas no contexto brasileiro. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

SANTOS, Sales Augusto dos Santos (org). **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

SELL, Sandro Cesar. **Ação Afirmativa e Democracia Racial – Uma introdução ao debate no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa – Projetos e matérias** (PLC – Projeto de Lei da Câmara, nº 180 de 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88409> Acesso em 13 maio 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA FILHO, Antônio Leandro da. A judicialização do político: ações judiciais propostas contra o plano de metas de inclusão racial e social da UFPR. In: DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da Silva (coords.). **Cotas Raciais no Ensino Superior: entre o Jurídico e o Político**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 189/218.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Uélton Santos. **O Direito Educacional e o Acesso ao Ensino Superior Público no Brasil**. Consulex. Categoria: Doutrina, em 18/10/2007. Disponível em: <http://www.consulex.com.br/consulexnet_read.asp?id=1&idd=3866>. Acesso em 15 maio.2008.

SOARES, Nicolau. **A realidade das cotas**. Revista Fórum – Edição 56 – Novembro de 2007. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticialIntegra.asp?id_artigo=1397>. Acesso em 25.06.2008.

TASQUETTO, Lucas da Silva. **A cor das sentenças: as políticas de cotas raciais na jurisprudência brasileira**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 34, n. 105, p. 327/345, 2007.

TESSLER, Leandro R. **Ação afirmativa sem cotas: o Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social da Unicamp**. In: Simpósio Universidade e Inclusão Social – Experiência e Imaginação, Universidade Federal de Minas Gerais, 22 a 24 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.comvest.unicamp.br/paais/artigo1.pdf>> Acesso em: 15 abril de 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO. **Regimento Interno do Tribunal Regional da 4ª Região** (atualizado até o assento regimental nº 55/2009 - junho/2009). Disponível em:<http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/leg_reg_interno/AR55-VersaoRlconsolidada.pdf>. Acesso em 15 jun. 2009.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Sistema de Cotas**. Disponível em:
<http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas>. Acesso em 12 jan. 2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Estatuto, aprovado pelo Conselho Universitário em 03 de novembro de 1978**. Disponível em:
<http://www.ufsc.br/paginas/downloads/EstatutoUFSC_062008.pdf>. Acesso em:
15 jun. 2009.

_____. **Resolução Normativa nº 008/CUN, de 10 de julho de 2007**. Cria o “Programa de Ações Afirmativas” da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em:
<http://www.vestibular2009.ufsc.br/resolucao_acoes_afirmativas.pdf>. Acesso em
17 abril 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado-de-Direito**. Cadernos Jurídicos – OAB Paraná. Curitiba, nº 03, p. 6/8, junho 2009.

ANEXO A – Resolução Normativa nº 008/CUN/2007**RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 008/CUN/2007, de 10 de julho de 2007.****EMENTA: CRIA O “PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS” DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA.**

O **PRESIDENTE DO CONSELHO UNIVERSITÁRIO** da Universidade Federal de Santa Catarina, no uso de suas atribuições e considerando:

- 1) a autonomia didático-pedagógica, administrativa e de gestão financeira de que goza a Universidade, por força do disposto no art. 207 da Constituição Federal;
- 2) a missão institucional da Universidade que se pauta pela perspectiva da construção de uma sociedade justa e democrática e na defesa da qualidade de vida;
- 3) a necessidade de promover, assegurar e ampliar o acesso democrático à Universidade Pública com diversidade socioeconômica e étnico-racial como compromisso de uma instituição social, pública, plural e de natureza laica; e,
- 4) o que deliberou este Conselho em sessão realizada nesta data, conforme Parecer nº 007/CUn/2007, constante do Processo n.º 23080.008762/2007-91, **RESOLVE**,

Criar o “Programa de Ações Afirmativas” da Universidade Federal de Santa Catarina que se regerá pelas disposições constantes desta Resolução Normativa.

**TÍTULO I
DA NATUREZA, FINALIDADE E VINCULAÇÃO**

Art. 1º O “Programa de Ações Afirmativas” da Universidade constitui-se em instrumento de promoção dos valores democráticos, de respeito à diferença e à diversidade socioeconômica e étnico-racial, mediante a adoção de uma política de ampliação do acesso aos seus cursos de graduação e de estímulo à permanência na Universidade.

Art. 2º O “Programa de Ações Afirmativas” da Universidade a que se refere o artigo anterior destina-se aos estudantes que:

- I** – tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituição de ensino pública;
- II** – pertençam ao grupo racial negro, na forma prevista nesta Resolução Normativa;
- III** – pertençam aos povos indígenas.

Art. 3º O “Programa de Ações Afirmativas” ficará vinculado à Pró-Reitoria de Ensino de Graduação (PREG).

**TÍTULO II
DAS AÇÕES AFIRMATIVAS****CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 4º As ações orientadoras do “Programa de Ações Afirmativas” de que trata esta Resolução Normativa, a serem implementadas pela Universidade, são as seguintes:

- I** – preparação para o acesso aos Cursos de Graduação da Universidade;
- II** – acesso aos cursos de graduação da Universidade;
- III** – acompanhamento e permanência do aluno na Universidade;
- IV** – acompanhamento da inserção sócio-profissional dos alunos egressos da Universidade;
- V** – ampliação de vagas nos cursos de graduação;
- VI** – criação de cursos de graduação noturno.

CAPÍTULO II

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DA PREPARAÇÃO PARA O ACESSO AOS CURSOS DE GRADUAÇÃO

Seção I

Das Disposições Gerais

Art. 5º As ações afirmativas de preparação para o acesso aos Cursos de Graduação da Universidade a que se refere o inciso I do artigo 4º, são as seguintes:

- I** – divulgação, nas escolas e nos meios de comunicação, do “Programa de Ações Afirmativas” na perspectiva de inclusão socioeconômica e étnico-racial no ensino superior;
- II** – apoio às atividades de extensão da Universidade na área de ações afirmativas.
- III** – oferta de Curso Pré-Vestibular, priorizando o acesso aos estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino;
- IV** – ampliação da oferta de vagas no Curso Pré-Vestibular da Universidade.

CAPÍTULO III

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE ACESSO AOS CURSOS DE GRADUAÇÃO

Art. 6º Para a implementação da ação afirmativa de acesso aos cursos de graduação da Universidade, a que se refere o inciso II do art. 4º, será destinado 30% (trinta por cento) das vagas do vestibular, em cada curso, que serão distribuídas da seguinte forma:

- I** – 20% (vinte por cento) para candidatos que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino;
- II** – 10% (dez por cento) para candidatos auto declarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino.

§ 1º Os candidatos a que se referem os incisos I e II deste artigo, interessados em participar na ação afirmativa de acesso aos cursos de graduação, deverão fazer a sua opção no ato de inscrição do vestibular.

§ 2º Os candidatos que optarem pelo “Programa de Ações Afirmativas” também concorrerão às vagas pela classificação geral.

§ 3º Caso o percentual de vagas estabelecido no inciso I deste artigo não venha a ser preenchido, as vagas remanescentes serão ocupadas por candidatos da classificação geral.

§ 4º Caso o percentual de vagas estabelecido no inciso II deste artigo não venha a ser preenchido, as vagas remanescentes poderão ser preenchidas por candidatos auto declarados negros, oriundos de outro percurso escolar.

§ 5º Caso as vagas remanescentes a que se refere o parágrafo anterior não venham a ser preenchidas por candidatos auto declarados negros, oriundos de outro percurso escolar, poderão ser ocupadas por candidatos da classificação geral.

Art. 7º Os candidatos classificados no vestibular para as vagas a que se refere o inciso I do art. 6º deverão comprovar, no ato de matrícula, que cursaram integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino.

Art. 8º Os candidatos classificados no vestibular para as vagas a que se refere o inciso II do art. 6º deverão possuir fenótipos que os caracterizem na sociedade como pertencentes ao grupo racial negro.

§ 1º A comprovação da condição de pertencente ao grupo racial negro dar-se-á no ato de matrícula.

§ 2º Os candidatos auto declarados negros classificados no vestibular poderão ser submetidos à entrevista por comissão institucional criada na forma prevista nesta Resolução Normativa, que decidirá se atendem aos requisitos estabelecidos para a modalidade de vaga para a qual optaram.

Art. 9º Para a implementação do acesso aos candidatos pertencentes aos povos indígenas, a que se refere o inciso III do art. 2º, serão criadas 5 (cinco) vagas suplementares que serão preenchidas pelos candidatos melhor classificados no vestibular.

§ 1º As vagas a que se refere o *caput* deste artigo serão criadas especificamente para este fim nos cursos em que houver candidatos aprovados, observado o limite de 2 (duas) vagas por curso.

§ 2º O número de vagas a que se refere o parágrafo anterior será alterado, a cada ano, mediante a criação de uma nova vaga, até perfazer o total de 10 vagas em 2013.

§ 3º Os candidatos a que se refere este artigo, interessados em participar na ação afirmativa de acesso aos cursos de graduação, deverão fazer a sua opção no ato de inscrição do vestibular.

Art. 10. Os candidatos pertencentes aos povos indígenas que optarem por concorrer a uma vaga na forma prevista no art. 9º, deverão preencher o formulário de inscrição ao vestibular contendo informações quanto:

I – ao grupo indígena a que pertence;

II – à sua situação lingüística;

III – à descrição da sua história de vida;

IV – às expectativas em relação ao curso que deseja freqüentar.

§ 1º A comprovação da condição de pertencente ao grupo indígena dar-se-á no ato de matrícula.

§ 2º Os candidatos declarados indígenas classificados no vestibular poderão ser submetidos à entrevista por comissão institucional criada na forma prevista nesta Resolução Normativa, que decidirá se atendem aos requisitos estabelecidos para a modalidade de vaga para a qual optaram.

CAPÍTULO IV

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE ACOMPANHAMENTO E PERMANENCIA NA UNIVERSIDADE

Art. 11. As ações afirmativas de acompanhamento e permanência do aluno ingressante na Universidade de que trata o inciso III do artigo 4º, são as seguintes:

I – apoio acadêmico estruturado em projetos e programas voltados para conteúdos e habilidades necessários ao desempenho acadêmico e para aspectos relacionados ao processo de aprendizagem;

II – apoio econômico em face das demandas de situação de baixa renda, compreendendo a:

a) criação, reestruturação e ampliação de programas já existentes na Universidade;

b) utilização de bolsas acadêmicas oriundas de modelos já existentes e de programas ou iniciativas federais, estaduais ou municipais para este público alvo;

c) celebração de convênios com órgãos públicos ou privados para auxiliar a permanência na Universidade;

III – atenção à formação político-social como acadêmico, mediante o uso de metodologias de interação que privilegiem o (re)conhecimento das suas características socioculturais e econômicas a fim de ampliar o seu repertório político-cultural e estimular uma inserção protagonista e solidária na Universidade.

CAPÍTULO IV

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE ACOMPANHAMENTO DA INSERÇÃO SÓCIOPROFISSIONAL DOS ALUNOS EGRESSOS DA UNIVERSIDADE

Art. 12. As ações afirmativas de acompanhamento da inserção sócio-profissional dos alunos egressos da Universidade que aderiram ao “Programa de Ações Afirmativas” serão efetuadas mediante a criação de um banco de dados com informações atualizadas desses alunos.

TÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 13. Para os fins de acompanhamento das ações afirmativas do “Programa de ações Afirmativas” de que trata esta Resolução Normativa, será constituída uma comissão institucional que deverá proceder à sua avaliação e à proposição de mecanismos relacionados às distintas dimensões e aos seus resultados.

Parágrafo único. A comissão a que se refere este artigo, constituída por professores efetivos da Universidade e representantes discentes indicados pelo DCE, será designada pelo Reitor.

Art. 14. As disposições desta Resolução Normativa aplicar-se-ão, no que couber aos demais alunos dos cursos de graduação da Universidade.

Art. 15. As ações afirmativas de que trata esta Resolução Normativa serão implementados para o ano letivo de 2008.

Art. 16. Os casos omissos serão resolvidos pelo Pró-Reitor de Ensino de Graduação.

Art. 17. Esta resolução entrará em vigor a partir da sua publicação no Boletim Oficial da UFSC.

ANEXO B – Projeto de Lei da Câmara nº 180/2008**PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 180, DE 2008**

(Nº 73/1999, na Casa de origem)

Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o **caput** deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo **per capita**.

Art. 2º As universidades públicas deverão selecionar os alunos advindos do ensino médio em escolas públicas tendo como base o Coeficiente de Rendimento – CR, obtido por meio de média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o currículo comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação e do Desporto.

Parágrafo único. As instituições privadas de ensino superior poderão adotar o procedimento descrito no **caput** deste artigo em seus exames de ingresso.

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados negros, pardos e indígenas, no mínimo igual à proporção de negros, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no **caput** deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão em cada concurso seletivo para ingresso de cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o **caput** deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo **per capita**.

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados negros, pardos e indígenas, no mínimo igual à proporção de negros, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está

instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística -IBGE.

Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no **caput** deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública.

Art. 6º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Art. 8º As instituições de que trata o art. 1º desta lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta lei.

Art. 9º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

PROJETO DE LEI ORIGINAL Nº 73, DE 1999

Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º As universidades públicas reservarão 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para serem preenchidas mediante seleção de alunos nos anos de ensino médio, tendo como base o Coeficiente de Rendimento – CR, obtido através da média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o **curriculum** comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação e do Desporto.

Parágrafo único. É facultada às universidades particulares, o mesmo disposto para as universidades públicas.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar de sua publicação, observando:

I – capacitação do corpo docente, mediante a titulação dos professores, assim como seu desempenho profissional, avaliado por meio da análise curricular dos mesmos;

II – nível salarial dos professores;

III – qualidade das bibliotecas, laboratórios, equipamentos e materiais de ensino.

Parágrafo único. A regulamentação disporá sobre os critérios de credenciamento das escolas de ensino médio para os fins previstos nesta lei.

Art. 3º Esta lei entra em vigor três anos após a sua promulgação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Justificação

A partir da década de sessenta, o ensino educacional brasileiro entrou em declínio. No que tange às universidades, a qualidade do ensino deteriorou-se proliferando instituições de nível

superior privadas, cujo objetivo não era a conquista da excelência acadêmica, mas a mercantilização do ensino, sem qualquer preocupação com a qualidade.

Como sempre dizia o professor-Senador Darcy Ribeiro, passou a valer a regra segundo a qual “os professores fingem que ensinam e os alunos fazem de conta que aprendem.”

Já é hora de reverter esse quadro, mas não podemos fazê-lo de uma só vez. O ideal, quando se possui um ensino fundamental e médio de boa qualidade, é a extinção do vestibular. Mas como estamos longe disso, propomos um gradualismo, deixando cinquenta por cento das vagas no padrão convencional de ingresso na universidade.

Propomos ainda, que o Poder Executivo regule a presente Lei num prazo de 180 dias (cento oitenta) dias, dispondo sobre os critérios de credenciamento das escolas de ensino médio aptas à seleção de alunos.

Nossa intenção é a de gerar os fundamentos do surgimento de uma verdadeira elite acadêmica (com “e” maiúsculo e não no sentido pejorativo dos que excluem a maioria da cidadania, mas, ao contrário, dos que apostam decisivamente na sua integração efetiva na sociedade com vistas a alcançar o bem-estar social), vale dizer, de professores e pesquisadores capacitados para enfrentar os desafios da revolução científica. Sala das Sessões 24 de fevereiro de 1999. – Deputada **Nice Lobão**.

(Às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; de Direitos Humanos e Legislação Participativa e de Educação, Cultura e Esporte)