



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
INSTITUTO DE HUMANIDADES, ARTES E CIÊNCIAS PROF. MILTON SANTOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
ESTUDOS INTERDISCIPLINARES SOBRE A UNIVERSIDADE

CARLOS ALBERTO JOSÉ BARBOSA COUTINHO

**LEVANTAMENTO GERAL DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE
POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA
BAHIA (2003-2012)**

Salvador-BA
2014

CARLOS ALBERTO JOSÉ BARBOSA COUTINHO

**LEVANTAMENTO GERAL DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE
POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA
BAHIA (2003-2012)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares Sobre a Universidade, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade.

Área de concentração: Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade.

Orientador: Prof. Dr. José Aurivaldo Sacchetta Ramos Mendes.

Salvador-BA
2014

Sistema de Bibliotecas da UFBA

Coutinho, Carlos Alberto José Barbosa.

Levantamento geral das decisões judiciais sobre política de cotas nas universidades públicas da Bahia (2003-2012) / Carlos Alberto José Barbosa Coutinho. - 2015.
249 f.: il.

Inclui anexos.

Orientador: Prof. Dr. José Aurivaldo Sacchetta Ramos Mendes.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Salvador, 2014.

1. Juizes - Decisões - Bahia. 2. Programas de ação afirmativa - Bahia. 3. Ensino superior - Bahia. 4. Educação - Bahia. 5. Universidades e faculdades públicas - Bahia. I. Mendes, José Aurivaldo Sacchetta Ramos. II. Universidade Federal da Bahia. Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos. III. Título.

CDD - 3478142014
CDU - 347.95(813.8)

CARLOS ALBERTO JOSÉ BARBOSA COUTINHO

**LEVANTAMENTO GERAL DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICA DE COTAS NAS
UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA BAHIA (2003-2012)**

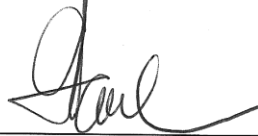
Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 22 de dezembro de 2014.

Banca examinadora



Profa. Dra. Denise Cristina Vitale Ramos Mendes



Profa. Dra. Georgina Gonçalves dos Santos



Profa. Dra. Maria Thereza Ávila Dantas Coelho

À Deus, pela força motriz de tornar o impossível, possível; À minha mãe, Berenice (*in memoriam*), por ser minha espada e meu escudo nesta batalha de “crescer e fazer crescer”; Ao meu Pai, Carlos Alberto, minha asa direita, que me faz segurar a espada para enfrentar este longo caminho; Ao meu irmão, Henrique, por ser minha asa esquerda para segurar o escudo contra as intempéries; à minha esposa Alessandra, por ser as penas e as cores que aquecem e protegem-me em cada batalha e passo desta vida.

AGRADECIMENTOS

São muitos e especiais!

Ao Professor José Aurivaldo Sacchetta Ramos Mendes pela atenção, sabedoria, paciência, parceria e conhecimento - qualidades de um verdadeiro Mestre e ser humano que marcou toda a minha passagem no PPGEISU e, com certeza, amigo para toda a vida.

Às Professoras Denise Vitale e Georgina Gonçalves dos Santos pelo cuidado e contribuições para esta pesquisa.

À Professora Maria Thereza Ávila Dantas Coelho pelas contribuições fundamentais na disciplina “Universidade e Psicanálise”, na banca de qualificação e defesa. Levarei pra sempre a marca do seu carinho com os alunos. Seus ensinamentos e companhia estarão sempre comigo.

Ao Professor Antônio Sá, pelos diálogos e compreensão filosófica da educação com o Direito.

Ao Professor Heldo Pereira, por ser o primeiro docente a incentivar os meus primeiros passos na academia e na docência.

Aos Professores José Euclimar Xavier de Menezes e Ana Cláudia Gusmão pelos incentivos nos primeiros passos na pesquisa científica da UCSAL.

Aos professores do PPGEISU por cada conhecimento e dedicação, em especial: Carmen Fontes de Souza Teixeira, Djalma Thurler e André Luís Mattedi Dias

À Universidade Federal da Bahia e ao PPGEISU, especialmente à Professora Sônia Sampaio e à Caroline Fantinel pelo apoio, esclarecimentos, profissionalismo e dedicação.

Aos meus amigos de vida e batalha que, direta ou indiretamente, fizeram parte deste trabalho: Homero Chiaraba Gouveia, que me incentivou a entrar no PPGEISU e sempre presente no processo de (re) construção do conhecimento; Jamille Baultar pela força e companhia; Sérgio Cardoso, pela paciência e parceria; Rúbia Almeida e Renato Salles, por sempre acreditarem no meu trabalho; Sued Alves, pelo apoio e o incentivo para prosseguir; Válmore Henrique, pela amizade e torcida há anos; Domingos Santana, que sempre acreditou no meu potencial acadêmico.

Às colegas de curso Josiane Lobão e Vitória Barreto pela companhia e conhecimento durante o trajeto do Mestrado.

“Quem habita este planeta não é o Homem, mas os homens. A pluralidade é a lei da Terra.”

Hannah Arendt

COUTINHO, Carlos Alberto José Barbosa. **Levantamento Geral das Decisões Judiciais sobre Política de Cotas nas Universidades Públicas da Bahia (2003-2012)**. 249 p. il. 2014. Dissertação (Mestrado em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade) - Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

RESUMO

O presente trabalho realiza a interpretação sócio-jurídica da política de cotas nas universidades públicas do Estado da Bahia, a partir do levantamento geral das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) no período de 2003-2012. Com o desenvolvimento das ações afirmativas no Brasil, a reserva de vagas para pessoas excluídas histórica e socialmente do acesso à educação tornou-se um meio de prevalência da justiça social e da igualdade. Em face desta nova realidade, surgiram demandas judiciais em que os tribunais proferiram acórdãos, estabelecendo a interpretação jurídica sobre os fatos sociais derivados das cotas. A pesquisa envolveu a catalogação de julgados dos respectivos tribunais, os quais foram separados em grupos temáticos, de acordo com a fundamentação estabelecida nos casos concretos. Para o desenvolvimento do estudo, o direito à educação é analisado sob o ponto de vista social e jurídico com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no conhecimento das ações afirmativas no ensino superior e à aplicação do princípio da igualdade. Em seguida, os procedimentos da pesquisa dos acórdãos são delineados, seguido do debate sobre a importância da jurisprudência no século XXI. No terceiro momento, as decisões judiciais são interpretadas sob o prisma sócio-jurídico, contemplando um viés interdisciplinar com o objetivo de evidenciar como a universidade pública vem atuando na promoção das ações afirmativas e na aplicação do princípio da igualdade em seu sentido material para a atenuação das exclusões e desigualdades no acesso ao ensino superior.

Palavras - chave: Ensino superior. Educação. Decisões judiciais. Cotas. Ações afirmativas.

COUTINHO, Carlos Alberto José Barbosa. **General Survey of Judicial Decisions on Quota Policy in Bahia Public Universities (2003-2012)**. 249 p. il. 2014. Dissertation (Masters in Interdisciplinary Studies University) - Institute of Humanities, Arts and Sciences Prof. Milton Santos, Federal University of Bahia, Salvador, 2014.

ABSTRACT

This paper performs sóciojurídica interpretation of the quota policy in public universities in the state of Bahia, from the general survey of judgments of the Court of the State of Bahia (TJ-BA) and the Federal Court of the 1st Region (TRF -1) in the period 2003-2012. With the development of affirmative action in Brazil, the reservation of vacancies for historical and socially excluded access to education has become a means of prevalence of social justice and equality. In the face of this new reality, there were lawsuits where the courts have given judgments, establishing the legal interpretation of the derived social facts of quotas. The research involved the cataloging judged of the courts, which were divided into thematic groups, according to state reasons laid down in specific cases. To develop the study, the right to education is analyzed from a social and legal point of view with emphasis on the Brazilian legal system, as well as knowledge of affirmative action in higher education and the application of the principle of equality. Then judgments of the search procedures are outlined, followed by the debate about the importance of case law in the twenty-first century. On the third time, judicial decisions are interpreted under the sóciojurídico prism and interdisciplinary bias with the object of establishing how the public university has been working in the promotion of affirmative action in the application of the principle of equality in the material sense and human dignity in mitigating exclusions and inequalities in access to higher education

Key - words: Higher education. Education. Judicial decisions. Quotas; Affirmative action.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Consulta de jurisprudência do TJ-BA de acórdãos anteriores a 2010	61
Figura 2	Decisões do TJ-BA localizadas anteriores a 2010	62
Figura 3	Consulta de jurisprudência do TJ-BA de acórdãos posteriores a 2010	63
Figura 4	Decisões do TJ-BA localizadas posteriores a 2010	63
Figura 5	Sistema de busca de jurisprudência do TRF-1	65
Figura 6	Decisões do TRF-1 localizadas	66

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Decisões do TJ-BA sobre constitucionalidade das cotas nas universidades públicas.	86
Quadro 2	Decisões do TRF-1 sobre inaplicabilidade da Resolução nº 01/2004, questionários da ficha de inscrição e direito à matrícula independente da política de cotas.	98
Quadro 3	Decisões do TJ-BA e TRF-1 sobre candidatos cotistas que cursaram instituição de ensino público, particular como bolsistas integrais e supletivos em ensino público.	107
Quadro 4	Decisões do TJ-BA sobre a política de cotas para os Cursos de pós- graduação em universidades públicas.	119
Quadro 5	Decisões do TJ-BA e TRF-1 referente a natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição em processo seletivo através das cotas.	121
Quadro 6	Decisões do TJ-BA sobre cotas e portadores de deficiência.	127

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental.
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
BI	Bacharelado Interdisciplinar
CF/88	Constituição Federal do Brasil de 1988
CONSEPE	Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão
CONSU	Conselho Universitário
CPC	Código de Processo Civil
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
FMI	Fundo Monetário Internacional
IES	Instituição de Ensino Superior
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MPF	Ministério Público Federal
OMC	Organização Mundial de Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
ProUni	Programa Universidade para Todos
REUNI	Programa de Reestruturação e expansão das Universidades Federais
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ-BA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TRF-1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
UESB	Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

UEFS	Universidade Estadual de Feira de Santana
UESC	Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus)
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UFRB	Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
UFSB	Universidade Federal do Sul da Bahia
UNEB	Universidade do Estado da Bahia.
Unesco	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I	
A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVA SÓCIOJURÍDICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL	19
1.1 A educação na formação da sociedade Ocidental	19
1.2 A educação nos documentos internacionais	22
1.3 A educação no ordenamento jurídico brasileiro	25
1.3.1 A Constituição Federal de 1988 e o neoconstitucionalismo	25
1.3.2 A educação como direito social	29
1.4 Análise histórica e normativo-constitucional do ensino superior no Brasil	35
1.4.1 Da Proclamação da República ao fim da década de 1980	36
1.4.2 O período democrático pós-1988	44
1.5 As ações afirmativas no Brasil: a política de cotas no ensino superior público	49
1.5.1 justiça compensatória x justiça distributiva	53
1.5.2 Breves considerações acerca da aplicação do princípio da igualdade	56
CAPÍTULO II	
OS PROCEDIMENTOS DE PESQUISA DAS DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJ-BA) E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL- 1ª REGIÃO (TRF-1)	59
2.1 As etapas da pesquisa	59
2.2 estudo dos elementos fundamentais para Compreensão das decisões judiciais	68
2.2.1 A Teoria das Decisões Judiciais	68
2.3 o papel da jurisprudência no século XXI	74
2.4 conceitos e elementos pertinentes ao estudo das decisões judiciais	78

CAPÍTULO III	
INTERPRETAÇÃO SOCIOJURÍDICA DAS DECISÕES SOBRE COTAS PARA INGRESSO DE ESTUDANTES NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA BAHIA	82
3.1 “Façamos interdisciplinaridade”	84
3.2 A constitucionalidade da política de cotas	86
3.2.1 As decisões judiciais do TRF-1: interpretação jurídica das cotas sob o prisma de duas apelações cíveis	93
3.2.2 Outras temáticas do TRF-1 derivadas da constitucionalidade das cotas	97
33. Candidatos cotistas que cursaram o segundo grau em ensino público, particular como bolsistas integrais e supletivos em escola pública.	106
3.4 Política de cotas para os cursos de pós- graduação em universidades públicas	119
3.5 A natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição Em processo seletivo através das cotas	121
3.6 cotas e portadores de deficiência	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	134
Anexo A Decisões sobre constitucionalidade das cotas.	143
Anexo B Decisões sobre cotistas oriundos do ensino público; bolsistas integrais e supletivos em ensino público.	197
Anexo C Decisão sobre cotas em pós-graduação de universidade pública.	213
Anexo D Decisões sobre natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição em processo seletivo por meio das cotas.	220
Anexo E Decisões sobre cotas e portadores de deficiência.	241

INTRODUÇÃO

A compreensão jurídica do sistema de política de cotas nas universidades públicas no Brasil é resultante de medidas governamentais que introduziram os passos para a efetividade da justiça social. Quando se trata de ações afirmativas, múltiplos aspectos podem ser mencionados, com destaque para o papel da universidade na estrutura da ordem política e econômica vigente e do significado da própria instituição universitária como produtora e transmissora de conhecimentos em momentos diversos da sociedade Ocidental.

Com o estabelecimento da política de cotas, pessoas excluídas dos processos de promoção de direitos passaram a ter acesso a determinados bens, como é o caso da universidade pública, desde que cumpridos os requisitos legais. Para isso, os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana ganharam importância, tendo em vista que a educação faz parte da formação humana do indivíduo e de sua participação na sociedade. O processo educacional gera oportunidade de ingresso ao ensino superior, sobretudo em face da demanda da atual conjuntura econômica e de trabalho. O acesso pelas cotas legitima a discriminação positiva em prol da igualdade material, bem como a atenuação das desigualdades sociais e históricas no país.

Nos primeiros anos da prática da reserva de vagas através das cotas, demandas judiciais surgiram envolvendo circunstâncias sociais diversas, como é o caso do questionário aplicado juntamente com a ficha de inscrição do vestibular da Universidade Federal da Bahia (UFBA), o critério territorial estabelecido em 2006 pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), a discussão sobre os alunos oriundos de escola particular na condição de bolsistas, entre outros.

As demandas judiciais tramitaram nos juízos estaduais e federais da Bahia, em que os magistrados de primeiro grau proferiram sentenças ou decisões no trâmite do processo sobre o direito do indivíduo ingressar em curso superior pelas cotas ou não. Em decorrência da interposição de recursos para os órgãos superiores ou segundo grau de jurisdição, magistrados com mais experiência compõem os tribunais, os quais analisam os recursos para manterem ou não as decisões anteriormente proferidas. Da mesma forma que os andamentos processuais são disponibilizados eletronicamente, os

tribunais mantêm um banco de dados com jurisprudências decorrente da existência de reiterados acórdãos (espécie de decisões judiciais) sobre determinadas matérias, especialmente cotas e ações afirmativas.

Na Bahia existem quatro universidades públicas estaduais, quais sejam a Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e Universidade do Estado da Bahia (UNEB). No âmbito federal há a Universidade Federal da Bahia (UFBA) e as recentes Universidade Federal do Recôncavo (UFBR), Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB) e a Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB). Neste sentido, os recursos ou ações relativas a estas instituições que iniciam no segundo grau de jurisdição são de competência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) na esfera estadual, enquanto que na federal é do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1).

Após a pesquisa nos sítios eletrônicos de cada tribunal com a utilização de palavras-chaves para delimitação da busca por decisões, foram encontrados acórdãos no recorte temporal de 2003-2012 que trataram de cotas nas citadas instituições de ensino superior. Mesmo que tenham ocorrido pesquisas sobre decisões judiciais que versam sobre cotas em diversos Estados no Brasil, ainda não foram realizados estudos sobre os acórdãos dos tribunais baianos, o que torna este levantamento geral inédito e de relevante contribuição para a academia, especialmente no campo interdisciplinar. Diante desta proposta, qual a interpretação sócio-jurídica do TRF-1 e do TJ-BA sobre a política de cotas nas universidades públicas da Bahia entre 2003-2012?

Em face da problemática levantada, esta pesquisa teve início a partir das seguintes hipóteses: (a) O Poder Judiciário tem dado contribuição histórica à efetividade das cotas ao aplicar as normas constitucionais nos casos concretos; (b) O controle do Judiciário favoreceu a determinação e delimitação das condutas das universidades públicas ao disciplinarem sobre as cotas em suas normatizações internas; (c) os acórdãos expressam mais do que ditames normativos, posto que demandam a interdisciplinaridade do direito, tendo em vista a limitação deste saber; (d) o conhecimento dos objetivos da universidade pública na aplicação das cotas a partir das decisões judiciais.

A presente dissertação tem o objetivo geral de estabelecer a interpretação social e jurídica a partir das decisões judiciais que versam sobre as cotas em universidades públicas da Bahia no período de 2003-2012. Já os objetivos específicos circunscrevem-se em: (a) Tratar da educação como direito fundamental à luz de conceitos diversos, dos documentos internacionais e do ordenamento jurídico brasileiro que lhe confere o caráter de direito social; (b) Delinear o histórico do ensino superior no Brasil acoplado ao uma análise normativa-constitucional do mesmo; (c) Caracterizar as ações afirmativas mediante discussões sobre a justiça distributiva e compensatória; (d) Estabelecer, brevemente, as características do princípio da igualdade; (e) Apresentar os procedimentos da pesquisa dos acórdãos do TJ-BA e do TRF-1, bem como fazer o levantamento dos conceitos e elementos jurídicos pertinentes para o entendimento das decisões, seguido da explanação sobre a teoria das decisões judiciais e da jurisprudência no século XXI; (f) Interpretar, a partir do binômio social e jurídico, as decisões sobre cotas para ingresso de estudantes nas universidades públicas da Bahia.

O trabalho é composto por uma pesquisa de natureza bibliográfica com abordagens históricas e conceituais da educação como direito fundamental ao ensino superior e das ações afirmativas. Para tanto, foram utilizados diversos autores do direito e da sociologia. Dentre as obras, encontram-se livros, periódicos e artigos científicos, impressos ou de sítios eletrônicos. Por fim, a pesquisa das decisões judiciais possui caráter qualitativo com o suporte do diálogo sociológico. Há o levantamento de acórdãos no período de 2003-2012, catalogados e separados por grupos temáticos e por tribunal, em que seus resultados serão analisados e dispostos na seguinte ordem: a) A constitucionalidade da política de cotas; (b) Os candidatos cotistas que cursaram supletivo oferecido por escola pública e os alunos de escola particular como bolsistas integrais; (c) a política de cotas para os cursos de pós-graduação em universidades públicas; (d) a natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição em processo seletivo através das cotas; (e) Os portadores de deficiência e reserva de vagas no processo seletivo. As decisões judiciais são interpretadas sob o prisma interdisciplinar, estabelecendo um diálogo entre as decisões dos tribunais e saberes afins.

Ainda quanto à metodologia empregada, duas observações devem ser aventadas. A primeira expõe que a pesquisa explorou os sítios eletrônicos do TJ-BA e do TRF-1. As decisões dos tribunais têm a vantagem de serem definitivas e potenciais formadoras de jurisprudência. É provável que haja outros processos sobre cotas ainda em trâmite nos juízos de primeiro grau, porém são inacessíveis por pesquisa eletrônica, pois inexistente pesquisa por tema, ao contrário das decisões de segundo grau. Tal pesquisa só poderia ser realizada mediante cada cartório de cada comarca do Estado e Seção Judiciária da Justiça Federal, o que tornaria inviável a pesquisa.

A dissertação é composta por três capítulos. No primeiro, para o entendimento da temática do ensino superior como um todo, estuda-se a educação como direito fundamental. Para isso, mencionam-se os variados documentos legais no plano internacional e nacional, sobretudo no que concernem aos direitos humanos. Posteriormente, a universalidade do direito à educação é analisada nos ditames do ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos fundamentais são elucidados com base na Constituição Federal de 1988 e na perspectiva neoconstitucional. Destaca-se a educação como direito social e a ação positiva, ativa do Estado na promoção de acesso a bens indispensáveis para a sociedade.

No capítulo 1 realiza-se, também, um breve delineamento histórico e normativo-constitucional do ensino superior no Brasil, em que a relação entre a sociedade e a instituição universitária é demonstrada, assim como a exclusão de determinados grupos à educação. Por fim, verificam-se as noções gerais sobre as ações afirmativas com o intuito de conhecer os seus objetivos, as diferenças entre justiça compensatória e justiça distributiva ao lado da emergência do princípio da igualdade. O presente trabalho não esgotará o estudo histórico e normativo sobre as ações afirmativas. Trata-se de demonstração dos elementos necessários para a compreensão das decisões judiciais.

No capítulo 2, estabelecem-se os procedimentos adotados para a pesquisa das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ainda neste recorte, apontam-se as características jurídicas das decisões e a importância de ações como o mandado de segurança, a ação rescisória e o papel da jurisprudência no século XXI.

Por fim, o capítulo 3 versa sobre a interpretação sócio-jurídica das decisões judiciais sobre cotas nas universidades públicas baianas. Aborda-se a questão da interdisciplinaridade relacionada ao direito e a utilização de ferramentas advindas de outras disciplinas, as quais possibilitam conclusões a partir de olhares diferentes sem perder a individualidade de cada saber. O trabalho funda-se na curiosidade científica e mais propriamente sócio-jurídica acerca das decisões proferidas pelos tribunais sobre a temática das cotas nas universidades. O resultado da pesquisa pode ser objeto de muitas análises que aqui não se esgotam. A intenção do pesquisador, nesse sentido, é abrir um campo de possibilidades acadêmicas para observação das políticas públicas voltadas à reparação e superação das históricas desigualdades raciais vivenciadas no Brasil.

CAPÍTULO I

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

Todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente-se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual. Com a mudança das coisas, mudam os indivíduos; o tipo permanece o mesmo. Homens e animais, na sua qualidade de seres físicos, consolidam a espécie pela procriação natural. Só o Homem, porém, consegue conservar e propagar a sua forma de existência social e espiritual por meio das forças pelas quais a criou, que dizer, por meio da vontade consciente e da razão.

*Werner Jaeger. **Paidéia** – a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 23.*

O capítulo analisa a educação como direito fundamental ao desenvolvimento individual e da coletividade. Para este intento, vale-se de breve percurso da manifestação da educação no Ocidente e a sua declaração nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Após estas compreensões, debate-se a educação no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, a Constituição do Estado da Bahia, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira - LDB, entre outras legislações pertinentes. Por fim, é realizado um breve delineamento histórico e normativo-constitucional do ensino superior no Brasil e o estudo das ações afirmativas.

1.1 A educação na formação da sociedade Ocidental

A educação encontra-se inserida em múltiplos contextos de acordo com as transformações sociais. Desde a Idade Antiga, o acesso a determinados bens materiais e imateriais é restrito a certa parcela da população com a finalidade de manter o *status*

quo. Esta prática atravessou outras civilizações, como a mesopotâmica, a grega, e a romana, perpetuando-se da Idade Média européia até os dias atuais.

Para associar a educação como o direito fundamental no Ocidente, o recorte histórico se concentra no surgimento dos ideais iluministas (século XVIII), pregadores da liberdade do homem e de sua proteção contra as arbitrariedades e ilegalidades do Estado. Os exemplos marcantes dessa nova efervescência ocidental foram a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa (1789). Nesta última, foi elaborado um catálogo de direitos que preconizava o desenvolvimento do homem e da sociedade. O ser humano passou a ser tutelado pelo Estado de direito, inaugurador da limitação do poder de governar proveniente de uma constituição escrita, suprema e com inserção de direitos fundamentais.

De acordo com os ditames do Estado Democrático, os atos estatais devem estar de acordo com a lei, seja para proteger ou defender o indivíduo, seja para exigir direitos do ente estatal. Ao lado da vida, segurança, liberdade, igualdade, entre outros, a educação começou a ser declarada como direito fundamental do homem e instrumento de progresso da sociedade. Através dela, o ser humano desenvolve a sua autonomia individual e intelectual inerente a sua existência e busca da felicidade. Paralelamente, a educação faz parte do sistema produtivo cada vez mais complexo e exigente de conhecimentos técnicos para a manutenção da dinâmica econômica.

A educação pode ser estudada sob variados ângulos. Para Nicola Abbagnamo¹, ao defini-la filosoficamente e no contexto Ocidental, trata-se da transmissão de cultura que permite o aperfeiçoamento e correção das técnicas e comportamentos produzidos na sociedade, além de ser o agente de formação e amadurecimento do homem. Ela é um processo inerente à função natural e universal da humanidade através de trocas. Na leitura de Carlos Rodrigues Brandão², ninguém pode esquivar-se da educação, independente do nível e significado histórico-cultural de um grupo ou povo. Sempre haverá o procedimento do aprender e ensinar misturada à vida com repercussão na existência de educações.

¹ ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305-306.

² BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação** – Coleção Pequenos Passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 7.

Ainda na compreensão do referido autor³, a educação, de origem etimológica do latim *educere*, significa tirar, desenvolver, extrair. Tais significados remetem à construção do caráter do homem em seu aspecto físico, moral e espiritual, não sendo possível a concepção do termo como mero desenvolvimento de seres vivos para capacitar ao exercício de uma profissão. Alguns dos filósofos como Kant, Herman Horse e Sciacca afirmam que a educação é o elemento transformador da pessoa como ser biopsicosocial e estimuladora da intersubjetividade. Através desta, o homem, para obter e difundir o seu conhecimento precisa da interlocução e experiências com o outro, numa relação dialógica de troca e construção de experiências

Observa-se como a educação é constituída de universalidade, pois o seu papel não se limita à transmissão, mas de constante troca entre o homem e a natureza, o saber de técnicas, símbolos e relações de poder. Todo ser humano deve ter acesso à educação porque há valorização do individual que caminha concomitantemente com os fins coletivos. Por isso, a sua categorização como direito fundamental não resvala somente na sua mera menção num texto normativo, mas de ser concretizado e exigido.

Hannah Arendt afirma que educação é o ponto de encontro entre o antigo e o novo num espaço de integração de pluralidade de pessoas com base na igualdade e nas diferenças⁴. O resultado é a constituição de uma teia de relações que contribui para a revelação da pessoa. A filósofa alemã comenta ainda que a educação não pode ser interpretada como mera produção do saber de um sujeito ou de um determinado grupo, mas manifestação dos homens em sociedade, em que “ [...] Homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo.”⁵.

A educação também pode ser vista na concepção grega de *Paidéia*, isto é, formadora do cultivo do homem. Conforme Werner Jaeger⁶, ela propagou a forma existencial e espiritual do homem na Grécia com o aumento progressivo da descoberta de si mesmo e do mundo exterior. Através deste conhecimento, não há a mera

³ BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação** – Coleção Pequenos Passos. São Paulo: Brasiliense, 2007p. 62-64.

⁴ Ver em: ALMEIDA, Vanessa Severs de. **Educação em hannah arendt**: entre o mundo deserto e o amor ao mundo. São Paulo: Cortez, 2011, p. 94-99.

⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Revisão e apresentação de Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 10.

⁶ JAEGER, Werner. **Paidéia** – a formação do homem grego. Tradução: Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 3-4.

individualização, mas o preparo da pessoa para a vida em sociedade. A educação promove a mudança física e de consciência do homem, elevando-o a um nível superior de conhecimento e da vontade. A cultura grega, através da educação, preparou os indivíduos para o exercício da cidadania e participações na dinâmica do Estado. Jaeger salienta que a verdadeira educação ou *Paidéia* torna o homem um cidadão perfeito, tendo como fundamento a justiça.⁷ Diante destas perspectivas, a educação está associada ao próprio comportamento do homem na busca pelo conhecimento da sua existência e da natureza.

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República⁸ afirma, em diversos documentos, a ênfase na educação como asseguradora da dignidade humana. Ela promove a diversidade do processo educativo e concretiza a cultura, a consciência e a liberdade do ser humano em conhecer a si mesmo e a sua sociedade, transpondo as barreiras impostas aos animais. Nela, não se pode enxergar somente o indivíduo, mas o ser humano como um todo.

1.2 A educação nos documentos internacionais

A educação, diante da sua importância e indispensabilidade num mundo em transformação, foi evocada nas primeiras cartas declaratórias de direitos do homem. A primeira foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que pregava, já no seu preâmbulo, que “[...] a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos”⁹. Da mesma forma, a Declaração Jacobina de 1793, em seu artigo 22, identifica a educação como “[...] uma necessidade de todos” e a Constituição Francesa

⁷ JAEGER, Werner. **Paidéia** – a formação do homem grego. Tradução: Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 13.

⁸ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à educação**. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p.14.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153.

de 1848 trata nos artigos 9º e 13 a liberdade de ensino e a gratuidade do ensino primário e profissionalizante¹⁰.

A educação, juntamente com direitos fundamentais de primeira geração ou direitos civis clássicos, preserva e consolida o novo paradigma da contemporaneidade, isto é, o homem livre e dentro das leis editadas pelo Estado. Torna-se evidente que o indivíduo, através da educação, participa da vida estatal, exige e cumpre obrigações e remodela a definição de cidadania no tocante ao exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, seja no plano nacional, seja internacional¹¹. Outro documento jurídico de inspiração atemporal para os direitos humanos é a Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919. Na Quarta Seção, especificamente nos arts. 145 e 146, a referida legislação destaca que “a escolaridade é obrigatória para todos”, no mesmo passo que estabelece que a instrução pública é estruturada de forma orgânica e visa a vocação da criança.¹²

As normas jurídicas acima guardam duas características importantes. A primeira é o fenômeno constitucional, que por ser a lei maior do ordenamento jurídico, estabelece os ditames do Estado através dos direitos fundamentais. A força normativa da constituição orienta o ente estatal a promover a educação em seus variados níveis. Portanto, além dos direitos civis e políticos, produtores da conduta absenteísta do Estado, o indivíduo tem o direito de exigir do mesmo a execução de bens e direitos, como é o caso da educação.

A segunda característica resume-se no fundamento da importância do citado bem jurídico no desenvolvimento do sistema produtivo capitalista, demandadora de mão-de-obra qualificada no atendimento dos seus objetivos. Após os efeitos da Segunda Guerra Mundial, sobretudo com a evolução dos direitos humanos e o estabelecimento do Estado do bem-estar social, nasce o dever das constituições em efetivar a dignidade da pessoa humana nos variados aspectos da sociedade. Fortalece-se, assim, a universalidade dos direitos do homem e, para isso, adveio, em 10 de

¹⁰ CAGGIANO, Mônica Herman S. A educação como direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo; Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 22.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193.

dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que avançou na tutela jurídica e social da educação, conforme a interpretação do artigo XXVI:

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.¹³

O texto acima elucida as finalidades da educação como instrumento de dignificação do ser humano, inclusive com a participação da família como um dos agentes provedores da instrução de sua prole. Trata-se de um elemento fundamental de integração do indivíduo na coletividade e não um benefício acessível a parcelas privilegiadas da população em detrimento das demais

A Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), em 14 de dezembro de 1960, na Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação na Esfera do Ensino estabeleceu no art. 5º, parágrafo 1º, que a educação deve atender ao desenvolvimento da personalidade humana e ser o reforço para o respeito aos direitos humanos e das liberdades individuais. Ela prega a compreensão dos Estados, o dever da família com a educação dos seus filhos e a erradicação de qualquer forma de intolerância e não concretização da paz¹⁴. Ainda a Unesco, em 1974, a partir das cláusulas da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, estabeleceu recomendações sobre a educação para a compreensão e paz internacional. No referido documento, a educação é um processo de

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193, p. 236.

¹⁴ CAGGIANO, Mônica Herman S. A educação como direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo; Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 24.

desenvolvimento da consciência e capacidades (aptidões, conhecimentos pessoais, etc.) de indivíduos e grupos sociais no âmbito nacional ou internacional.

Outros documentos podem ser mencionados a título de exemplificação ao confirmarem a abrangência e a necessidade da educação como direito fundamental. Destacam-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração Mundial sobre a Educação para Todos (1990), a qual tratou dos processos de aprendizagem, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2.000), que confere expressamente a educação como direito, conforme o art. 14:

Artigo 14º

Direito à educação

1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.
2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.
3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.¹⁵

Comprova-se que a educação é um direito tutelado pelo sistema jurídico. O fator elementar para a sua consagração como direito fundamental é o princípio da dignidade da pessoa humana. Este, por seu turno, está relacionado com a necessidade de proteção do homem em diversas categorias da sua existência, ou seja, perante o outro, a coletividade e o próprio Estado.

1.3 A educação no ordenamento jurídico brasileiro

1.3.1 A Constituição Federal de 1988 e o neoconstitucionalismo

Como salientado na introdução deste estudo, o objetivo deste tópico é conhecer as normas jurídicas que tratam sobre a educação no Brasil. A Constituição Federal de

¹⁵ UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos direitos fundamentais da união européia**. 2000. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014, p. 17.

1988, diferentemente das cartas pretéritas¹⁶, disciplina a educação em diversos momentos. No art. 6º¹⁷, ao declarar os direitos sociais, enuncia primeiramente à educação, seguida da alimentação, moradia, entre outros. No Título VIII, ao se referir à Ordem Social, trata, no Capítulo III, da educação nos arts. 205¹⁸ a 214. Ela também é mencionada na organização político-administrativa do Estado através da repartição de competências em consagração ao pacto federativo, a exemplo dos arts. 24, IX¹⁹ e 23, V²⁰.

O Estado, como ente maior, deve desenvolver políticas públicas para que todos tenham acesso à educação de qualidade. Cabe lembrar que o termo “todos” significa negros, brancos, ricos, pobres, dentro dos parâmetros advindos da aplicação do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, este princípio fundamental da República Federativa do Brasil (inciso III do art. 1º da CF/88):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.²¹

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana é o princípio interpretativo para compreender a educação como direito fundamental, em face do seu efeito centrípeto, isto é, de ter em si os elementos principais que fundamentam e assentam o Estado

¹⁶ Antes da Constituição Federal de 1988, foram outorgadas (impostas) ou promulgadas (livre consentimento popular) as seguintes Cartas, na seguinte cronologia: Constituição Imperial de 1824, Constituição de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969.

¹⁷ Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.”. Ver em: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12.

¹⁸ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ver em: *Ibidem*, p.145.

¹⁹ *Ibidem*, p.30.

²⁰ Para fim de esclarecimento, a CF/88 estabelece a organização político-administrativa, em que cada ente federado (União, Estado, Município e Distrito Federal) possui competências, sejam elas exclusivas, privativas, comum (todos legislam sobre determinado bem jurídico devidamente estabelecido na Constituição) ou concorrente, este, nos ditames nos parágrafos 1º ao 4º do art. 24 da Carta Magna de 1988. Deve ser reforçado o entendimento de que a preocupação com a educação está em todos os níveis da federação, em face da sua importância como direito fundamental e humano.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2.

brasileiro, como é o caso da cidadania. Com base em Ingo Sarlet²², ao tratar da dignidade da pessoa humana, pode-se ainda afirmar que a educação é um direito que torna todos os indivíduos iguais, seja no acesso, seja no conhecimento. Ainda com base no mesmo autor, define-se dignidade da pessoa humana como:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade dos demais seres humanos.²³

Se todos os seres humanos são dotados de consciência e razão, eles devem agir uns com os outros com espírito de fraternidade e igualdade. A concretização da dignidade da pessoa humana através da educação acarreta no direito de autonomia e de autodeterminação de cada indivíduo. O aprendizado de técnicas e o exercício de produção de conhecimento permitem o acesso ao trabalho e promove a felicidade e o bem-estar. Ao mesmo tempo em que o Estado é estruturado através de normas escritas, a Constituição Federal de 1988 limita o seu poder mediante os direitos fundamentais, seja para fins de abstenção do mesmo, a exemplo da preservação da vida e da segurança, seja para a execução de direitos indispensáveis a coletividade, como é o caso da educação. A CF/88 guarda em si o fenômeno do neoconstitucionalismo²⁴, fenômeno remodelador da interpretação das constituições em face do atendimento aos direitos fundamentais.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014, p. 2-3.

²³ *Idem*. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²⁴ Eduardo Cambi aponta que o neoconstitucionalismo é a resposta para a crise existencial do Direito diante dos efeitos dos projetos da Modernidade. Com uma nova hermenêutica e a expansão da jurisdição constitucional, o cidadão pode ser blindado com os direitos fundamentais em face de arbitrariedade do Estado ou mesmo a sua omissão. A Constituição deixou de ser um mero imobilismo conceitual e passou a ser dinâmica, tanto no sentido da sua essência quanto da sua eficácia. Por isso, é grande a ocorrência de demandas judiciais para que candidatos, aos serem obstados de ingressarem no ensino superior pela

O contexto do neoconstitucionalismo é resultado de um novo paradigma histórico, jurídico e filosófico. Isso porque a CF/88 não é um mero diploma normativo, pois incorpora conteúdos materiais que adotam direitos, diretrizes, princípios e valores²⁵ com operacionalidade direta e imediata. Tal fenômeno supera o pensamento engessado da ciência jurídica e propõe a realização concreta dos direitos fundamentais, fazendo valer a força normativa constitucional:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘ a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)²⁶

O Estado democrático de direito, ao contrário do Estado liberal, trouxe uma nova realidade com a passagem do Estado legislativo de direito do centro para a periferia do sistema jurídico. O Estado constitucional de direito evidencia-se como núcleo mandamental do ordenamento jurídico, em que a lei não somente atua como fio condutor de sanção, mas geradora e fomentadora da reestruturação social, a fim de assegurar os objetivos constitucionais. Logo, o Estado democrático combate às diferenças diante de uma sociedade multicultural.

A Constituição Federal de 1988 contém o espírito e a força de aplicação concreta de suas normas. A interpretação dinâmica possibilita a variação normativa frente aos complexos antagonismos sociais, políticos, econômicos e culturais, da

via das cotas, sejam concedido judicialmente a prosseguimento na matrícula e conseqüente freqüência às aulas. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 205-210.

²⁵ FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 78.

²⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24.

mesma forma que Peter Häberle²⁷ vincula potencialmente os órgãos públicos, cidadãos e grupos, não sendo possível o estabelecimento de um número fechado de intérpretes da Constituição. A educação deve estar atrelada aos fins do Estado social mediante funções interventivas e de concretização das aspirações sociais.

O ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com a Constituição e os princípios nela inseridos. A carga cultural, os anseios da sociedade, o processo histórico, dentre outros elementos fazem parte da construção jurídica dos direitos fundamentais. Por exemplo, no caso da política de cotas, deve ser analisada a exclusão histórica de pessoas e grupos que não possuem condições de ingressarem numa escola pública de qualidade, sobretudo num curso superior. Logo, torna-se imperativo o diálogo normativo à luz da Constituição, da dignidade da pessoa humana, do princípio da isonomia e da educação como direito fundamental.

A dinamicidade da CF/88 associada ao ordenamento jurídico assenta a necessidade de uma hermenêutica constitucional que supere os excessos do formalismo-valorativo, este salientado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²⁸. A educação está conectada às questões políticas, econômicas, jurídicas e ideológicas, não podendo ser restringida à letra da lei, mas estudada sob diferentes ângulos para a incidência das normas constitucionais no plano concreto através do pronunciamento dos tribunais.

1.3.2 A educação como direito social

A discussão deste tópico requer o estudo prévio e breve dos direitos fundamentais. Estes possuem nomenclaturas e definições diversas dadas pela comunidade jurídica, o que proporciona o amplo debate doutrinário. Como informado na introdução e em respeito à delimitação temática, somente os aspectos principais foram delineados.

²⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 13.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oiveira. O formalismo –valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 125.

Paulo Bonavides²⁹ afirma que tais direitos são frutos do nascimento do Estado liberal burguês, proclamador da liberdade e emancipação do homem, bem como limitador dos poderes frente uma constituição escrita e pilar da sociedade. O citado autor assevera que os direitos fundamentais “ (...) são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança”³⁰, sendo, portanto, o patamar máximo do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais, através de normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios³¹, fazem parte de uma nova conjectura do Estado, limitando o poder em face do indivíduo. Este se torna autônomo e independente com a presença de um texto normativo que o protege e faz valer seus direitos perante o ente estatal³². Vieira de Andrade³³, ainda na conceituação de direitos fundamentais, estabelece a seguinte afirmação:

[...] poderíamos convencionar que da pluralidade de designações que nos oferece a matéria, a expressão ‘direitos fundamentais’, sem deixar de ser um super-conceito, designaria em sentido estrito os direitos constitucionalmente protegidos; à perspectiva internacionalista atribuíam-se o termo ‘direitos do homem’, ou, melhor ainda, o de ‘direitos humanos’, e guardar-se-iam as fórmulas ‘direitos naturais’, ‘direitos originários’, e em geral as que transportam uma carga afectiva (direitos ‘imprescritíveis’, ‘inalienáveis’, ‘invioláveis’) para a dimensão filosófica.

A citação remete às características dos direitos fundamentais formadas pela inerência (faz parte do gênero humano), historicidade (advêm de um processo histórico), universalidade (beneficia todos os indivíduos e extrapola a questão territorial), irrenunciabilidade (não podem ser renunciados, mas podem deixar de serem exercidos), inalienabilidade (não são passíveis de comercialização), imprescritibilidade (exigidos e qualquer tempo), relatividade (não tem o caráter absoluto), comutatividade

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561-562.

³⁰ *Ibidem*, p. 561.

³¹ Deve ser dada a devida atenção, inclusive para fins de interpretação jurídica interdisciplinar, a diferença entre norma-regra e norma-princípio, ponto nevrálgico para a continuidade da discussão do tema pesquisado. Neste sentido, para melhor compreensão, adverte-se que a diferenciação será demonstrada no capítulo 2, em que as ações afirmativas serão tratadas, tendo como base o princípio da igualdade.

³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional – teoria do estado de da constituição/Direito constitucional positivo**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 691

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 36.

(o titular pode exercer vários direitos fundamentais), a indivisibilidade (as gerações daqueles direitos estão interligado entre si), proibição ao retrocesso e constitucionalização. A positivação na esfera constitucional garante que o indivíduo possa exigir seu direito perante o Estado, bem como este deve ter uma conduta de abstenção, de acordo com a CF/88.

Os direitos fundamentais são classificados em quatro gerações³⁴. Os direitos fundamentais de primeira geração remetem aos direitos e liberdades civis (vida liberdade, igualdade, entre outros), em que o Estado tem a denominada conduta negativa, ou seja, não pode violar direitos consagrados constitucionalmente, sob pena de ilegalidade. Já os de segunda geração, a exigência do indivíduo ou grupo é ante o Estado.

Márcia Zolliger³⁵ afirma que os direitos em questão imprimem a realização da justiça social nos direitos fundamentais, bem como trazem uma dimensão objetiva, pois são compreendidos como “ [...] um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.”³⁶. Dirley da Cunha Jr³⁷ sustenta que tais direitos credenciam os indivíduos a exigirem do Estado uma conduta ativa, para que coloque à disposição, de cada um, prestações de natureza material ou jurídica que permitam o exercício das liberdades fundamentais e a isonomia de situações sociais marcadas pela desigualdade, dando oportunidades aos que não possuem recursos materiais.

Na medida em que a economia agia de forma livre, aumentava a desigualdade social, o que exigia a intervenção do Estado na ordem social. Com a Crise da Bolsa nos Estados Unidos e a Segunda Guerra Mundial, instaurou-se o Estado *Keynesiano*, ou Estado do bem-estar social, a partir da garantia de uma reserva do possível, a fim de oferecer as pessoas um mínimo existencial para sobreviverem às vicissitudes econômicas e políticas, atenuando as desigualdades sociais.

³⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional** – teoria do estado de da constituição/Direito constitucional positivo. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 691.

³⁵ ZOLLINGER, Márcia. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 27.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

³⁷ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 563-564.

Logo, os direitos fundamentais de segunda geração estão relacionados com os direitos sociais e a ordem social, constantes na Constituição Federal de 1988, inclusive no art 6º, o qual menciona a educação. O Estado deve oferecer as condições materiais necessárias para que a pessoa se desenvolva e tenha condições de exercer os demais direitos fundamentais.

Os de terceira geração são descritos por Paulo Bonavides³⁸ como direitos que não pertencem a um único indivíduo, classe, grupo social ou a um determinado Estado, mas a todo ser humano de forma indistinta. Valoriza-se o gênero humano. Os bens tutelados são a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, entre outros, sendo nomeado por Kildare Gonçalves³⁹ como direitos humanos globais. Eles tratam da multiculturalidade e da multidirecionalidade, o que realça a discussão do direito na regulamentação das transformações sociais⁴⁰. Os direitos de quarta geração resguardam os direitos das minorias, sobretudo na era digital, enquanto os de quinta geração, por seu turno, e ainda em seus passos iniciais, preservam o amor, o zelo e a compaixão por todas as formas de vida.

Constata-se que a educação é um direito fundamental e conecta-se com todo o ordenamento jurídico através do diálogo entre as normas constitucionais e

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569.

³⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional – teoria do estado de da constituição/Direito constitucional positivo**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 692-694.

⁴⁰ Os direitos fundamentais requerem a interpretação não somente jurídica, mas inter e multidisciplinar, tendo em vista que a essência cultural do direito não pode resumir os bens tutelados à mera positivação do Estado. Os fenômenos sociais envolvem o indivíduo e a coletividade, como é o caso da educação, demandante de outros setores do saber, tais como a cidadania, a política, a economia, entre outros, que culminarão na produção concreta da eficácia das normas constitucionais, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana. Por isso, deve-se ter como um dos nortes deste trabalho o choque de forças e técnicas que possam colocar em evidência a fundamentação das decisões judiciais do TJ-BA e do TRF-1 sobre a política de cotas nas universidades públicas da Bahia sob o prisma da interdisciplinaridade. As necessidades deste foco de estudo ganha destaque a partir do pensamento de juristas como Calmon de Passos, o qual faz a seguinte reflexão, inclusive para fomento da construção discursiva da temática proposta: “[...] a institucionalização de uma ordem jurídica justa não é tarefa dos juristas, mas sim dos políticos, ou melhor dizendo, do confronto de forças sociais contrapostas, na procura da satisfação de seus interesses e na moldura das expectativas institucionalistas. Em suma, inexiste pureza no Direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político, o econômico e o ideológico. Nenhum sistema jurídico, nenhum instituto ou construção jurídica teórica escapa dessa contaminação. Nada, no jurídico, se imuniza em relação a esse procedimento. Conseqüentemente, a dimensão de justiça de um ordenamento jurídico é a resultante de uma correlação de forças em confronto no espaço político em que ele foi institucionalizado.”. PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: Julgando quem nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

infraconstitucionais. Ela não pode ser interpretada como mero texto, mas além do seu axioma, em que o intérprete torna-se fundamental, segundo Humberto Ávila⁴¹:

[...] atividade do intérprete - quer julgador, quer cientista - não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a idéia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.

Tais indagações demandam o olhar caleidoscópico do jurista, pois o bloco de fundamentações normativas consoma a exigência de direitos dentro do cursor histórico da sociedade. No contexto da educação, menciona-se a Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989, a qual trata da educação também como direito fundamental no art. 4º, inciso I:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Art. 4º - Além dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, é assegurado, pelas leis e pelos atos dos agentes públicos, o seguinte:

I - ninguém será prejudicado no exercício de direito, nem privado de serviço essencial à saúde e à educação. (grifo da própria obra)⁴².

Ainda na referida Constituição, o Capítulo XII, no art. 244 trata da educação como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada mediante colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Já os arts. 245 a 261 trazem detalhes da concretização da educação no âmbito estadual com atenção aos

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

⁴² BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. 1989. Disponível em: < <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd56/politica/ref.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014, p. 9.

fins estabelecidos na CF/88. Ainda podem ser destacadas as seguintes disposições normativas: art. 11, XII⁴³, XVII⁴⁴, art. 70, XVII⁴⁵.

Outra legislação é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB -, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. O art. 1º estabelece que a educação é um processo de formação da vida do indivíduo a partir do seu convívio em diversos setores sociais, tais como trabalho, família, instituições de ensino, entre outros. O art. 3º menciona que o ensino será ministrado com base em princípios, isto é, valores com força jurídica que norteiam a sociedade e o intérprete, quais sejam, a igualdade de condições de acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, pesquisar, ensinar, pensar, a incorporação de idéias, respeito à liberdade, à tolerância, entre outros. As instituições de ensino privadas, inclusive a superior, devem observar as normas mencionadas e cumprir as determinações da CF/88, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal:

A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição.⁴⁶

Diante do todo exposto, a constitucionalização da educação confirma a sua importância como direito fundamental e pilar para a eficácia da dignidade da pessoa humana. Tal interpretação elucida a política de cotas e as ações afirmativas através do princípio da igualdade e dos objetivos da nova hermenêutica constitucional com a consagração dos programas estabelecidos na própria CF/88, a exemplo da promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴³ Art. 11 - Compete ao Estado, além de todos os poderes que não lhe sejam vedados pela Constituição Federal: XII - proporcionar os meios de acesso à educação, cultura, ciência e tecnologia e ministrar o ensino público, inclusive profissional. Ver em: *Ibidem*, p. 11-12

⁴⁴ *Ibidem*, p. 12

⁴⁵ Art. 70 - Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre: XVII - educação, cultura, ensino e desporto. Ver em: *Ibidem*, p. 26.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

1.4 ANÁLISE HISTÓRICA E NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

A compreensão das decisões judiciais perpassa pelo conhecimento do ensino superior e suas manifestações no Brasil. A instituição universitária, segundo Naomar de Almeida Filho e Fernando Seabra Santos, apresenta duas características importantes. A primeira refere-se ao sentido, representado pela herança de séculos de existência e dos confrontos com os sistemas sociais, econômicos, culturais, políticos e civilizacionais para o cumprimento de suas missões, objetivos e prioridades. A segunda é a referência ética, moral e de transparência da universidade, ainda que tenha que conviver com tais valores associados à competitividade e o espírito pragmático da contemporaneidade.⁴⁷

O ensino superior brasileiro pode ser identificado já no período colonial sob domínio da metrópole portuguesa. A criação de universidades não era interesse dos lusitanos, pois incentivaria a formação de uma elite intelectual na colônia que poderia ser contrária aos interesses do país colonizador, bem como o surgimento de movimentos de independência. Para melhor elucidação, cabe a transcrição da afirmação a seguir:

Ao contrário das outras potências coloniais que dominaram o continente americano, Portugal detinha com mão-de-ferro o monopólio da formação superior, tornando absolutamente interdito ministrar 'ensino superior' nas colônias. Por isso, os colonizadores portugueses jamais permitiram o estabelecimento de instituições de educação universitária no Brasil – sua maior e mais bem guardada colônia – até o começo de século XIX. Aristocratas e funcionários de alta hierarquia em busca de educação superior, por obrigação ou como única opção, normalmente eram enviados a estudar na Universidade de Coimbra, em Portugal.⁴⁸

Os primeiros passos institucionais do ensino superior no Brasil foram dados somente no século XIX, quando o Brasil tornou-se Reino Unido a Portugal e Algarves. Neste período, marcado pela vinda da Família Real ao Brasil, não foram criadas universidades, mas as cátedras isoladas de ensino superior, como foi Medicina na

⁴⁷ SANTOS, Fernando Seabra; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A quarta missão da universidade: internacionalização universitária na sociedade do conhecimento.** Brasília: Editora Universidade de Brasília; Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, p. 30-31

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova.** Coimbra, 2006, p. 128-129.

Bahia e no Rio de Janeiro em 1808. O ensino superior participou do processo de desenvolvimento do Brasil através da construção de estradas de ferro, iluminação a gás, produção química, entre outros. Por outro lado, os negros, índios, pobres e grupos similares estavam excluídos do acesso à educação, motivo pelo qual expõe a contradição dos textos dos incisos XXXII e XXXIII do art. 179 da Constituição Política do Império de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, e onde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.⁴⁹

A educação não era prioridade no Império, pois a sociedade era escravagista, autoritária e com o objetivo de atender a uma pequena parcela da sociedade detentora do poder. As escolas eram imperceptíveis e os professores eram poucos, o que agravava a impossibilidade de ingresso das massas no ensino superior.⁵⁰

1.4.1 Da Proclamação da República a 1980

Ao tornar-se uma República, no final do século XXIX, ocorreu no Brasil o aumento da demanda pelos cursos de ensino superior, o que favoreceu o surgimento de novas instituições. A demanda era formada por dois grupos⁵¹. De um lado, os filhos de latifundiários cafeicultores deveriam ser bacharéis ou “doutores” para o exercício da atividade política e manutenção do prestígio familiar, bem como estratégia para evitar destituição econômica e social. Do outro lado, trabalhadores urbanos enxergavam o

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1981, p. 32.

⁵⁰ NASCIMENTO, M. I. M. **O império e as primeiras tentativas de organização da educação nacional (1822-1889)**. 2013. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_imperial_intro.html>. Acesso em: 04/03/2014, p. 1.

⁵¹ CUNHA, Luiz Antônio. Ensino superior e universidade no Brasil. In: LOPES, E. M. T.; FARIA FILHO, L. M.; VEIGA, C. G. (orgs.). **500 anos de educação no Brasil**. 5. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, p. 157.

ensino superior como forma de ascensão social. Os cursos superiores eram o cartão de ingresso aos cargos e postos de poder. No início do século XX ocorreu movimentos para atenuar a busca do diploma de bacharel, com destaque para o Decreto nº 8.659, de 5 de abril de 1911, conhecido como Reforma Rivadávia Corrêa. Ele conteve a invasão ao ensino superior por que, quanto mais pessoas eram graduadas, dificultava-se a formação de profissionais das classes dominantes para manter a clivagem social diante de um tempo em que o indivíduo deveria destacar-se e distanciar-se das demais classes mergulhadas em crises e exclusões⁵². O exemplo prático foi a realização dos exames para promover o filtro de entrada de novos pretendentes ao curso superior.

O Brasil, já em sua plena entrada no século XX, apresentava diversas configurações de desigualdades, principalmente quanto ao acesso ao ensino superior. O baixo nível democrático da sociedade obstava as políticas públicas e a realização de um debate central sobre a discriminação racial. Enquanto isso, a igualdade era mantida no plano formal. Neste cenário, sem nenhuma orientação ao ensino universitário, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 limitou-se à competência legislativa e atribuições para o voto:

Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:

30. legislar sobre a organização municipal do Districto Federal, bem como sobre a policia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União;

Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados

Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior.⁵³

⁵² CUNHA, Luiz Antônio. Ensino superior e universidade no brasil. In: LOPES , E. M. T; FARIA FILHO, L. M; VEIGA, C. G (orgs.). **500 anos de educação no brasil**. 5. ed. Belo Horizonte; Autêntica, 2011, p. 159.

⁵³ BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 24 jul. 2014, p. 1

No mesmo recorte histórico, observa-se a promulgação da Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917, as quais deram as diretrizes para o nascimento do Estado social, em que o ente estatal assumiu uma postura ativa, provedor das necessidades básicas da existência do indivíduo, dentre elas a educação. No Brasil, entre 1930 e 1940 ocorreu uma maior organização do ensino superior no governo de Getúlio Vargas, a exemplo do Estatuto das Universidades Brasileiras (Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931), com destaque para o art. 1º:

O ensino Universitário tem como finalidade: elevar o nível da cultura geral; estimular a investigação científica em quaisquer domínios dos conhecimentos humanos; habilitar ao exercício de atividades que requerem preparo técnico e científico superior; concorrer, enfim, pela educação do indivíduo e da coletividade pela harmonia de objetivos entre professores e estudantes e pelo aproveitamento de todas as atividades universitárias, para grandeza da Nação e para o aperfeiçoamento da Humanidade.

De acordo com o dispositivo legal, o ensino universitário visava à promoção de uma cultura individual e coletiva, assim como a produção de benefícios para a nação e a humanidade. A Constituição de 1934 não indicava qualquer atenuação das desigualdades sociais na educação superior, restringindo-se aos seguintes aspectos:

Art 20 - Os professores dos institutos oficiais de ensino superior, destituídos dos seus cargos desde outubro de 1930, terão garantidas a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade dos vencimentos.

Art 25 - O Governo federal fará publicar em avulso esta Constituição para larga distribuição gratuita em todo o País, especialmente aos alunos das escolas de ensino superior e secundário, e promoverá cursos e conferências para lhe divulgar o conhecimento.

Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores:

b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial;

Art 150 - Compete à União:

b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos

institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização⁵⁴

A Constituição de 1937 absorveu substancialmente o conteúdo constitucional anterior, mas abriu um caminho para o incentivo a educação dos grupos excluídos através do ensino primário, da educação moral e política e a criação das escolas técnicas⁵⁵. Um fato importante neste período foi à luta de Abdias do Nascimento, destacado defensor da cultura e da igualdade para as populações afrodescendentes no Brasil em 1934, ao requerer aos poderes públicos do Rio de Janeiro a garantia de acesso dos negros no ensino público⁵⁶. O ensino superior não foi expressamente mencionado, mas tão somente “ensino” na Constituição de 1937:

Art 128 - A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.

É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.⁵⁷

A Constituição de 1946 nada trouxe de relevante, tendo como referência o art. 5º, XV, que deliberava a necessidade de elaboração de uma nova Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional. A União era o ente responsável pelo sistema federal de

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5.ed., São Paulo: Atlas, 1981, p. 12.

⁵⁵ BARRETO, Maria Raidalva Nery. **Políticas públicas para o acesso e permanência no ensino superior**; o projeto Faz Universitário. Salvador: Universidade do Estado da Bahia (UNEB), 2008, p. 49.

⁵⁶ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Racismo e desigualdade racial no Brasil. In: DUARTE. E. C. P.; BERTÚLIO, D. L. L.; SILVA, P. V. B (Orgs). *Cotas raciais no ensino superior – entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15.

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1981, p;55.

ensino e dos territórios e no art. 166 disciplinava que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.”⁵⁸. Apesar dos esforços do constituinte, a dinâmica social permanecia com a mesma configuração quanto ao ensino superior.

Nos anos de 1950 e 1960 ocorreram novas modificações, em que o acesso ao ensino secundarista abriu novas demandas para o ingresso nas instituições universitárias. A Lei nº 4.024/61, a primeira Lei de Diretrizes e Bases permitia que os concluintes dos cursos profissionalizantes fossem candidatos a uma das cadeiras do ensino superior. Esta realidade estava concatenada com os interesses do capital internacional.

Essa lei, que procura estabelecer um compromisso entre os interesses de uma burguesia nacional e os interesses das frações de classes mais tradicionais, ligadas ao capital internacional, em verdade já ultrapassada, quando entra em vigor. Em dezembro de 1961 já se delineiam claramente as novas tendências da internacionalização do mercado interno. Com isso anunciavam possíveis mudanças na organização do poder ao nível da sociedade política o que certamente iria levar reformulações da política educacional, visando à sociedade civil.⁵⁹

Não havia discussão sobre o acesso democrático às universidades, especialmente as públicas. A Reforma Universitária de 1968 (Lei nº 5.540) trouxe elementos importantes, tais como a instauração do vestibular como meio de avaliação para o ingresso no ensino superior, a ampliação do número de vagas nos cursos de graduação e pós-graduação, entre outros. Silvia Maria Almeida descreve as movimentações sociais de políticas neste recorte histórico:

[...] o Estado brasileiro continuou por lançar normas que regulamentaram a educação superior e, sobretudo, o processo de acesso a esse nível de educação. Não seria então de se estranhar sob um regime autoritário o Governo continuasse, portanto, a regular este processo. No entanto, um novo tom coloriu essa questão; neste momento, o concurso vestibular adquiriu uma discussão de ordem tecnicista e a legislação não fugiu a

⁵⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1981, p. 43.

⁵⁹ BARRETO, Maria Raidalva Nery. **Políticas públicas para o acesso e permanência no ensino superior**: o projeto Faz Universitário. Salvador: Universidade do Estado da Bahia (UNEB), 2008, p. 50.

esse embate. Problemas vinculados à forma de elaboração das provas, 220 critério de correção, escores, aplicação da docimologia, enfim, abordagens que visaram à racionalização do processo, predominaram neste período, tanto que através de um decreto foi criada uma comissão específica para a implantação de uma forma racional do vestibular – o vestibular unificado. Essa comissão estava incumbida de uma série questões, não só para implantação de um sistema de concurso vestibular unificado para diferentes regiões geográficas, como também tratava de outras que influenciavam na execução do vestibular, a exemplo do critério de notas mínimas⁶⁰.

Nota-se que o processo seletivo ou vestibular foi a resposta técnica para a prevalência da meritocracia. Por mais que o Estado, sob a égide das normas constitucionais anunciasse o acesso ao ensino superior, esbarrava-se no monopólio estabelecido para as elites. O que era para ser uma seleção para garantir a igualdade de acesso tornou-se uma pré-seleção, pois estava (e continua sendo) consubstanciada em condições econômicas, de prestígio e sócio-culturais dos indivíduos. Estes que são providos destes recursos, em grande parte, de antemão, eram escolhidos.⁶¹

Apesar da técnica de racionalização do vestibular, as disparidades sociais e econômicas mantenedores do *status quo*⁶² permaneceram. Sabine Moehlecke⁶³ afirma que os cursos de Direito, Medicina e Engenharias continuavam a ser ocupados por indivíduos privilegiados, enquanto os grupos excluídos tinham acesso aos cursos de pouco prestígio e de remuneração baixa no mercado.

Mesmo com a abertura das universidades para os indivíduos, a desigualdade se mantinha em relação à discrepância mercadológica dos cursos, inclusive no tocante ao retorno financeiro. A Reforma de 1968 prezava pela democratização, igualdade de acesso, oportunidade e universalização, mas fora obstada pela seletividade social, econômica, de gênero e étnica. Todos estes dados confirmam que a sociedade

⁶⁰ ALMEIDA, Silvia Maria Leite de. **Acesso à educação superior no Brasil: uma cartografia da legislação de 1824 a 2003.** Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, 2006, p. 219-220.

⁶¹ KOWARICK, L. Os favoritos: a corrida rumo à universidade. In: **Ciência e Cultura**. São Paulo: 1976, p. 134.

⁶² SILVA, Franklin Leopoldo e . **Reflexões sobre o conceito e a função da universidade pública.** Maio/Ago. 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142001000200015&script=sci_arttext>. Acesso em: 04 mar. 2014, p. 1.

⁶³ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial.** 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a06v2588.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 35-38.

brasileira vivia num baixo nível democrático no decorrer de sua história e sem estabelecer as políticas públicas que abarcassem a igualdade de acesso ao ensino superior.

A precariedade das escolas públicas restringe ainda mais o acesso às universidades, resultado de um processo histórico, social e racial de exclusão de direitos⁶⁴. Em contraste com o Brasil, países da América Latina estão comprometidos com a redução das desigualdades sociais e a manutenção das identidades culturais, ainda que outros problemas sejam enfrentados, tais como a desigualdades regionais⁶⁵. Com a chegada da década de oitenta, novas perspectivas surgiram para a sociedade brasileira e a educação, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta trouxe novos paradigmas jurídico-sociais já delineados no tópico 1.3 deste capítulo. Dentre muitas matérias dispostas pelo referido documento, há o art. 207, em que confere a autonomia universitária:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.
 § 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.
 § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.⁶⁶

Por mais que a universidade seja revestida por tal característica, ela deve cumprir os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles a cidadania e a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Em paralelo, a instituição universitária, na prática da política de cotas, deve elaborar suas normas de acordo com a CF/88, sob pena de violação legal. Isso quer dizer que a mesma não estará limitada à igualdade formal, mas na execução da igualdade material

⁶⁴ CÉSAR, Raquel Coelho Lenz. Políticas de inclusão no ensino superior brasileiro: um acerto de contas e de legitimidade. In: BRANDÃO, André Augusto (Org.). **Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação**. Rio de Janeiro: DP & A, 2007, p. 14.

⁶⁵ STALLIVIERI, Luciane. **O sistema de ensino do Brasil** – características, tendências e perspectivas. Disponível em: <http://www.uces.br/ucs/tplPadrao/tplCooperacaoCapa/cooperacao/assessoria/artigos/imprimir/sistema_ensino_superior.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2014.

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

A educação superior foi um tema constantemente debatido na Assembleia Nacional Constituinte na elaboração da CF/88. Ela sofreu influências decorrentes da conjuntura histórica e da presença dos agentes organizados com interesses no setor. Além de ter sido uma questão política, a instituição universitária passou a ser também formuladora e executora de políticas públicas. Isso está relacionado com o desenvolvimento da sociedade e do crescimento da economia brasileira⁶⁷. Nota-se, inclusive, pelo texto constitucional, que a universidade ganhou maiores responsabilidades, na medida em que se tornou um agente fomentador de direitos.

Em obediência à ordem constitucional na elaboração das constituições estaduais, a Constituição do Estado da Bahia foi promulgada em 05 de outubro de 1989 e dedicou um capítulo específico para as instituições estaduais de ensino superior. O art. 262 dispõe diversos objetivos como o de promover a produção, acesso e difusão do conhecimento, a formação profissional, a contribuição para o progresso da comunidade, entre outros:

CAPÍTULO XIII.

DAS INSTITUIÇÕES ESTADUAIS DE ENSINO SUPERIOR

Art. 262 - O ensino superior, responsabilidade do Estado, será ministrado pelas Instituições Estaduais do Ensino Superior, mantidas integralmente pelo Estado, com os seguintes objetivos:

I - produção e crítica do conhecimento científico, tecnológico e cultural, facilitando seu acesso e difusão;

II - participação na elaboração das políticas científica, tecnológica e de educação do Estado;

III - formação de profissionais;

IV - participação e contribuição para o crescimento da comunidade em que se insere e resolução de seus problemas.

§ 1º - As Instituições Estaduais de Ensino Superior gozarão de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, na forma da lei

§ 2º - Preservada sua autonomia, as Instituições Estaduais de Ensino Superior integram o sistema estadual de educação.

§ 3º - As Instituições Estaduais de Ensino Superior têm como princípio a indissociabilidade do ensino, da pesquisa e da extensão.

Art. 263 - A criação ou extinção de Universidades Públicas Estaduais será de competência do Poder Executivo, após aprovação pela Assembléia Legislativa.

⁶⁷ NOGUEIRA, André Magalhães. **Educação superior na assembléia nacional constituinte**: agenda de transição e debates da constituinte. Set. 2009. Disponível em: <http://www.databrasil.org.br/pdf_docs/Doctrab85.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2014, p. 1-3.

Art. 264 - A carreira do magistério superior será única, na forma do seu estatuto, que disporá sobre os respectivos direitos e garantias.

As constituições avançaram no sentido de democratizar a universidade como espaço de acesso para o desenvolvimento pessoal, técnico e social. Ainda assim, o ensino superior manteve-se estagnado neste período com retomada nas décadas posteriores.

1.4.2 O período democrático pós-1988.

Com a Constituição Federal de 1988 e o rol de direitos fundamentais e sociais disciplinados em seu texto, novos fatos e legislações surgiram para a evolução das ações afirmativas e das universidades no período recortado. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional entrou em vigor em 1996 e trata dos diferentes níveis de ensino. No Capítulo IV, os arts. 43 a 57 tratam do ensino superior e estabelece as suas finalidades:

CAPÍTULO IV

Da Educação Superior

Art. 43º. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do

pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.⁶⁸

Nota-se que o texto legal confere atribuições às instituições de ensino superior. Elas devem estimular constantemente o desenvolvimento técnico e científico, o pensamento reflexivo e cultural. Tanto é que os objetivos são mencionados em suas formas verbais no infinitivo (estimular, formar, incentivar, promover, suscitar), como determinação legislativa para o cumprimento de suas finalidades. Encontra-se aí a função educacional do ensino superior no desenvolvimento do indivíduo voltado para a coletividade, remontando as características da educação elucidadas no tópico 1.1 deste capítulo.

Nina Ranieri⁶⁹, ao comentar o dispositivo, ressalta que a universidade tem a função de despertar os discentes, docentes e a sociedade para os problemas locais, nacionais e mundiais. Este entendimento remonta a Marilena Chauí⁷⁰, que retrata a universidade como instituição social, fundada no reconhecimento público de suas atribuições, legitimidade e acompanhante das transformações da sociedade. A instituição universitária permite as práticas republicanas e democráticas, o que reforça a necessidade da sua autonomia. Com o advento dos ideais neoliberais e a evolução tecnológica e científica, ambos comungados com os interesses do capitalismo financeiro, a educação superior é um dos sustentáculos do sistema ao oferecer os elementos de continuidade dos meios de produção. Para isso, destaca-se a necessidade de formação de diplomados em diversas áreas do conhecimento para a continuidade da sociedade brasileira⁷¹.

Outro dado é que o *status* de graduado ampliou a mobilidade social. Muitas pessoas tiveram acesso a maiores oportunidades de emprego, dando-lhes novas

⁶⁸ BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. 1989. Disponível em: < <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd56/politica/ref.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014, p. 68.

⁶⁹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Hard-cases e leading –cases no direito à educação: o caso das cotas raciais. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: igualdade e discriminação no ensino**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 25.

⁷⁰ CHAUI, Marilena. **A universidade pública sob nova perspectiva**. 2003. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n24/n24a02.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2014, p. 5.

⁷¹ CARNEIRO, B. P. B.; NOVAES, I. L. Regulação do ensino superior no contexto da contemporaneidade. In: NASCIMENTO, A. D.; HETKOWSKI, T. M. **Educação e contemporaneidade**. – pesquisas científicas e tecnológicas. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 63.

perspectivas. Mesmo com a Constituição Federal de 1988, as exclusões permaneceram em desfavor dos negros e àqueles que não tiveram acesso a uma educação de qualidade. As universidades públicas apresentavam dificuldades para o acolhimento das classes mais baixas e afrodescendentes, permitindo o ingresso de alunos na instituição privada:

De modo geral, as universidades públicas, que oferecem o ensino de melhor qualidade, funcionam predominantemente no período diurno, ao passo que as instituições isoladas privadas o fazem no período noturno. Assim, os estudantes que não tiveram acesso a um curso médio de boa qualidade tendem a ingressar nos cursos superiores de mais baixa qualidade.⁷²

A universidade pública tem suas bases constitucionais consolidadas no acesso dos indivíduos, sobretudo aqueles que não têm condições de cursar em instituição de ensino superior particular. Paralelamente, as condições estruturais e administrativas não permitiam que os menos favorecidos, muitos deles negros, ingressassem e permanecessem na universidade pública. Isso se deve ao fato de que, diferente de pessoas que tinham dedicação exclusiva ao estudo, muitos derivados de classe baixa tinham que trabalhar durante o dia, o que já, por si só, dificultava a permanência do aluno. Acrescente-se que a própria localização das universidades públicas desestimula a inserção de indivíduos que moram nas periferias no que se refere aos cursos noturnos, aumentando as clivagens sociais e a manutenção das elites nos cursos superiores nas universidades públicas:

No Brasil, as universidades se reorganizaram dentro da doutrina da Trilateral, segundo a qual nós não devemos produzir conhecimento. O Brasil é, portanto, um país onde o trabalho intelectual não traz recompensas. E as universidades, por sua vez, reduzem as possibilidades de criação, na medida em que são colocadas num esquema autoritário e burocrático.⁷³

⁷² CUNHA, Luiz Antônio. Ensino superior e universidade no Brasil. In: LOPES, E. M. T.; FARIA FILHO, L. M.; VEIGA, C. G. (orgs.). **500 anos de educação no Brasil**. 5. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, p. 200.

⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova**. Coimbra, 2006.

A universidade brasileira, desde a década de 1990, tem recebido as influências do modelo neoliberal através do FMI (Fundo Monetário Internacional), Banco Mundial, OMC (Organização Mundial de Comércio), entre outros organismos internacionais para a adoção do comércio de prestação de serviços educacionais. Nisso, reduzem-se as responsabilidades estatais quanto ao investimento nas instituições públicas de ensino superior, o que contribui para reforçar as desigualdades neste setor⁷⁴. Há o choque entre os anseios jurídicos e sociais da educação como direito fundamental e a violação constitucional através da permanência da exclusão social dos negros, índios e demais grupos do gozo de direitos.

Para Anísio Teixeira, a universidade é o espaço indispensável na sociedade moderna e sem ela um povo não existe. Muitos países floresceram com a produção de história e cultura⁷⁵. A evolução da instituição universitária no Brasil apresenta um contexto histórico e social de desigualdades, em que indivíduos foram excluídos do acesso a certos bens promovidos pelo Estado, impossibilitando o ingresso dos mesmos no ensino superior. O neoliberalismo econômico fragiliza o Estado na promoção de políticas públicas para atender as demandas do capital financeiro. Da década de 1960 até a última década do século XX nenhum país conseguiu promover a igualdade e vencer os preconceitos através de medidas estatais que superem as injustiças.

Em 2004, no governo Lula, foram criadas medidas de expansão do acesso ao ensino superior com a criação do ProUni (Programa Universidade para Todos) com a edição da Lei nº 11.096/2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005. O seu procedimento exige que o estudante oriundo de escola pública tenha participado do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), bem como o cumprimento dos requisitos legais referente à renda familiar para recebimento de bolsa⁷⁶. No ano de

⁷⁴ PAULA, Maria de Fátima de. **A formação universitária no Brasil: concepções e influências**. Fev. 2012. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-40772009000100005>. Acesso em: 04/03/2014, p. 1.

⁷⁵ TEIXEIRA, Anísio Spínola. **Educação para a Democracia: introdução à administração educacional** /Anísio Teixeira. Apresentação de Luiz Antônio Cunha, 2ª ed. / Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997, p. 122. O Art. 2º regular sobre os destinatários da bolsa

⁷⁶ O art 2º e 3º da Lei nº 11.096/2005 regula as condições dos candidatos ao ProUni: “Art. 2º A bolsa será destinada aos : I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a

2007, o REUNI (Plano de Reestruturação e expansão das Universidades Federais) foi implantado com o objetivo de ampliar as condições de acesso e permanência na educação superior, bem como sua qualidade. Por fim, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010)⁷⁷ e a Lei de Cotas (Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012) são outros exemplos de legislações promotoras para atenuação das exclusões sociais. Para a compreensão da importância da primeira legislação para política de cotas, cabe mencionar o art. 4º, o qual disciplina as medidas prioritárias de participação da população negra:

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação,

que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei”; “Art. 3º O estudante a ser beneficiado pelo Prouni será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato.” BRASIL. Lei n. 11.096, de 13 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 n. 10.981, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 14 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁷⁷ BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 213 (2003). Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado, do Sr. Paulo Paim, sobre a instituição do **Estatuto da Igualdade Racial**, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/paulopaim/pages/vida/publicacoes/texto/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf>. Acesso em: 19/11/2014.

cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Momento importante e definidor de novos paradigmas na estrutura universitária brasileira é o projeto Universidade Nova, desenvolvido por Naomar de Almeida Filho em seu reitorado na Universidade Federal da Bahia (2002-2010), implantado em parte com recursos provindos do REUNI (Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais). Entre outros objetivos, o Projeto Universidade Nova visava atuar na superação da desigualdade histórica verificada na universidade pública. Nota-se com a referida proposta busca a aproximação da mencionada instituição universitária com a coletividade através de docentes e discentes que dialogam com diversos saberes e não adstritos à produção de um saber científico. Após a revisão histórica do ensino superior, verifica-se que a universidade passou por diversas fases e normatizações, tendo em vista a sua importância na sociedade e na conjectura política e econômica do país. As ações afirmativas devem ser evidenciadas, a fim de compreender suas relações com a IES, conforme será analisado a seguir.

1.5 As ações afirmativas no Brasil: a política de cotas no ensino superior público

As ações afirmativas representam um conjunto de condutas, comportamentos ou ocorrências com o objetivo de promover o bem-estar e o acesso a direitos constitucionalmente tutelados em benefício de pessoas e grupos excluídos da sociedade. Para isso, há a necessidade de um Estado provedor, ativo e fomentador de direitos sociais, o que proporciona a manutenção dos direitos fundamentais individuais e a prevalência dos direitos humanos. Neste sentido, Camila Magalhães, Fernanda Montenegro e Sabine Rigueti⁷⁸ conceituam ações afirmativas como um conjunto de

⁷⁸ MAGALHÃES, Camila; MONTENEGRO, Fernanda; RIGHETTI, Sabine. Ações afirmativas e cotas no ensino superior: uma reflexão sobre o debate recente. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord);

iniciativas que visa favorecer segmentos sociais e eliminar desequilíbrios ocorridos no presente ou no passado.

Ainda em seus aspectos iniciais, as ações afirmativas (*affirmate actions*) teve início na década de sessenta nos Estados Unidos com a publicação do Decreto nº 10.952, de 6 de março de 1961 pelo presidente John Kennedy, preconizadoras da isonomia total entre trabalhadores no campo de trabalho. Após a Segunda Guerra Mundial surgiram movimentos contra a discriminação, como os liderados por Martin Luther King. Os processos judiciais entre *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Regents of University of Califónia v. Bake*⁷⁹ foram os primeiros a serem julgados pela Corte dos Estados Unidos. A constituição americana e os direitos humanos, crescentes na década de cinquenta e sessenta, imprimiram um novo paradigma político e jurídico, tendo em vista que o pilar da discussão é o princípio da isonomia. Diante dos diversificados significados e abordagens das ações afirmativas, Paulo Lucena⁸⁰ sustenta que elas são um conjunto de esforços visando o favorecimento de segmentos sociais que se encontram em condições piores de competição em qualquer sociedade, em virtude da prática de medidas discriminatórias.

Mesmo com as referências voltadas para os Estados Unidos, as ações afirmativas já tinham suas bases na Índia ainda sob domínio inglês, em que foram incorporadas à Constituição de 1947. Nina Ranieri⁸¹ e João Feres Jr⁸² conferem as seguintes justificativas para a prática daquelas ações: (a) compensação das injustiças sociais contra determinado grupo social; (b) proteção contra os indivíduos mais fracos da comunidade e dos intocáveis em suas particularidades; (c) igualdade proporcional, de acordo com os distanciamentos entre os grupos; (d) promoção de políticas públicas para diminuição das desigualdades dos grupos específicos que sofrem discriminações.

RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo; Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 257.

⁷⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmate action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2001, p. 87-89.

⁸⁰ Ibidem, p. 27-29.

⁸¹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Hard-cases e leading –cases no direito à educação: o caso das cotas raciais. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação**: igualdade e discriminação no ensino. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010, p. 41.

⁸² FERES JÚNIOR, João. **Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil**. Estudos Afro-Asiáticos, v. 29, p. 63-84, 2007.

Verônica Toste, Luiz Augusto Campos e João Feres Jr.⁸³ contextualizam as ações afirmativas como medidas de caráter redistributiva com o fim de destinar bens para grupos específicos discriminados ou vitimizados pela discriminação social, econômica e cultural, seja do presente, seja do passado. Elas se diferenciam das políticas anti-discriminatórias, pois estas são consideradas como reparatorias e punitivas e preocupam-se com a prevenção dos comportamentos ou práticas discriminatórias.

Conforme os esclarecimentos do Ministério da Educação na atuação como *amicus curiae* na audiência pública acerca da constitucionalidade das cotas no ensino superior (julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF- 186 e Recurso Extraordinário nº 5.97.285/RS), diversos critérios são adotados para configurar a tutela da ação afirmativa: renda, minorias, portadores de necessidades especiais, étnico e racial, entre outros⁸⁴.

Diante da breve explanação sobre as ações afirmativas, algumas considerações devem ser evidenciadas. Ela ocorre quando há a segregação de direitos de certos indivíduos perante outros em relação a um bem jurídico comum. Flávia Piovesan expõe que a discriminação é uma distinção, restrição ou preferência que visa anulação ou prejuízos ao exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições no campo político, econômico e cultural. Discriminação, segundo a autora, gera desigualdade.⁸⁵

As ações afirmativas trazem a igualdade para o plano real, ainda que necessite da discriminação positiva como critério, a fim de trazer mais benefícios sociais para determinados grupos excluídos do processo de distribuição de direitos e bens. O próprio Estado brasileiro reconheceu a existência da prática do racismo. Em 1996, o

⁸³ DAFLON, Verônica Toste; FERES JR., João; CAMPOS, Luiz Augusto. **Cotas raciais no ensino superior público brasileiro**: um panorama analítico. Jan/Abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742013000100015&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jul. 2014, p. 5.

⁸⁴ BRASIL Ministério da Educação. **Igualdade e Autonomia**. Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior, Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 30. Jul. 2014.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Sarava, 2006, p. 172.

Ministério da Justiça – Secretaria de Direitos Humanos convocou diversos pesquisadores do Brasil e dos Estados Unidos para a o Seminário “Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos estados democráticos contemporâneos”, momento em que, pela primeira vez, o governo admitiu discutir políticas públicas específicas para a ascensão dos negros⁸⁶.

As informações não se esgotam neste evento. Em 1995, o Brasil informou ao Comitê da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial da existência do racismo no cotidiano do país e a desigual distribuição de bens sociais. O apogeu ocorreu em agosto/setembro de 2001, em Durban, na Terceira Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e formas correlatas de discriminação, em que o Brasil trouxe “ [...] as relações sociais, o racismo e a discriminação racial para o campo político e jurídico de discussões nacionais.”⁸⁷

Nota-se que o país, tardiamente, assumiu a existência do racismo e a má distribuição dos bens sociais com repercussão política e jurídica. A Constituição Federal de 1988 estabelece a interpretação da busca da igualdade para promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme o inciso IV do art. 3o. As ações afirmativas em estudo estão associadas a diversos entes jurídicos e sociais, em que a eficácia de cada uma delas resulte na justiça distributiva. Elas ainda podem ser definidas, de acordo com Joaquim Barbosa, como políticas públicas e privadas com o objetivo da concretização do princípio constitucional da igualdade material para neutralizar os efeitos das discriminações raciais, de gênero, idade, origem nacional ou compleição física. A igualdade deixa de ser um mero princípio para ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e a sociedade⁸⁸. Para melhor ampliação da temática que

⁸⁶ GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e antirracismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999, p. 165.

⁸⁷ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Racismo e desigualdade racial no Brasil. In: DUARTE, E. C. P; BERTÚLIO, D. L. L; SILVA, P. V. B (Orgs). **Cotas raciais no ensino superior** – entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

⁸⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Junho/ set. 2011. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 nov. 2014, p. 132.

comporta uma concepção necessariamente interdisciplinar, constrói-se o seguinte entendimento:

[...] está em jogo, com as políticas de ação afirmativa, uma relação complexa de igualdade, que tenciona a tradição moderna baseada nos direitos individuais, ao propor uma redefinição da igualdade de oportunidades liberal, introduzir a utilização de particularidades grupais e ao dar uma ênfase positiva à construção de identidades raciais. No caso do Brasil, além desses embates no campo normativo, a utilização da raça para a definição de políticas confronta-se com a ideia de uma nação que se imagina miscigenada e indiferente às distinções raciais.⁸⁹

Conforme o abordado, deve-se ter atenção sobre a natureza formal e material do princípio da igualdade, pois “[...] ter igualdade perante a lei no ordenamento jurídico brasileiro, não significa ter igualdade na letra da lei.”⁹⁰. Mesmo com a discussão das ações afirmativas em sua ampla abordagem, duas discussões ainda devem ser enfrentadas para compreensão da política de cotas nas universidades públicas baianas: a distinção entre justiça compensatória e a justiça distributiva e a outra referente à aplicação do princípio da igualdade.

1.5.1 justiça compensatória x justiça distributiva

Os fundamentos das ações afirmativas, conforme Geziela Iensue⁹¹, comporta duas dimensões. A primeira é a existência de uma justiça compensatória, a qual tem base na reparação de injustiças praticadas no passado por particulares ou pelo Estado contra um indivíduo ou grupo de pessoas. Trata-se de uma reparação no presente em face de uma injustiça pretérita. Tal corrente distancia-se da interpretação ontológica das ações afirmativas e da política de cotas nas universidades públicas, visto que as injustiças históricas não podem ser mensuradas ou reparadas de forma objetiva.

⁸⁹ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial**. 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a06v2588.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 7

⁹⁰ CÉSAR, Raquel Coelho Lenz. “Políticas de inclusão no ensino superior brasileiro: um acerto de contas e de legitimidade”. In: BRANDÃO, André Augusto (Org.). **Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação**. Rio de Janeiro: DP & A, 2007, p. 20.

⁹¹ IENSUE, Geziela. **Política de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia**. Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2009, p. 50.

Não é possível uma compensação ou mesmo reparação (jurídico-monetário) diante de uma segregação histórica que ainda permanece na sociedade. Não há uma precisão para realizar um “cálculo” que promova uma “reparação” aos indivíduos que não tiveram acesso a direitos indispensáveis à sua formação e inserção na coletividade para a eficaz manifestação da igualdade material. Até porque os benefícios não são destinados apenas a um grupo, mas para todos indistintamente com a finalidade da redução das desigualdades sociais e o combate à discriminação. A maior concentração dos cotistas está nas licenciaturas ou nos chamados “menos valorizados”, estes que exigem poucos investimentos para o processo de aprendizagem. Ainda devem ser observados os seguintes dados sobre a discriminação racial no ensino superior:

Se o ensino superior brasileiro continua aberto a poucos, isso se acentua drasticamente no caso dos alunos negros. Apesar de comporem 45% dos brasileiros, a população preta e parda (de acordo com a classificação do IBGE) que conclui o ensino superior representa apenas 2% e 12% daquele total, respectivamente, comparado com 83% da população branca.⁹²

Observe-se também que o contexto histórico é enraizado pela exclusão da população negra em relação ao contingente branco, obstando o primeiro de usufruir espaços de poder no país, bem como a qualidade de vida é 50 % menor no gozo de direitos e bens sociais⁹³. A própria dinâmica social já indica a permanência do racismo e da perpetuação da desigualdade, geradores de compensações cíclicas, distanciando-se de uma concretização da igualdade. Pode-se refletir que a compensação ou reparação é um incentivo para a manutenção das desigualdades sociais e raciais.

Ao contrário da justiça compensatória, há a justiça distributiva. Esta traz a essência da ação afirmativa, uma vez que seu objetivo é a distribuição e equalização das oportunidades e benefícios. Em vez de uma conduta de compensação, o Estado, antes inerte, deve ter a qualidade interventora para que os indivíduos de diversos

⁹² MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial**. 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a06v2588.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 2.

⁹³ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Racismo e desigualdade racial no Brasil. In: DUARTE. E. C. P; BERTÚLIO, D. L. L; SILVA, P. V. B (Orgs). **Cotas raciais no ensino superior** – entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2009, p. 30.

setores da sociedade tenham acesso a direitos, conforme a disposição do art. 6º⁹⁴ combinado com os textos normativos dos artigos 205 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

A concepção de teoria da justiça distributiva ou redistributiva tem fundamento na melhor disposição de direitos, benefícios e obrigações entre os membros da sociedade com o fim de promover oportunidades especiais a membros pertencentes a grupos vulneráveis⁹⁵. Joaquim Barbosa Gomes estabelece que o critério de justiça distributiva

[...] outorga aos grupos marginalizados, de maneira eqüitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação.⁹⁶

A construção da justiça distributiva remete a conjecturas interpretativas. A conduta do Estado deve ser positiva para efetivar os direitos fundamentais de segunda geração para a efetivação da igualdade. O ente estatal tem o dever da obtenção de uma reserva do possível com o fim de garantir o mínimo existencial de todos os indivíduos, inclusive aqueles que sofreram segregação histórica e que não tiveram acesso equânime aos bens da vida em relação a outros grupos. As relações econômicas, sociais e culturais, especialmente na ótica de John Rawls⁹⁷ devem estar concatenadas ao significado real de que cada pessoa tem um direito igual no sistema de liberdades básicas iguais e que seja compatível com um sistema semelhante, gerador de liberdades para as outras pessoas.

Paralelamente, tais relações devem ter o caráter vantajoso para todos dentro das fronteiras do razoável. De acordo com Rawls, a justiça é considerada a primeira virtude das instituições sociais. Quando há uma sociedade justa, as liberdades são

⁹⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.”

⁹⁵ IENSUE, Geziela. **Política de cotas raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2009, p. 51.

⁹⁶ GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

⁹⁷ RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. 2. ed. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímolo Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

iguais entre os cidadãos e os direitos não estão sujeitos a barganhas políticas. Do mesmo modo, a sociedade justa é composta por condições de igualdade plena, em que há a igualdade de oportunidade para todos, isto é, busca-se a equidade plena, bem como os benefícios devem ser distribuídos para os integrantes menos privilegiados do meio social, tendo em vista que, para a ocorrência da justiça social, é imperativo o amparo aos desvalidos, diminuindo as formas de desigualdades. Para isso, deve-se valer das ações afirmativas⁹⁸. Estas, por sua vez, não são sanções ou meros atos reparatórios ou compensatórios. Através da discriminação positiva, da interpretação do princípio da igualdade com base jurídica e existencial da dignidade da pessoa humana permite-se que certas pessoas tenham acesso contínuo aos benefícios públicos, os quais permitem gerar mudanças na sociedade brasileira. A justiça distributiva alcança seus objetivos mediante a constância e progressividade de gozo de direitos, ao contrário da justiça compensatória.

A ação de desigualar as condições entre grupos diferentes para igualar possibilita a melhor distribuição dos recursos estatais, a fim de atender as reivindicações sociais como um todo e não adstrito a um pequeno grupo da coletividade. Por isso, ao lado das normas constitucionais e infraconstitucionais, a política de cotas tem o caráter de política de Estado. A efetivação da igualdade perante o quadro de distribuição desigual de direitos legitimou a política de cotas por meio de uma discriminação positiva, fomentando oportunidades de ingresso no ensino superior. Tratam-se de políticas públicas não com o simples objetivo da reparação, mas para alcançar a distribuição efetiva de direitos.

1.5.2 Breves considerações acerca da aplicação do princípio da igualdade

Ainda no âmbito das ações afirmativas, insere-se no plano de eficácia do estabelecimento das diferenças o princípio⁹⁹ da igualdade. Este faz parte dos direitos e

⁹⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 4

⁹⁹ Mesmo que não seja parte do objeto de estudo, cabe fazer a distinção entre regras e princípios. Ronald Dworking aponta que a primeira é aplicável na maneira do “tudo-ou-nada”, pois há uma regra estipulada para determinados fatos, dando-lhe validade. Em caso de choque entre regras, só prevalecerá uma, enquanto a outra não será dotada de validade. O princípio, por sua vez, tem maior dimensão do peso e

garantias individuais, no qual Norberto Bobbio¹⁰⁰ declara como um decreto de um dos pilares de grande significado emotivo para a igualdade de todos os homens. Busca-se, mediante a igualdade, a possibilidade de todos os cidadãos se equipararem em direitos sociais, jurídicos e econômicos com distribuição de direitos e deveres. A política de cotas deve obedecer à realidade de cada meio social em que estão inseridas as universidades. A partir daí, estabelece-se a porcentagem de reserva de vagas para aqueles indivíduos em condição desigual no processo de formação educacional.

A CF/88, no art. 5º, estabelece que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, norma dirigida ao legislador e ao operador jurídico. A partir da ciência da norma legal, pode-se identificar a igualdade no sentido formal e material. A primeira é o tratamento igual àqueles que na medida se igualarem e desigualmente, na medida em que se desigualarem perante o ordenamento jurídico. Na material é a oportunidade de acesso a bens da vida¹⁰¹.

Robert Alexy informa que “[...] o enunciado geral da igualdade dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados da mesma forma”¹⁰². Neste sentido, para estabelecer a diferenciação, fundamentos razoáveis devem ser estabelecidos nas hipóteses de discriminação de situações e sujeitos. Caso não sejam encontrados, será realizada uma discriminação arbitrária visando, objetivamente, a diferenciação para o tratamento igual realizado pela lei. Em suma, para aplicar a tratamento desigual justificado, deve-se ter uma fundamentação razoável, caso contrário o tratamento igual será obrigatório¹⁰³. A discriminação positiva fundamentada produz a segurança jurídica, a fim de que não cause desequilíbrios na sociedade e seja proporcional ao seu fim:

[...] qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que

importância, em que, ocorrendo colisão, deve haver o sopesamento, balanceamento entre os mesmos. Ver em: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas; Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-43

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25

¹⁰¹ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 636.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 397

¹⁰³ *Ibidem*, p. 408.

o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho.¹⁰⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, oferece contribuições para o problema da discriminação. O autor ressalta que o ato de diferenciar situações, colocando pessoas em diversos patamares é inerente à atividade do legislador, não sendo gravame ao princípio da igualdade. O cuidado, segundo ele, está nos limites da função legal para discriminar, devendo ser aferido a conexão lógica entre os diferentes regimes jurídicos e a desigualdade nas relações fáticas. Extrai-se daí os fundamentos idôneos e justificadores para uma discriminação legal e sua pertinência¹⁰⁵.

As ações afirmativas estão relacionadas com os direitos sociais, em que a educação é um dos direitos a serem tutelados pelo Estado. Não se trata somente de proteção de um único indivíduo, mas de vários, sendo o ensino superior a ponte para aqueles que estejam em condições de serem considerados cotistas possam ter maiores possibilidades de ascensão social, enquanto os demais, pelo fato de estarem mais aptos e preparados, concorrerão pela via do mérito. O princípio da igualdade, portanto, está conectado ao exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, o bem-estar e a justiça como valores supremos de uma sociedade plural¹⁰⁶.

Diante do que foi proposto neste capítulo, o ensino superior foi destacado dentro dos ditames do direito à educação, bem como no contexto histórico e normativo-constitucional, além de abarcar o conjunto de ações afirmativas visando à efetivação do princípio da igualdade e a discriminação positiva. Antes do estudo das decisões judiciais do TJ-BA e do TRF-1, cabe, no capítulo seguinte, estabelecer as bases metodológicas e conceituais.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.350-351

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003 p. 12-17.

¹⁰⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2005, p. 309.

CAPÍTULO II

OS PROCEDIMENTOS DE PESQUISA DAS DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJ-BA) E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL- 1ª REGIÃO (TRF-1)

É inegável que existe uma crise de fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outros fundamentos absolutos para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto - empreendimento sublime, porém desesperado, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

Este estudo da política de cotas adotada pelo Brasil nas universidades públicas, tem como base as decisões judiciais que versaram sobre tema entre os anos de 2003-2012. A investigação circunscreve-se ao universo de instituições de ensino superior no Estado da Bahia. Para isso, torna-se necessário o estabelecimento de procedimentos para busca, seleção e catalogação dos julgados.

O presente capítulo estabelece as justificativas procedimentais do estudo das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Elas são distribuídas em duas partes. A primeira referente às etapas da pesquisa e, em segundo momento, traçam-se as bases jurídicas para a compreensão dos acórdãos. Isso se remete ao estudo da teoria das decisões judiciais e seus elementos específicos, bem como a demonstração do papel da jurisprudência no século XXI.

2.1 As etapas da pesquisa

O material de estudo deste trabalho são os acórdãos, decisões judiciais proferidas pelos tribunais da Bahia relativos à política de cotas para ingresso de

estudantes nas universidades públicas em funcionamento no Estado. Compreende-se aqui, conforme a definição de Umberto Eco¹⁰⁷, que tais decisões são fontes de primeira mão. São documentos públicos elaborados e publicados por órgãos jurisdicionais competentes que, com base na interpretação fática, estabeleceram a aplicação de normas jurídicas sobre os fatos sociais que versam sobre a política de cotas no âmbito das universidades públicas. Em outras palavras, não há tradução, analogias ou resenhas, mas a extração do material em sua origem.

Cellard afirma que a pesquisa de documentos deve ser apreciada e valorizada, pois apresenta riqueza de informações que podem ser resgatadas. Ela representa a quase totalidade dos vestígios da atividade humana numa determinada época. Ademais, os documentos resgatam a compreensão da sociedade e o amadurecimento dos conceitos, grupos, indivíduos, práticas, entre outros¹⁰⁸. Observa-se que os acórdãos contêm o relatório que remonta o histórico do processo, a fundamentação utilizada pelos magistrados e a determinação jurídica. Tudo isso é inserido num caso concreto, isto é, no fato social que culmina na formação da lide ou demanda judicial. Outro dado importante é que as decisões advêm dos acervos eletrônicos dos próprios tribunais, o que garante a procedência primária da fonte, até porque os atos processuais não devem ter publicidade restringida, exceto as hipóteses de defesa da intimidade ou de interesse social, como disposto na Constituição Federal de 1988 no inciso 60¹⁰⁹ do art. 5º.

A identificação e apreciação das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a política de cotas passaram por um determinado trajeto de pesquisa circunscrita ao sistema de busca eletrônico do referido órgão jurisdicional. O motivo desta escolha reside nas dificuldades encontradas para a pesquisa e catalogação dos acórdãos no próprio tribunal, em que não há um sistema de busca de decisões específicas em seu acervo. As decisões de cada ano são registradas em

¹⁰⁷ ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 39

¹⁰⁸ CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. et AL (orgs.). **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 16.

¹⁰⁹ “ Art. 5º, 60 - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

livros, em que somente será encontrada mediante identificação do número do processo, mas não pelo assunto.

Por isso, pela pesquisa no site do TJ-BA, permite-se encontrar as decisões com a utilização de palavras-chaves. Como o estudo envolve a pesquisa no recorte temporal entre 2003-2012, o sítio eletrônico divide o seu acervo em dois grandes sistemas de busca: acórdãos anteriores a 2010 e posteriores a 2010, ambas utilizadas para esta dissertação. Na primeira, a utilização das palavras-chaves “universidade e cotas” permitiram a localização de processos com seus respectivos números, andamentos (tanto no primeiro, quando no segundo grau) e acórdãos proferidos pelo TJ-BA sobre as cotas nas universidades públicas na Bahia, conforme figura 1 e 2, respectivamente:

Figura 1 – Consulta de jurisprudência do TJ-BA de acórdãos anteriores a 2010

The image shows a web browser window with the following elements:

- Browser Address Bar:** `www7.tjba.jus.br/acordao2/consulta/web_pesquisa_grid.wsp` (indicated by a red arrow).
- Page Title:** JURISPRUDÊNCIA 2º GRAU
- Search Bar:** PESQUISA LIVRE: (indicated by a red arrow).
- Filters (CAMPOS ESPECÍFICOS):**
 - JULGAMENTO: [] a []
 - TIPO DE NUMERAÇÃO: Numeração Antiga
 - NUMERAÇÃO ANTIGA: [] - [] / []
 - ÓRGÃO JULGADOR: SELECIONE...
 - RELATOR: []
 - CLASSE: SELECIONE...
 - COMARCA DE ORIGEM: []
 - REFERÊNCIA LEGISLATIVA: []
- Options:**
 - Acórdãos
 - Decisões Monocráticas
- Buttons:** [Pesquisar] [Limpar]

Figura 1: imagem extraída pelo autor referente à ferramenta de pesquisa jurisprudencial anterior a 2010 no sítio eletrônico do TJ-BA com a identificação do link e das palavras-chaves utilizadas para a pesquisa. Ver em: < http://www7.tjba.jus.br/acordao2/consulta/web_pesquisa_grid.wsp>.

Figura 2 – Decisões do TJ-BA localizadas anteriores a 2010

Arquivo Editar Exibir Histórico Favoritos Ferramentas Ajuda

Página consulta/web_pesq... X +

www7.tjba.jus.br/acordao2/consulta/web_pesquisa_grid.wsp

Google

Mais visitados Primeiros passos

JURISPRUDÊNCIA 2º GRAU

Critério de Pesquisa Livre: cotase universidade
Documento(s) encontrado(s): 51
Página(s): 1 / 13

AÇÃO RESCISÓRIA: 35122-9/2006			Inteiro teor da ementa		Inteiro teor do acórdão
Órgão Julgador:	SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PRIVADO	Relator:	SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF		
Julgamento:	26/11/2009	Decisão:	UNANIMIDADE		
Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. ADMISSÃO EM UNIVERSIDADE . EXIGÊNCIA DE CURSO E CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO NO ESTADO DA BAHIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PROCEDÊNCIA. VIOLA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE LIMITAR O ACESSO À VAGA EM UNIVERSIDADE , NO SISTEMA DE COTAS, ÀQUELES QUE TENHAM CURSADO O ENSINO MÉDIO NO ESTADO DA BAHIA.					
APELAÇÃO: 45849-8/2008			Inteiro teor da ementa		Inteiro teor do acórdão
Órgão Julgador:	SEGUNDA CÂMARA CÍVEL	Relator:	CLESIO ROMULO CARRILHO ROSA		
Julgamento:	16/08/2009	Decisão:	UNANIMIDADE		
Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA. EX-ALUNO DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE FEIRA DE SANTANA. TRANSFERÊNCIA PARA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS, EM RAZÃO DE MUDANÇA DE DOMÍLIO. RETORNO À CIDADE DE FEIRA DE SANTANA. PRETENSÃO DE REINTEGRAÇÃO AO CURSO DE DIREITO FREQUENTADO ANTERIORMENTE. POSSIBILIDADE. EX-ALUNO TRANSFERIDO TENDO CURSADO 50% DO PERÍODO LETIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 28, DA RESOLUÇÃO 76/2003, DO CONSELHO SUPERIOR DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO - CONSEPE - DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE FEIRA DE SANTANA. RETORNO À UNIVERSIDADE CONCEDIDO. APELAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. SENTENÇA CONFIRMADA, INCLUSIVE, EM NECESSÁRIO REEXAME. 01. AFIGURA-SE CABÍVEL O RETORNO DO EX-ALUNO/APELADO À UNIVERSIDADE /APELANTE, PORQUANTO FORA APROVADO EM PROCESSO SELETIVO (VESTIBULAR), TENDO EFETUADO A SUA M...					
AGRAVO DE INSTRUMENTO: 29795-3/2001			Inteiro teor da ementa		Inteiro teor do acórdão
Órgão Julgador:	CÂMARA ESPECIALIZADA	Relator:	PAULO GOMES		
Julgamento:	19/11/2002	Decisão:	UNANIMIDADE		
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CAUTELAR. PROCESSUAL CIVIL. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A UNEB - UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA E UNC - UNIVERSIDADE CONTEMPORÂNEA, ANULADO PELA PRÓPRIA UNEB POR ESTAR EM DESACORDO COM A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL, E RESTABELECIDO POR FORÇA DE LIMINAR AQUI CONCEDIDA. A ADMINISTRAÇÃO PODE REVER SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO ENVOLVIDOS DE VÍCIOS E ILEGALIDADES. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 473 DO STF. AGRAVO PROVIDO.					
REEXAME NECESSÁRIO: 468-8/2005			Inteiro teor da ementa		Inteiro teor do acórdão
Órgão Julgador:	QUINTA CÂMARA CÍVEL	Relator:	ILZA MARIA DA ANUNCIACAO		
Julgamento:	02/03/2010	Decisão:	UNANIMIDADE		

Figura 2: imagem extraída pelo autor referente as decisões encontradas com as palavras-chaves “universidade e cotas” no sistema de buscas para o período anterior a 2010. Nota-se que há o número do processo, a Câmara julgadora, data de julgamento, informação se a decisão foi unânime ou por maioria, entre outros elementos. Ver em: < http://www7.tjba.jus.br/acordao2/consulta/web_pesquisa_grid.wsp>.

Da mesma forma, a pesquisa jurisprudencial do TJ-BA das decisões posteriores a 2010 oferece o mesmo mecanismo de busca já demonstrado. As mesmas palavras chaves utilizadas na busca anterior foram também manuseadas:

Figura 3 – Consulta de jurisprudência do TJ-BA de acórdãos posteriores a 2010

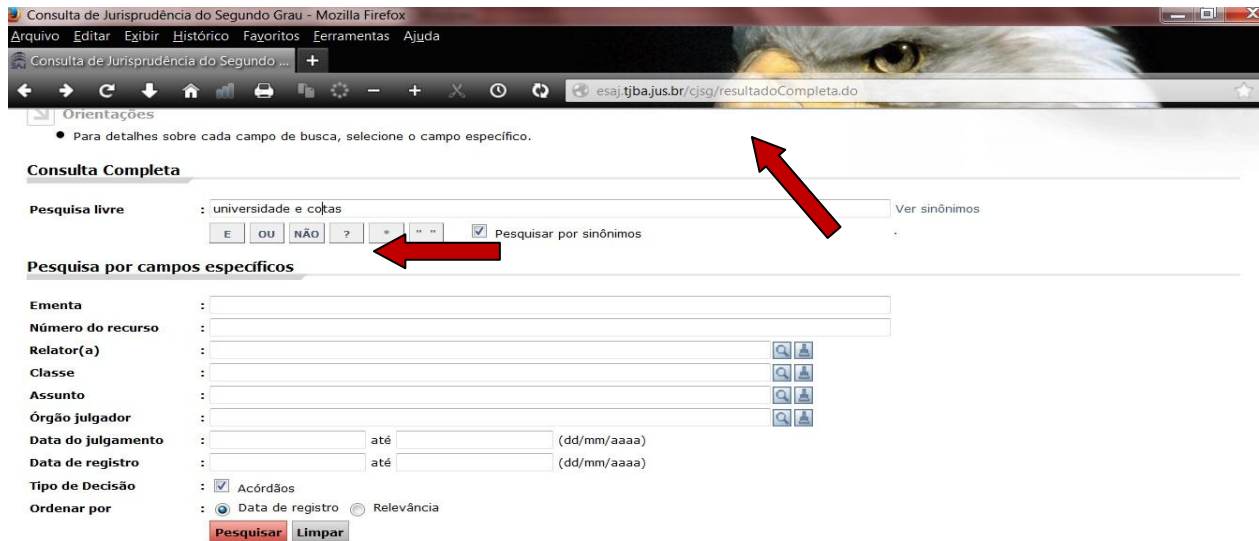


Figura 3: imagem extraída pelo autor referente à ferramenta de pesquisa jurisprudencial posterior a 2010 no sítio eletrônico do TJ-BA com a identificação do link e das palavras-chaves utilizadas para a pesquisa. Ver em: < <http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>.

Figura 4 – Decisões do TJ-BA localizados posteriores a 2010

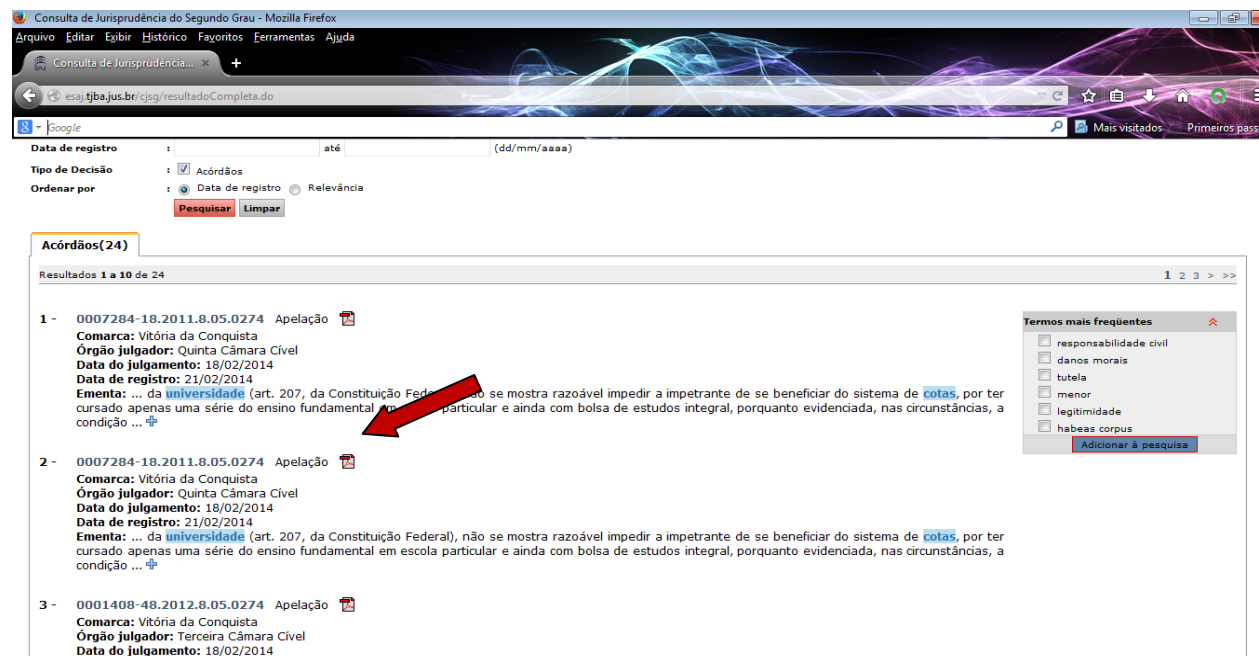


Figura 4: Figura 2: imagem extraída pelo autor referente as decisões encontradas com as palavras-chaves “universidade e cotas” no sistema de buscas para o período anterior a 2010. Nota-se que há o número do processo, a Câmara julgadora, data de julgamento, informação se a decisão foi unânime ou por maioria, entre outros elementos. Ver em: < <http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>.

Através da pesquisa de coleta dos processos e dos acórdãos destacados para discussão neste estudo, encontram-se como uma das partes litigantes as universidades públicas estaduais a seguir: UEFS – Universidade Estadual de Feira de Santana, UESB – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, UESC – Universidade Estadual de Santa Cruz, em Ilhéus e a UNEB – Universidade do Estado da Bahia. Ressalte-se também que as palavras chaves “universidade e cotas”, por ser um tribunal estadual abarcaram todos os processos envolvendo estas universidades.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹¹⁰, com sede em Brasília, o método empregado na pesquisa é idêntico ao do TJ-BA. No sítio do tribunal, encontra-se opção para consulta de jurisprudência com as mesmas ferramentas do tribunal baiano com o destaque de que as palavras chaves foram alteradas parcialmente. Por ser um órgão jurisdicional que julga processos de diversas seções judiciárias além da Bahia, como é o caso do Acre, Amapá, Amazonas, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, exigiu-se um filtro específico de palavras chaves em face do universo de universidades federais que poderiam estar em lide. Em face disso, as palavras chaves utilizadas foram “UFBA e cotas” e “Universidade Federal da Bahia e cotas”.

Deve ser registrado também que, com a abertura de novas universidades federais na Bahia, tais como UFRB (Universidade Federal do Recôncavo), Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB) e Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB), a pesquisa foi ampliada. Dentre as recentes instituições federais, somente foram encontradas quatro decisões referentes à UFRB através da utilização das palavras chaves “UFRB e cotas” e “Universidade Federal do Recôncavo e Cotas”: os processos nº 0002220-19.2008.4.01.3300, 0008702-17.2007.4.01.3300, 0008703-02.2007.4.01.3300, 0014610-89.2006.4.01.3300 e 0004515-29.2008.4.01.3300, os quais estão em tabela apartada no capítulo três. Para melhor compreensão da pesquisa, encontram-se abaixo as imagens do sistema de busca de jurisprudência do TRF-1 com as devidas palavras-chaves e o encontro das decisões judiciais referente a UFBA e a política de cotas:

¹¹⁰ Sítio do TRF1: < <http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>>.

Figura 5 - Sistema de busca de jurisprudência do TRF-1



Pesquisa

Inteiro Teor

Publicações

Boletim Infor. de Jurisprudência
Ementário de Jurisprudência
Revista - Índice Geral
Revista do TRF
CTN-à luz da jurisprudência
Desapropriação-Doutrina e Jurisprudência

Download

Download de Súmulas

Pesquisa de Jurisprudência

Pesquisa livre:
ufba e cotas

e ou adj não prox mesmo \$

Pesquisa por campo específico:

Número:

Relator: ---

Data: a Publicação

Tipo do processo: Todos

Órgão julgador: Todos

Ementa / indexação:

Legislação: Seleccione

Número

ART PAR INC LET +

Acórdãos Arguições
 Súmulas Decisões monocráticas Súmulas vinculantes
 Súmulas JEF Acórdãos JEF Todas

Pesquisa por e-mail
Clique aqui para mais informações

Figura 5: imagem extraída pelo autor referente à ferramenta de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TRF-1 com a identificação do link e das palavras-chaves utilizadas para a pesquisa. Ver em: < <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>.

Figura 6 - Decisões do TRF-1 localizados

The screenshot shows a web browser window with the URL jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/. The page title is "Pesquisa de Jurisprudência". The search criteria entered is "ufba e cotas", resulting in "+ 100 documentos encontrados em 0,064 segundos". The search results are displayed in a table format. The first result is highlighted and shows the following details:

Documento 1			
	Acompanhamento Processual	Inteiro Teor	Sem formatação
Processo	Numeração Única: 0013135-35.2005.4.01.3300 AC 2006.33.00.013142-2/BA; APELAÇÃO CIVEL		
Relator	DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO		
Órgão	SEXTA TURMA		
Publicação	19/09/2014 e-DJF1 P. 517		
Data Decisão	08/09/2014		
Ementa	CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. RESOLUÇÃO N. 1/2004 DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). SISTEMA DE COTAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. STF. ADPF 186/DF. 1. O Sistema de Cotas, instituído pela UFBA, ao reservar vagas para alunos que tenham estudado em escolas públicas e que se declarem "pretos ou pardos", não viola o princípio da igualdade, pois "igualdade de condições, pressupõe igualdade de oportunidades, que por sua vez, demanda a utilização de meios excepcionais de auxílio a determinados atores sociais objetivando proporcionar-lhes a igualdade preconizada na Constituição" (AC 2006.33.00.002978-0/BA, Relatora Desembargadora Federal Selene de Almeida, DJ de 10.08.2005, p. 118). 2. Prevalência do entendimento de que não existe qualquer vício de inconstitucionalidade, quer de natureza formal ou material, no sistema de cotas, instituído pela UFBA, por se adequar ao princípio da isonomia, garantido constitucionalmente, e realizado no âmbito de sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal.		

Figura 76 imagem extraída pelo autor referente as decisões encontradas com as palavras-chaves "UFBA e cotas" no sistema de buscas do TRF-1. Nota-se que há o número do processo, a Câmara julgadora, data de julgamento, entre outros elementos. Ver em: < <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>.

Após a localização das decisões judiciais através das palavras-chaves, as mesmas foram organizadas e catalogadas em temáticas de acordo com os

fundamentos das decisões judiciais. Com isso, o documento, segundo Alessandra Pimentel¹¹¹ ganha valor histórico, pois o pesquisador supera os limites do próprio material e reconhece a postura e a bagagem da experiência social daquela realidade. Como estabelecido na introdução, às decisões são o ponto de partida para compreensão interdisciplinar do direito, das ações afirmativas e da universidade. Saliente-se que a pesquisa restringiu-se as decisões depositadas nos sítios eletrônicos do TJ-BA e TRF-1. Adverte-se que podem existir processos em andamento nas varas federais e estaduais da Bahia, porém não há como localizá-los por causa do não acesso aos seus respectivos números (somente quando disponibilizados no banco de dados de jurisprudência) e a inexistência de sistema que localize as decisões por temas em cada vara, a não ser a pesquisa de cada uma das seções judiciárias federais do estado, mediante o controle interno de processos de cada cartório.

Os conteúdos dos acórdãos passarão pela pesquisa bibliográfica¹¹², de acordo com a abordagem de cada temática com as devidas seleções de autores e obras (catálogos bibliográficos). Todo este conjunto metodológico, juntamente com percurso da metodologia da dissertação como um todo convergirão para a interpretação interdisciplinar entre Poder Judiciário, política de cotas e universidade, realizada no capítulo supramencionado¹¹³. Diante da configuração metodológica das decisões judiciais, parte-se para os estudos dos elementos fundamentais para o entendimento das decisões judiciais.

¹¹¹ PIMENTEL, Alessandra. **O método da análise documental**: seu uso numa pesquisa historiográfica. Nov. 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cp/n114/a08n114.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014, p. 15.

¹¹² Marina Marconi e Eva Lakatos ensinam que “[...] pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc., até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas.” Ver em: MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 183.

¹¹³ Vide capítulo 3, item

2.2 Estudo dos elementos fundamentais para compreensão das decisões judiciais

2.2.1 A Teoria das Decisões Judiciais

A sociedade é marcada pelas desigualdades desde as suas primeiras manifestações. Com o desenrolar do processo histórico, nota-se a existência de sistemas de poder, estruturação de classes sociais, estamentos que estão emersos numa estrutura política, social, econômica e cultural.

Com a Revolução Francesa e o lema da tríade liberdade, igualdade e fraternidade, inspirado nos ideais libertários provenientes do discurso iluminista, a tripartição de funções tornou-se uma realidade prática da vida do Estado Liberal, permanecendo até a atualidade. Para evitar as arbitrariedades do ente estatal e a concentração de poder, criou-se repartição das funções do mesmo em três: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Este último tem a finalidade típica de julgar as lides derivadas das disputas sociais frente à violação ou exigência de direitos constantes no ordenamento jurídico. Diversos direitos são limitados e, sobretudo, numa sociedade desigual e discriminatória como a brasileira. Para que o Poder Judiciário manifeste a resolução das lides com aplicação da lei pátria, dirimindo a pretensão entre as partes em litígio, o mesmo deve produzir um documento jurídico e público denominado decisão judicial.

As decisões judiciais são o produto da manifestação do referido poder ao aplicar as normas jurídicas (sejam regras, sejam princípios) nos casos concretos. Através da produção da dialética das partes, produção de provas e concatenação dos fatos com a fundamentação jurídica, os magistrados, sejam eles juízes ou desembargadores, por estarem revestidos de parcela de soberania estatal, julgam pela (sim) procedência ou (não) provimento do direito afirmado ou negado.

O acórdão é uma das espécies do gênero decisão judicial proferida pelos Tribunais, também denominados órgãos de segundo grau. Para fins de adiantamento do presente estudo, tem-se o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), ambos com suas competências estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e dos seus regimentos internos. A existência do

acórdão e dos tribunais deriva do fato de que os magistrados de primeiro grau, pelo fato de serem seres humanos, são falíveis e com possibilidades de arbitrariedades e violações ao sistema jurídico pátrio, sobretudo à Constituição Federal de 1988, Carta Fundamental do Estado Brasileiro. Isso gera a necessidade de juízes mais experientes para reapreciar as decisões mediante recursos (apelação, agravo de instrumento, entre outros) ou mesmo exercer a competência originária, isto é, o Tribunal é o órgão competente para ajuizar determinadas ações, como é o caso o Mandado de Segurança contra o Secretário de Educação Estadual (competência do Tribunal de Justiça) e Ação Rescisória.

Um dos pontos centrais de discussão do estudo é a interpretação das decisões judiciais, em especial os Acórdãos do TJ-BA e do TRF-1 sobre a política de cotas. Conhecer o documento produzido pelo Poder Judiciário produz a conexão de saberes e interpretações que ultrapassaram a conjectura consolidada pela dogmática jurídica. A decisão judicial, seja ela um acórdão ou sentença, produz efeitos no mundo concreto diante da aplicabilidade da norma. Através delas, manifesta-se a norma jurídica interpretada diante da supremacia da CF/88, o que promove a estabilidade e a eficácia do ordenamento jurídico vigente. Outro olhar deve ser lançado sobre as decisões judiciais, no sentido de que a mesmas tem o objetivo de produzir o mínimo da paz social violada, quebrada na relação jurídica entre as partes, como é o caso da negativa de matrícula a aluno pela UFBA em face de descumprimento normativo da resolução nº 01/2002 pela posterior resolução nº 01/2004.

A decisão, por sua estrutura e fundamentação, é um ato que envolve o juiz como ser humano conectado em cenários e perspectivas pós-modernas, provida de um estudo do objeto em lide, da retórica e da ontologia. Nesta direção, Bernardo Montalvão Azevêdo¹¹⁴ afirma que decide amparado nos argumentos para construir o convencimento, pois o direito, por ser um produto de pensamento e decisão (julgamento), é constituído de linguagem, proposições descritivas, textos e persuasão. Francisco Carlos Duarte¹¹⁵, ainda na ótica da decisão judicial, aduz que esta não é um

¹¹⁴ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato da decisão judicial**: uma irracionalidade disfarçada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23

¹¹⁵ DUARTE, Francisco Carlos. **Justiça & decisão: teoria da decisão judicial** – vol 1. Curitiba: Juruá, 2001, p. 47.

produto extraordinário do legislativo, mas um processo de experiência interna. O direito adquire sua validade quando o processo decisório se desenvolve no seu interior, em que a decisão vem escolhida mediante processo de premissas e de seleção. Neste sentido, nota-se que a decisão judicial sofre mutações, incorporando alternativas futuras acerca dos temas jurisdicionais. Ainda pode ser destacado outro objetivo da decisão judicial que é desempenhar o paradoxo de decidir e disciplinar compreensões do próprio paradoxo em si.

Ainda pode-se analisar os motivos da decisão judicial na perspectiva de Niklas Luhmann¹¹⁶. O direito positivo não pode ser visto como um sistema de regulamentação arbitrário, pois se encontra dependente de premissas da decisão, de acordo com os valores existentes no corpo social. O ordenamento jurídico é a absorção dos valores sociais, normas e expectativas de comportamento, as quais são filtradas via processo de decisão antes de conseguirem a validade. A capacidade de visualização além do positivismo jurídico permite a afirmação de que o texto legal, a partir da leitura, configura-se em norma jurídica, a qual é analisada, interpretada e aplicada nos casos concretos via intersubjetividade e interpretação de uma parte com o todo, sobretudo no âmbito dos princípios, como salienta Lenio Streck:

A tese da resposta hermeneuticamente adequada é, assim, corolário da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz –pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discurso de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo¹¹⁷.

Após estas considerações e com o norte da doutrina processual, as decisões judiciais são o gênero, enquanto que as sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias são as espécies. Elas podem ser proferidas por um Juiz singular ou mesmo por um órgão Colegiado. Este foco da pesquisa é classificado por Fredie Didier Jr, Paula

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, p. 119.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)1(1):65-77 janeiro-junho 2009, p. 76.

Sarno Braga e Rafael Oliveira¹¹⁸ em duas: Acórdãos e decisões monocráticas. A primeira¹¹⁹ é um conteúdo decisório derivado de um colegiado de magistrados proveniente de um Tribunal ou Turma Recursal. Isso porque a decisão judicial não é realizada somente por um membro, mas pela vontade de vários magistrados experientes que compõem aquele colegiado, os quais estão distribuídos em Câmaras, Corte Especial, Turmas, Seções, entre outras. Para melhor exemplificação, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é composta por Câmaras Cíveis, Criminais, em que as primeiras julgam as ações estudadas referente à política de cotas.

As decisões monocráticas, ainda conforme os referidos autores, são aquelas conferidas a um dos membros do Colegiado para análise de determinadas questões. Em outras palavras, o pronunciamento judicial é realizado por um dos membros do Colegiado de acordo com a lei ou o Regimento Interno do respectivo Tribunal. O Acórdão, por sua vez, é constituído por três partes: (a) relatório (discorrer dos fatos e do processo); (b) fundamentação – setor onde se encontra o núcleo do fundamento jurídico-social do magistrado sobre o conflito; (c) parte dispositiva – é o comando decisório derivado da fundamentação. O art. 458¹²⁰ do CPC informa que o relatório, de acordo com a própria nomenclatura, relata os fatos da causa e as circunstâncias do processo; a fundamentação é a manifestação de como o magistrado chegou aquela conclusão, sendo direito fundamental do jurisdicionado afirmado na Constituição Federal de 1988 no art. 93, inciso IX¹²¹; parte dispositiva, que é a resposta do Judiciário sobre o pleito, os pedidos do autor.

¹¹⁸ DIDIER JR; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, vol. 2.** 5. ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 284.

¹¹⁹ Art. 163 do Código de Processo Civil vigente: “Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.”.

¹²⁰ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹²¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Como se observa, a decisão judicial é um documento de estrutura lógica, em que o direito será analisado de acordo com os fatos que estão sendo abordados em cada caso concreto. Ela é o produto da dialética produzida pelas partes em um determinado processo. Outras características importantes devem ser evidenciadas. Tratam-se das funções endoprocessual e exoprocessual. A primeira viabiliza o controle da decisão judicial, enquanto que a segunda, por seu turno, permite que as partes tenham conhecimento das razões que motivaram a convicção do magistrado¹²².

A segunda advertência reside na identificação dos capítulos de sentença. Nesta, pode-se ter a visão panorâmica do que é pleiteado com o ajuizamento da ação e de como o magistrado deve tratar a causa, evidenciando cada fato que leva a um direito e o seu conseqüente pedido. Isso define mais do que uma clareza da técnica processual, pois define a distribuição e confirmação (ou não)¹²³ do direito mediante a concatenação dos fatos e o enfrentamento de cada causa em sua particularidade.

Qual finalidade dos capítulos de sentença para a discussão aventada nesta dissertação? Com a leitura das decisões judiciais a respeito da política de cotas, notar-se-á que, na fundamentação, os magistrados, apesar do texto único e corrido, tratam de cada direito e suas nuances com a sua devida interpretação autônoma, por partes ou, como diz Cândido Range Dinamarco¹²⁴, por capítulos. Cada unidade é parte de um fio condutor que interage com a totalidade da fundamentação que dará vida jurídica à decisão. Tal organização permite a melhor elucidação do entendimento do Poder Judiciário e de suas formas técnicas e de palavras, sobretudo por tratar-se e de um saber específico, que é arte da confecção da decisão judicial. Cada palavra e período são construções jurídicas que terão seus impactos sociais, políticos e econômicos. O terceiro fator é a importância da fundamentação da decisão. A partir dela, o

¹²² DIDIER JR; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil** - vol. 2. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 290.

¹²³ Esclarece-se que, quando o indivíduo vai ao Poder Judiciário, mediante o ajuizamento de uma ação, o mesmo carrega um direito afirmado, mas que será submetido ao devido processo legal e do direito ao contraditório e a ampla defesa para ser convalidado ou não.

¹²⁴ “Definem-se portanto os capítulo de sentença, diante do direito o positivo brasileiro e dessas considerações, como unidades autônomas do decisório da sentença. É no isolamento dos diversos seguimentos do decisório que residem critérios aptos a orientar diretamente a solução dos diversos problemas já arrolados, quer no tocante aos recursos, quer em todas as demais áreas de relevâncias (...)”. Fonte: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 4. ed. São Paulo; Malheiros., 2009, p. 35.

Desembargador (no caso analisado) resolve as questões fáticas e de direito, mas, em termos de saber-poder¹²⁵, não pode ser esgotada dentro destes limites. O Acórdão é um processo derivado de uma interlocução advinda das partes envolvidas no processo. Ele advém da linguagem e de suas heterogeneidades (culturais, sociais, referenciais, linguísticas), em que, mediante as funções interpretativas, incide-se a compreensão que se deseja para que a sociedade tenha noção do conteúdo jurídico da decisão. O Direito é um saber cultural, tendo a sua existência atrelada à conduta humana. Destarte, não pode a decisão judicial referenciar, apenas, a reprodução literal do dispositivo legal:

O mundo jurídico é um dos campos mais férteis para a atividade argumentativa, na medida em que o Direito lida primordialmente com a tarefa de convencimento. Tal tarefa não se restringe a atuação dos advogados, mas também a justificação das decisões. Na atual concepção do Direito, o papel do juiz não se limita à reprodução literal do que se encontra em lei. Ela não representa todo o direito, mas apenas um dos elementos, talvez o principal, na atuação dos julgadores. Em certos casos, deve-se admitir a superação do teor literal da lei, à luz dos princípios que dão coerência ao sistema jurídico, bem como pelas consequências que podem decorrer da decisão.¹²⁶

Apesar da doutrina ainda estar caminhando em passos lentos sobre o tema da interpretação das decisões judiciais, ainda permanecendo na redoma técnica-processual, a mesma deve ser estudada no âmbito da interdisciplinaridade, em face da sua dimensão e consequências além das normas jurídicas. Tem-se, aí, uma investigação dos Acórdãos do TJBA e do TRF1 sobre a política de cotas através da

¹²⁵ Com base em Michel Foucault, pode-se interpretar a decisão judicial para além das linhas descritivas de um documento que expõe a interpretação do Poder Judiciário. Trata-se de um instituto microfísico, técnico, funcional e com finas linhas estratégicas que dispõe o corpo “político” em favor do exercício do poder, em que o interesse biopolítico não é a simples apropriação do corpo pelo Direito, mas o “fazer viver”. Pode-se interpretar que a fundamentação das decisões judiciais fazem parte da anatomia política “ (...) como conjunto de elementos materiais e das técnicas que servem de armas, de reforço, de vias de comunicação e de pontos de apoio para as relações de poder e de saber que investem os corpos humanos e os submetem fazendo deles objetos de saber”. Fonte: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência das prisões**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 27.

¹²⁶ TOMAZETTE, Marlon. **A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem**. Revista Direito e Práxis, vol. 03, n. 02, 2011. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Frevistaceaju%2Farticle%2Fdownload%2F1877%2F5049&ei=Nvc4U_W5HsbH0AHyv4GoAg&usg=AFQjCNFTCRLV2670UjJ9SXuqBiipjJE9Gg&sig2=Bf4j-3RM-xq0z4wft87MvQ&bvm=bv.63808443,d.dmQ>. Acesso em: 30 mar. 2014, p. 155.

busca do acontecimento (*Ereignis*) do Direito, como faz Lenio Streck, através da sua (des)ocultação, tornando-o visível através do discurso:

[...] *deixar e fazer ver o fenômeno do Direito: é esta empreitada hermenêutica, uma vez que, conforme Heidegger, o conceito de fenômeno implica sempre um duplo sentido: o que de si não se manifesta é condição de possibilidade do que aparece e pode-ser-levado a mostrar-se.* (grifos do próprio autor).¹²⁷

Nota-se, portanto, a arquetônica da decisão judicial e seus dispositivos legais. Do outro lado, verifica-se também a importância interdisciplinar da mesma, pois a forma como é integrada a interpretação irradia as consequências jurídicas, sociais, políticas e econômicas advindas do Poder Judiciário sobre toda a comunidade e o Estado. Neste passo, o Acórdão é um condutor, para a interpretação de um Colegiado ou ente monocrático a respeito de determinado caso concreto, especialmente os fenômenos sociais mais recentes, como é o caso da política de cotas nas universidades públicas.

2.3 O papel da jurisprudência no século XXI

Ao lado das decisões judiciais, deve-se ater, ainda que brevemente, sobre as características da jurisprudência e seus efeitos no século XXI. Os tribunais ao julgarem as lides e aplicarem as leis, lidam com casos concretos semelhantes, em que a tendência é a produção de julgados reiterados com os mesmos fundamentos jurídicos.

Não se pode afirmar que a jurisprudência seja uma atividade meramente mecânica sob o ponto de vista de suas reiteradas decisões sobre um fenômeno social, mas a consolidação e estabilidade do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo num momento em que a sociedade vive sob a égide de paradigmas e o surgimento dos “neos” e dos “ismos”¹²⁸.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 289.

¹²⁸ A sociedade e seus saberes, dentre eles o Direito, vive uma nova atmosfera, em que o ritmo da vida seguida das apreensões sobre a eficácia das normas jurídicas numa sociedade cada vez mais desigual e com necessidade de justiça diante das diversidades. Isso põe em discussão a sina dos mecanismos jurídicos e a própria estrutura do ordenamento Kelseniano na atualidade, em que os métodos engessados de aplicação não sustentam a imperadora “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para **jingles**, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue

Ainda deve ser observado que as decisões reiteradas dos tribunais sobre determinado caso produzem os precedentes e a jurisprudência, bem como as súmulas. Logo, pode-se notar que os acórdãos e o papel exercido pelos Tribunais têm o objetivo de trazer estabilidade do direito pátrio e os interesses da Carta Constitucional, a qual resguarda os anseios e os desejos presentes e futuros da sociedade brasileira. Isso revela o caráter programático e dirigente da referida Constituição vigente. Deve ser levado em conta que a jurisprudência tornou-se um elemento essencial do final do século XX e XXI. Isso se deve a dois motivos. O primeiro é que, através da reforma ou manutenção das decisões, as normas jurídicas saem do seu pólo meramente positivista e adentram em questões axiológicas- interpretativas. Encaixa-se aí o papel orgânico da jurisprudência, tendo em vista que suas decisões repercutem na vivência e comportamento da sociedade.

O segundo é que a jurisprudência, através dos Tribunais, tem equilibrado e estabilizado o ordenamento jurídico, proporcionando a consolidação do que é fundado na justiça e no justo. A partir de um órgão (Tribunais) e de sua ferramenta (Acórdão), o direito afirmado é visto em sua vivacidade e, mediante interpretação, ganha a forma, sentido, extensão e efeitos na sociedade. Mesmo diante deste quadro novo, diversas novidades comprometem a mera estrutura formal e lógica do Direito Positivo, indaga-se, portanto, o que é a jurisprudência? Ricardo Maurício Freire Soares¹²⁹ conceitua como fonte estatal e formal do direito, manifestada pelo conjunto reiterado de decisões de Juízes e Tribunais, o qual forma o acervo interpretativo para os futuros julgamentos em casos similares. Reitera o autor que - mesmo que o direito brasileiro adote o *Civil Law*, isto é, o império da lei escrita e procedimentos formais de sua elaboração, a

entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a **injustiça** passeia pelas ruas com passos firmes e a **insegurança** é a característica da nossa era. (...). Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete, beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos **pós** e **neo**: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que em a pretensão de ser o novo. Mas ainda não sabe bem o que é. Tudo ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus". Ver em: BARROSO, Luís Roberto *apud* CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In DIDIER JR. (Org). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 206.

¹²⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Salvador- Editora Podivm, 2011, p. 87-89.

jurisprudência apresenta-se cada vez mais como uma suplementação e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio.

Revela-se, portanto, a carência do direito positivo em lidar com os fatos sociais e os recentes fenômenos através da simples interpretação legal, o que reforça a plúrima interpretação através de cláusulas abertas, discriminações positivas, todas, porém, diante da supremacia constitucional. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³⁰ asseveram que a jurisprudência é uma reflexão exclusiva dos operadores do direito acerca das decisões judiciais apreciadas pelos juízes monocráticos e tribunais. Advertem os autores que o instituto jurisprudencial vem ganhando novas perspectivas, no sentido de reconhecê-lo como fonte produtora do direito. Orlando Gomes informa sobre a jurisprudência da seguinte forma:

Por jurisprudência entende-se o conjunto de decisões dos tribunais sobre as matérias se sua competência ou uma série de julgados similares sobre a mesma matéria: *rerum perpetuo similiter judicatorum autocritas*. Forma-se a jurisprudência mediante o labor interpretativo dos tribunais, no exercício de sua função específica. Interpretando e aplicando o Direito Positivo, é irrecusável a importância do papel dos tribunais na formação do direito, sobretudo a porque e lhe reconhece, modernamente, o poder se preencher as lacunas do ordenamento jurídico no julgamento de casos concretos.¹³¹

Em complemento a este último entendimento, inclusive para análise das decisões judiciais neste trabalho, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹³² menciona o papel de uniformização da jurisprudência com preenchimento das lacunas normativas e o sentido geral de orientação, o que permite a maior dinamização do ordenamento jurídico pátrio e sua aplicação aos fenômenos sociais. Isso permite que, através das decisões judiciais, extraiam-se os objetivos do direito contemporâneo, qual seja, a plasticidade das normas jurídicas, a sua função social e sua conexão e aplicabilidade com o princípio da dignidade humana.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20-21.

¹³¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro, 2001, p. 43.

¹³² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 245-246.

No sentido reflexivo-crítico da jurisprudência, Natacha Tostes¹³³, ao tratar especificamente do papel da jurisprudência na atual época de intensa globalização, reitera o papel irreversível daquela, o que demanda o mínimo de harmonia das relações sociais e dos diversos regramentos normativos, bem como a concretização dos direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, sobretudo os direitos fundamentais, com destaque para a dignidade da pessoa humana. O papel da jurisprudência é fundamental para orientar uma mínima homogeneidade normativa, através da consolidação do entendimento dos Tribunais, tais como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Supremo Tribunal Federal (STF) e os Tribunais em evidência no presente estudo. Paralelamente, deve-se ter a consciência institucional e funcional do Poder Judiciário como instrumento da paz social, especialmente do trinômio certeza-segurança-estabilidade.

Com base no conceito supra, pode-se afirmar que a jurisprudência consolida o direito legislado, de acordo com os fatos objeto de lides reiteradas. Ela permite que o ordenamento jurídico mantenha-se atualizado, acompanhando os fenômenos sociais que demandam tutela jurídica, sobretudo aqueles que exigem a plena efetividade da Carta Constitucional. O fato, o texto, a norma e o direito são inseridos num contexto em que não é somente a leitura da letra fria da lei. A jurisprudência permite renovar a interpretação dos valores e dos princípios e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico. Um dos exemplos é o julgado abaixo do STF em que envolve o PROUNI e as ações afirmativas, em que a discussão remete a princípios da autonomia universitária e até mesmo sobre os princípios da ordem econômica:

Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. (...) A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. A Lei 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. (...) O Prouni é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e

¹³³ TOSTES, N. N. G. **Judiciário e segurança jurídica**: a questão da súmula vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 15-16.

diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170)¹³⁴.

Pode ser percebida também a necessidade de um viés interdisciplinar e aberto da interpretação dos Tribunais. Isso porque, no caso das ações afirmativas e da política de cotas, como já fora visto, exige-se uma visão holística, visto que comportam aspectos étnicos, neocoloniais, interculturais, relações universidade e sociedade (sentido *lato sensu*), diretos coletivos, entre outros.

2.4 Conceitos e elementos pertinentes ao estudo das decisões judiciais

A natureza interdisciplinar da dissertação impede o seu engessamento sob os termos técnicos jurídicos. A extensão da temática permite, ao menos, estabelecer conceitos fundamentais do que será abordado nos documentos jurídicos. Não é objetivo deste tópico tecer os pormenores de cada ação ou recurso, mas trazer os elementos iniciais para compressão das decisões judiciais, do que elas tratam, quais as partes, entre outros.

A grande maioria das decisões judiciais são apelações, isto é, um tipo de recurso. Este, conforme Orione Neto¹³⁵, é um instrumento de via impugnativa de uma decisão para torná-la sem efeito, fazendo desaparecer o resultado alcançado e a conseqüente substituição da situação anterior. Caso tenha ocorrido uma negativa de matrícula de aluno que prestou o processo seletivo em universidade pública como cotista por ilegalidade ou entendimento diverso do ordenamento jurídico, a parte lesada pode propor ação perante o Judiciário, tendo em vista que não pode escusar de apreciar lesão ou ameaça a direito, promovendo, assim, o direito de acesos à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)¹³⁶. Caso a sentença seja em desfavor do candidato, o mesmo pode recorrer para tornar sem efeito a decisão. Tal dinâmica será observada no

¹³⁴ STF. **ADI 3.330**, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3-5-2012, Plenário, *DJE* de 22-3-2013.

¹³⁵ ORIONE NETO. Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

¹³⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

capítulo três, em que candidatos e universidades - mediante seus órgãos de representação judicial - pleitearão a reforma da decisão perante os tribunais.

Dentre as espécies recursais, há o recurso de apelação, devidamente previsto no inciso I do art. 496 do Código de Processo Civil¹³⁷ utilizado em face de sentença que julgou o processo sem ou com julgamento do mérito, nos ditames do art. 267 e 269, respectivamente, do CPC. O recurso é julgado pelos tribunais, colegiado compostos por desembargadores, os quais manterão ou não a sentença. Haverá também em acórdão a chamada remessa oficial ou reexame necessário¹³⁸, caso a sentença for contra a União e o Estado (entes que fazem parte do estudo), isto é, contra as universidades públicas estaduais ou a UFBA, o juiz encaminhará obrigatoriamente os autos para o tribunal para reapreciação. Por isso, entender-se-á as nomenclaturas das partes apelante e o (a) apelado (a).

Há também os recursos de agravo de instrumento, regimental e os embargos de declaração, todos também regulados pelo CPC. O primeiro, conforme o art. 522¹³⁹ tem o objetivo de modificar decisão interlocutória (decisões incidentais no curso do processo, como é o caso do candidato que não teve a liminar concedida no primeiro grau para matricular-se no curso superior ou mesmo as universidades), desde que aquela cause à parte lesão grave e de difícil reparação.

Ao lado deste, o agravo regimental é disciplinado pelos regimentos internos dos tribunais, pois é utilizado para reforma decisão monocrática do desembargador ou ministro, isto é, por mais que seja um colegiado, o magistrado pode decidir de imediato certas questões. Com o recurso, a decisão será submetida aos demais julgadores para apreciação e, se for o caso, a reforma. Tomando como exemplo o TJ-BA, o agravo regimental é estabelecido nos arts. 319-321 do regimento interno¹⁴⁰. Nas decisões,

¹³⁷ Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação

¹³⁸ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

¹³⁹ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento

¹⁴⁰ Art. 319 do Regimento Interno do TJ-BA - A parte que se sentir prejudicada por decisão do Presidente, Vice-Presidentes, Corregedores ou do Relator, nas causas pertinentes à competência originária e recursal, salvo quando se tratar de decisão irrecorrível ou da qual caiba recurso próprio previsto na

aparecerão a parte agravante e o (a) agravado (a). Por fim os embargos de declaração é o recurso dirigido ao próprio relator ou juiz para que o mesmo possa apreciar omissão, obscuridade ou contradição na decisão, visando a sua modificação. Há a parte embargante e o (a) embargado (a).

Ainda existem duas ações para serem mencionadas: ação rescisória e o mandado de segurança. Enquanto que os recursos são interpostos contra processo não transitado em julgado, isto é, que não tenha sido concretizada a coisa julgada não mais passível de recurso, a ação rescisória é um ação autônoma de impugnação já lastreada pela coisa julgada, em que há a revisão do acórdão pelo próprio tribunal, porém em questões específicas ditadas pelo CPC¹⁴¹. Ela pode ser proposta no prazo de até dois anos contados do trânsito em julgado da decisão¹⁴².

O mandado de segurança é uma ação constitucional prevista no inciso LXIX¹⁴³ do art. 5º da CF/88 e seu rito disciplinado na Lei nº 12.016/2009, em que visa amparar direito líquido e certo¹⁴⁴ da parte impetrante em face de ato ilegal e abuso do poder do impetrado, este, autoridade pública ou pessoa jurídica que estiver no exercício do Poder

legislação processual vigente, poderá requerer, dentro de 5 (cinco) dias, que se apresentem os autos em mesa, para ser a decisão apreciada, mediante processo sumário, sem audiência da parte contrária e independentemente de inclusão em pauta, a menos que haja retratação

¹⁴¹ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

¹⁴² Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

¹⁴³ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

¹⁴⁴ Quanto ao direito líquido e certo, a doutrina jurídica define como o direito comprovado de plano, isto é, precisa ser demonstrado juntamente com a petição inicial. Ele também se desdobra na certeza jurídica (o direito deve estar de acordo com a norma legal); direito subjetivo do próprio Impetrante, Ito é, só vida a proteção de interesse do indivíduo que impetra o mandado de segurança; objeto determinado – significa que o mandado de segurança não tem o fim de pleitear prestações indeterminadas, genéricas ou fungíveis. Usa-se o exemplo das decisões judiciais. O indivíduo que impetra o mandado de segurança visa anular abuso de poder ou ilegalidade praticada pelos agentes públicos que representam a universidade pública, O direito visa a matrícula e frequência de quase todos os Impetrantes, configurando o direito determinado. Ver em: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 734-735.

Público. Nos processos serão analisados acórdãos de apelações em mandado de segurança, em que vai se discutir o ato dos agentes das universidades públicas quanto ao processo seletivo com vagas para cotistas.

CAPÍTULO III

INTERPRETAÇÃO SOCIOJURÍDICA SOBRE COTAS PARA INGRESSO DE ESTUDANTES NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA BAHIA

O mundo humano não é o mundo das “coisas em si”, mas dos símbolos que ele próprio formula para viabilizar sua existência é sua possibilidade de se comunicar. O mundo do magistrado não é o mundo dos eventos reais, mas das construções linguísticas, por meio das quais decide, e através das quais essa decisão é marcada por sua existência. Nesse sentido, toda decisão judicial é, antes de tudo, um ato da existência humana.

*Bernardo Moltalvão de Azevedo, **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irracionalidade Disfarçada**, 2011, p. 29.*

Após as considerações sobre a educação como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a apresentação dos procedimentos empregados na pesquisa, busca-se, neste capítulo, a análise das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que versam sobre a política de cotas nas universidades públicas baianas. Elas comportam cinco eixos temáticos, localizados na pesquisa e aqui apresentados na seguinte ordem: (a) constitucionalidade da política de cotas; (b) candidatos cotistas que cursaram o segundo grau em instituição pública de ensino, supletivo oferecido por escola pública e escola particular como bolsistas integrais; (c) política de cotas para os cursos de pós-graduação em universidades públicas; (d) natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição em processo seletivo através das cotas; (e) portadores de deficiência e reserva de vagas no processo seletivo.

Antes da análise dos acórdãos, deve ser esclarecido que o debate sobre as cotas no âmbito do judiciário não pode esgotar-se somente na aplicabilidade das normas jurídicas. Como será observado, as nuances de cada caso explanado implicam na intercomunicação com outras disciplinas para o conhecimento e ampliação do tema estudado. Para isso, utiliza-se da interdisciplinaridade de forma a permitir o diálogo

entre diversos saberes, impelindo o entendimento das ações afirmativas e da própria perspectiva da universidade sob diferentes ângulos.

No campo do direito, o intérprete deve atentar para os fatos sociais que rodeiam os tipos legais, bem como as disciplinas ou saberes que dialogam com determinados institutos jurídicos. Os fins da ciência jurídica não se esgotam na aplicação pura da norma, pelo contrário, precisam dialogar com outros saberes para que, a partir da interpretação do texto legal, seja extraída a norma jurídica adequada para o caso concreto. O princípio da igualdade, por exemplo, não pode ser interpretado na questão das cotas sem a observância histórica de exclusões sociais no Brasil. Da mesma forma, pelo fato da CF/88 conter as aspirações de uma sociedade, os operadores jurídicos devem direcionar a norma de forma que produza estabilidade e harmonia social dentro das circunstâncias sociológicas da realidade vivida. Tal entendimento é ancorado por Ronaldo Porto Macedo, Oscar Vilhena e José Eduardo de Campos de Oliveira Faria, autores do direito que se ocupam com o debate interdisciplinar no campo jurídico. Assume-se, pois, na pesquisa que fundamenta esta dissertação, que a interdisciplinaridade no direito é importante para o estudo das cotas, pois há a busca da comunicação entre campos de diversos saberes com o objetivo de viabilizar a construção do conhecimento com uma abrangência articulada com a realidade social. Cabe citar a opinião do educador do direito João Ribeiro Jr, para quem:

O Direito, portanto, relaciona-se interdisciplinarmente com o conjunto dos problemas universais da própria vida humana, diante de valores e conceitos comuns às mais variadas disciplinas, dentre eles a liberdade, a moralidade, a justiça, a segurança, a eqüidade, e ecologia, e assim por diante, na busca de uma concepção total do mundo e da vida.¹⁴⁵

No tocante às cotas, ainda que haja um conjunto normativo devidamente especificado, elas dependerão de outros elementos advindos de disciplinas diversas para compreenderem questões como racismo, desigualdade social, identidade, democracia, entre outros. Inclusive, com o estudo interdisciplinar do direito, verifica-se a

¹⁴⁵ RIBEIRO JÚNIOR, João. **A formação pedagógica do professor de direito**: conteúdos e alternativas metodológicas para a qualidade do ensino do direito. 2. ed. Campinas: Papyrus, 2003, p. 35

própria crise do direito como disciplina autônoma e de como o mesmo deve posicionar-se para a resolução dos conflitos¹⁴⁶.

3.1 “Façamos interdisciplinaridade”¹⁴⁷

A interpretação das decisões judiciais do TJ-BA e do TRF-1 é realizada mediante conexão de múltiplas linguagens e conhecimentos? Héctor Ricardo Leis sustenta que a interdisciplinaridade é o ponto de cruzamento entre diversas atividades de lógicas diferentes. Ela promove, mediante análise fragmentada, uma síntese simplificadora, prezando pelo equilíbrio entre saberes marcados por uma lógica formal, instrumental e subjetiva. Valoriza-se o trabalho em equipe, ao mesmo tempo em que é apreciado o aspecto individual de cada saber¹⁴⁸.

Da mesma forma que um jurista analisa a formalidade e o conteúdo jurídico dos acórdãos, paralelamente deve estabelecer a comunicação com outras disciplinas que dialogam com a realidade redigida na fundamentação de uma decisão judicial. Ao mesmo tempo em que aquele documento é confeccionado, há outras habilidades tangenciais, distanciando-se da hiperespecialização ou sobre-especialização. De acordo com Edgard Morin¹⁴⁹, os conceitos molares que regem várias disciplinas estão “esmagados” nelas, impedindo uma reconstrução pelo viés das tentativas interdisciplinares e conseqüentemente o conhecimento do homem, da natureza e da sociedade.

O objetivo das ciências humanas, para o referido autor, não é conhecer o homem, mas dissolvê-lo, pois a sua aplicabilidade em disciplinas isoladas não contribui

¹⁴⁶ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. “Ensino jurídico; pesquisa e interdisciplinaridade”. In: **OAB ensino jurídico**: Novas diretrizes curriculares. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996, p. 96.

¹⁴⁷ Expressão utilizada por Edgard Morin, ao tratar da “ A Antiga e nova transdisciplinaridade.”. O autor estabelece a idéia de que, assim como a ONU controla as nações, a interdisciplinaridade controla as disciplinas. Para o autor, cada disciplina tem o seu território e soberania, porém com a rigidez de suas fronteiras, a troca entre elas torna-se restrita. O diálogo entre ampliam, amadurecem o entendimento sobre o homem, a natureza e a sociedade de forma conjunta. Ver em: MORIN, Edgard. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005, p. 135.

LEIS, Héctor Ricardo. **Sobre o conceito de interdisciplinaridade** Ago. 2005. Disponível em: < http://curso.ihmc.us/rid=1181318845890_1252767148_7539/CadPesIDCieHum_2005_73_1.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014, p. 6.

¹⁴⁹ MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005, p. 135.

para o conhecimento como um todo. Ao contrário, na interdisciplinaridade há a intensidade das trocas entre os especialistas com interação entre as disciplinas num mesmo projeto de estudo¹⁵⁰. A interdisciplinaridade, portanto, não acarreta na diluição das disciplinas compostas de suas individualidades, mas integra-as com a finalidade de compreender os diversos fatores que incidem na realidade. Para isso, trabalha-se com diversas linguagens e ferramentas para a constituição do conhecimento através de vasto registro de dados. Para melhor visualização, Hilton Japiassu informa o seguinte:

Podemos dizer que nos reconhecemos diante de um empreendimento interdisciplinar todas as vezes em que ele conseguir *incorporar* os resultados de várias especialidades, que *tomar de empréstimo* a outras disciplinas certos instrumentos e técnicas metodológicos, fazendo uso dos esquemas conceituais e das análises que se encontram nos diversos ramos do saber, a fim de fazê-los *integrarem* e *convergirem*, depois de terem sido *comparados* e *julgados*. Donde poderemos dizer que o papel específico da atividade interdisciplinar consiste, primordialmente, em lançar uma ponte para ligar as fronteiras que haviam sido estabelecidas anteriormente entre as disciplinas com o objetivo preciso de assegurar a cada uma seu caráter propriamente positivo, segundo modos particulares e com resultados específicos.¹⁵¹

No contexto de aplicação das normas jurídicas e realidades sociais, o direito relaciona-se com a interdisciplinaridade, como relata João Ribeiro Júnior, em razão da existência de diversos conflitos e valores, a exemplo da justiça, segurança, moralidade e a equidade, no intuito de estabelecer uma concepção total do mundo e da vida. O discurso da fundamentação da decisão judicial, por mais que seja dotada de imperatividade, ainda é insuficiente em si mesma diante da pluralidade de condutas sociais a serem interpretadas pelo direito, especialmente à luz dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Por isso, a interpretação jurídica dos acórdãos que versam sobre as cotas deve ter o condão interdisciplinar, vinculando a ciência jurídica ao conteúdo sociológico e filosófico. Mais do que mera demonstração das decisões, pretende-se apurar, integrar, convergir, incorporar especialidades diversas para ultrapassar e entender o fenômeno pesquisado além das ferramentas jurídicas.

¹⁵⁰ JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 74.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 75

O viés interdisciplinar da tríade universidade, cotas e decisões judiciais não podem excluir qualquer enfoque, pois é necessário absorver as diferentes manifestações. Em outras palavras, a fundamentação do acórdão não pode esquivar-se dos fatores sociais e históricos condicionantes à prática das cotas, bem como estas não podem ser exercidas sem o contexto legal, do papel institucional e das missões que revestem a universidade no século XXI. As respostas sobre a interpretação das decisões judiciais perpassam por múltiplas conjecturas, em que nenhuma deve ser descartada ou simplesmente resumida numa única resposta de uma única pergunta.

3.2 A constitucionalidade da política de cotas

O primeiro bloco de decisões está inserido na temática da política de cotas e sua recepção pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange ao cumprimento dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, legalidade e igualdade. Apenas dois processos foram encontrados no sítio do TJ-BA, enquanto que no TRF-1, além do acórdão do processo nº 0019373-62.1999.4.01.3500, foram encontrados onze decisões, de acordo com a tabela a seguir:

Quadro 1 - Decisões do TJ-BA e do TRF-1 sobre constitucionalidade das cotas nas universidades públicas

ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (TJ-BA)	
ESPÉCIE DE AÇÃO/ RECURSO	NÚMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
Apelação em Mandado de Segurança	0032612-71.2003.8.05.0001

Ação Rescisória	35122-9/2006 ¹⁵²
ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF-1)	
ESPÉCIE DE RECURSO	NÚMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
Apelação Cível	0013135-35.2005.4.01.3300; 0005274-95.2005.4.01.3300 0004821-03.2005.4.01.3300; 0017619-93.2005.4.01.3300 0002978-66.2006.4.01.3300; 0004172-04.2006.4.01.3300 0002103-96.2006.4.01.3300; 0005727-80.2011.4.01.3300 0012955-82.2006.4.01.3300; 0008703-02.2007.4.01.3300 0008351-73.2009.4.01.3300. UFRB: 0002220-19.2008.4.01.3300; 0008703-02.2007.4.01.3300

Fonte: Sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1). Último acesso em 14/11/2014. Levantamento do autor.

Na apelação em mandado de segurança nº 0032612-71.2003.8.05.0001, julgado pelo TJ-BA, o candidato apelado impetrou a referida ação contra a Universidade do Estado da Bahia (UNEB) com o fundamento de ter sido violado o seu direito líquido e certo no processo seletivo de 2003 para o curso de Bacharelado em Direito (Campus III, situado no município de Juazeiro). A decisão informa que o candidato apelado fora aprovado no referido vestibular na 49ª colocação das 50 vagas disponíveis, porém alegou ser preterido por outro concorrente com média inferior e classificação superior a

¹⁵² O andamento da decisão não foi encontrado no sistema de busca de andamentos processual do TJBA. O único dado encontrado é a informação sobre o reexame necessário tombado sob o nº 0003014-80.2005.8.05.0105, julgado em 17 de maio de 2006 que modificou a decisão de primeiro grau em desfavor da autora.

dele, em virtude do estabelecimento de 40% das vagas para a população afrodescendente que cursou as três séries do ensino médio em escola pública do Estado da Bahia, conforme Resolução nº 196/2002 do Conselho Universitário (CONSU) da UNEB, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 25 de julho de 2002.

O candidato sustenta a inconstitucionalidade da resolução e a violação do princípio da isonomia, esta constante na Constituição Federal de 1988 no inciso I do art. 5º¹⁵³. O processo tramitou, no primeiro grau, na 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador- Bahia, em que fora concedida a liminar para que o aluno apelado fosse matriculado no curso de Direito. No mérito, o mandado de segurança foi concedido, pois, pelo tempo em que foi ajuizada a ação, o pleiteante já teria concluído o bacharelado, incidindo na teoria do fato consumado.

A UNEB recorreu da decisão para o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através da interposição do recurso de apelação, em que, após o julgamento foi provido, modificando a sentença em desfavor do candidato apelado. A fundamentação do acórdão pela Quinta Câmara Cível é construída a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3197/RJ, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nelas, foi declarada a constitucionalidade da reserva de vagas (cotas) em universidades públicas com base na justiça distributiva.

Diante disso, a discussão da lide já se encontrava superada, pois a impetração ocorreu em 2003 e a decisão do STF foi em 2012. O fato consumado não poderia ser considerado, pois os autos apresentam a incerteza jurídica sobre a real conclusão do curso pelo apelado. Tanto é que, ao ser intimado sobre este particular, o aluno não apresentou informações. O acórdão, ainda que recente, apresenta aspecto temporal relevante, pois em 2003 a UNEB já instaurava ações afirmativas, as quais já eram objeto de demanda judicial. Ainda havia a discussão do princípio da igualdade em seu sentido formal sem a ponderação das conseqüências do estabelecimento das cotas em

¹⁵³ O art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 assim dispõe: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

seu sentido jurídico-social, o que, ao contrário da sentença de primeiro grau, foi pontuado pelo TJ-BA.

Outro dado importante é o julgamento da ADPF nº 186 pelo STF. Esta trouxe um novo paradigma jurídico para o pleito e execução das ações afirmativas, no que tange as cotas em universidades públicas. Diferentemente de uma interpretação formal, o ingresso de indivíduos pela política de cotas é uma forma de discriminação positiva para a promoção de uma igualdade material. De acordo com o George Marmelstein¹⁵⁴, para o cumprimento do art. 3º da Carta Cidadã, esta impõe o dever de igualar as posições jurídicas dos indivíduos para que possam gozar de direitos de forma equânime.

O Estado deve reduzir as desigualdades e promover o bem - estar social através da adoção de medidas em favor das pessoas em desvantagens econômicas, jurídicas e culturais, manifestando, em concreto, a igualdade. Logo, a discriminação no julgado é positiva e não ilegal, pois há o dever de realização por parte do Estado. A resolução, ressaltada no acórdão, determina o estabelecimento da quota mínima de 40% para afrodescendentes, como demonstra o art. 1º¹⁵⁵. A interpretação do dispositivo acima elucida a fomentação da política de cotas para o ingresso de pessoas que não tiveram a oportunidade de acesso ao ensino de qualidade que permitisse concorrer com demais indivíduos capacitados para disputar as vagas no ensino superior, especialmente no Estado da Bahia, em que há o histórico índice de presença de pessoas de origem afro-descendente.

Na ação rescisória nº 35122-9/2006¹⁵⁶ tem como objeto de demanda o entendimento de que o candidato à vaga destinada a afrodescendente na Universidade do Estado da Bahia (UNEB) deveria ter cursado todo o ensino médio no Estado da

¹⁵⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 79

¹⁵⁵ **Art. 1º** - Estabelecer a quota mínima de 40% (quarenta por cento) para a população afro-descendente, oriunda de escolas públicas, no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação e pós-graduação oferecidos pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB, seja na forma de vestibular ou de qualquer outro processo seletivo. Parágrafo Único – Serão considerados afro-descendentes, para os efeitos desta Resolução, os candidatos que se enquadrarem como pretos ou pardos, ou denominação equivalente, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (grifo da própria Resolução).

¹⁵⁶ O andamento da decisão não foi encontrado no sistema de busca de andamentos processual do TJBA. O único dado encontrado é a informação sobre o reexame necessário tombado sob o nº 0003014-80.2005.8.05.0105, julgado em 17 de maio de 2006 e que modificou a decisão de primeiro grau em desfavor da Autora.

Bahia, conforme Termo de Reti- Ratificação, o qual alterou a Resolução CONSU nº 196/2002. Registre-se que à candidata acionante ajuizou ação contra a UNEB e, mesmo obtendo êxito no primeiro grau, a decisão foi reformada pelo TJ-BA em seu desfavor, ocorrendo o trânsito em julgado do processo. Isso autorizou o ajuizamento de ação posterior, qual seja, a ação rescisória, a fim de assegurar a integridade do ordenamento jurídico, em face de violação constitucional.

Na discussão do mérito, a desembargadora relatora estabeleceu o entendimento de que o requisito estipulado na citada resolução viola o princípio da igualdade. O critério da base geográfica, isto é, de que a candidata deveria ter cursado todo o ensino médio na Bahia não tem nenhum parâmetro ou lógica e produz desigualdades. Até porque, conforme o acórdão, o objetivo de assegurar que certos grupos raciais, étnicos, sociais ou indivíduos sejam tutelados é proporcionar que eles gozem, usufruam os direitos humanos e liberdades fundamentais. Trata-se da manifestação do princípio da igualdade em seu plano material. A discriminação pelo critério geográfico, deixando à margem candidatos que cursaram o ensino médio em escola pública de outra unidade da federação é desproporcional e sem razoabilidade.

Neste sentido, o TJ-BA julgou procedente a ação rescisória, modificando a decisão anterior, declarando, inclusive, a violação do princípio da igualdade. Nota-se que podem ter ocorrido duas situações, quais sejam: o ingresso da autora no processo seletivo via cotas ou mesmo o ingresso da mesma em vaga de determinado curso superior não identificado na decisão.

Dois elementos importantes devem ser suscitados. O primeiro é que, através do norteamo conferido pelo princípio da igualdade, o critério geográfico encontrou-se em detrimento com os demais parâmetros sociais e econômicos. O segundo opera-se na própria segregação institucional em relação a pessoas que convivem com a mesma desigualdade. Isso significa que indivíduos, na maioria formada por jovens, oriundos de escolas públicas são afastados da oportunidade de concorrerem a um processo seletivo na condição de cotista porque não completaram o ensino médio na Bahia. Tem-se aí uma desigualdade dentro da outra, pois aqueles que vieram das mesmas origens precárias do ensino público, independente da unidade da federação, são submetidos sumariamente a um rigor discriminatório e desproporcional em face da base territorial.

Por isso, as ações afirmativas aperfeiçoam a sociedade na atenuação da clivagem social existente no país e a promoção de políticas que permitem o acesso à universidade pública e outros bens.

Ainda nesta discussão, as ações afirmativas não podem ser criadoras de novas discriminações, estas em desfavor das maiorias marginalizadas historicamente, mas que perderam espaço que antes detinha em face de um “ [...] princípio igualador no Direito”¹⁵⁷. Joaquim Barbosa¹⁵⁸, ao tratar do assunto, salienta que em países como os Estados Unidos, para evitar paradoxos, estipularam percentuais mínimos que garantissem as minorias buscarem a igualdade de condições com o fim de romperem preconceitos. Os programas e entidades públicos ou particulares de ações afirmativas fazem com que a maioria tenha maior parcela das vagas em diversos bens como escolas, empregos, entre outros, como forma de garantir a democracia do exercício da liberdade pessoal e a realização de não discriminação pela sociedade, a partir do plano constitucional do princípio da igualdade.

A universidade pública, diante do seu desafio de agir afirmativamente, deve tomar decisões coerentes para remediar as discriminações, afastando o formalismo da prática jurídica institucional, a fim de que os indivíduos marginalizados tenham acesso a direitos, sobretudo para concretização da igualdade material. Ainda mais, saliente-se, que o objeto da demanda judicial foi o acesso a universidade pública pelas cotas, isto é, o acesso ao ensino superior, antes usufruído por alguns, enquanto outros ficavam à margem da sociedade:

O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. O vestibular, esse mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de ‘excluir’. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a

¹⁵⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. Junho/ set. 2011. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 nov. 2014, p. 148.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 148.

permitir que os recursos públicos destinados à educação (canalizados tanto para as instituições públicas quanto para as de caráter comercial, como já vimos) sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos.

Como as IES públicas devem observar a realidade das cotas? As ações afirmativas visam o interesse público, a execução dos direitos fundamentais e as normas internacionais de direitos humanos. Não se observa mais o Estado e seus entes de forma a ter uma conduta absenteísta, mas positiva, para que os indivíduos ingressem na sociedade com dignidade através das cotas para usufruir direitos antes pertencentes a uma minoria. Os indivíduos que estão à margem de uma educação de qualidade não progridem na esfera de trabalho e no próprio sistema capitalista, os quais não podem ser mais visualizados genérica ou abstratamente diante de uma igualdade formal, mas tratá-los de forma específica, singular, como depreende Flávia Piovesan:

[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc ¹⁵⁹

As ações afirmativas realizadas pelas universidades públicas garantem a força normativa da CF/88 quanto aos objetivos estabelecidos no art. 3º, dentre eles o da promoção do bem de todas as pessoas sem qualquer incidência de preconceitos de origem, raça, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. Inclui-se também a importância do estabelecimento do direito à diferença, visando à justiça social, a qual, hoje, é mais do que simplesmente redistribuir riquezas derivadas do esforço da coletividade, mas estabelecer distinções, reconhecimentos e incorporar na sociedade valores culturais diversificados muitas vezes identificados como inferiores em relação ao que é determinado pela maioria¹⁶⁰. Da mesma forma, torna-se imperativo para a universidade ter a ciência de que as ações afirmativas garantem a condição de cidadão

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 30

¹⁶⁰ Ver acórdão da ADPF nº 186. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 14. Nov. 2014.

no Estado Democrático de Direito. Não se aplica a cidadania somente no quesito de votar e ser votado, mas na consecução de um amplo sistema assecuratório de direitos, com também de cumprir responsabilidades¹⁶¹.

3.2.1 As decisões judiciais do TRF-1: interpretação jurídica das cotas sob o prisma de duas apelações cíveis

Antes de discorrer sobre as decisões do TRF-1, foi encontrada na mesma lista de acórdãos do tribunal, mesmo com a utilização da expressão “cotas e UFBA” a apelação cível em ação civil pública nº 0019373-62.1999.4.01.3500, julgado em 24 de setembro de 2009. A Universidade Federal de Goiás foi a parte apelada. Após análise de seus fundamentos, por mais que não seja referente à universidade pública baiana, o acórdão amplia a interpretação sobre a temática em estudo.

O processo trata de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal de Goiás contra a Universidade Federal daquele estado para que fosse observada a obrigação de reserva de cinquenta por cento das vagas ofertadas em todos os cursos para os candidatos advindos de escolas públicas. O MPF sustentou que a falta de medidas educacionais proporcionou a segregação entre estudantes de escolas públicas e particulares, pois os primeiros encontram dificuldades de ingresso nas universidades públicas em relação ao segundo grupo, além da diferença de condições entre as instituições. Neste sentido, o MPF alegou a existência de uma concorrência desigual no vestibular entre aquelas duas categorias de estudantes, especialmente pela precariedade do sistema público de ensino.

A situação abordada, segundo o MPF, acarretou na violação do princípio da isonomia e da legalidade como também do direito à educação pela instituição de ensino superior apelada, pois somente aqueles candidatos privilegiados e oriundos de escola particular presumem-se terem concluído um ensino médio de qualidade, atendendo as vagas do ensino superior público a estes indivíduos e conseqüentemente gerando a exclusão.

¹⁶¹ Ver em: BATISTA, Vanessa Oliveira. Os avanços da proteção das minorias no Brasil. In: JUBILUT, Liliana et al (Coords). **Direito à diferença** – vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

O Juiz da Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Goiás julgou improcedente o pedido em desfavor do MPF, motivo pelo qual o mesmo interpôs o recurso de apelação, o qual fora provido em parte. O juiz federal convocado, Carlos Augusto Pires Brandão, estabeleceu várias informações, mas que podem ser resumidas em quatro blocos. O primeiro resume-se no entendimento de que o sistema de cotas envolve questões de ordem jurídica e social. O princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988 legitima a adoção de medidas que visem à redução das desigualdades constantes na sociedade brasileira, em que as pessoas não podem ser tratadas desigualmente, salvo nos casos autorizados por lei.

O segundo bloco de fundamentação reforça o anterior, no sentido de que não basta a compreensão de uma igualdade formal, mas diante de um contexto social em que há indivíduos em situações fáticas diversas na exigência do mesmo direito, isto é, um cenário envolvido por estudantes de ensino público (com diversos problemas estruturais e humanos) e do ensino privado (qualificado e voltado para a promoção do sucesso dos alunos), ambos na busca de uma oportunidade que, em regra, é voltada para todos: a vaga na universidade pública. O sistema de cotas, de acordo com os fatos explanados no acórdão, promove a equalização da desigualdade ao tratar desigualmente os desiguais, de acordo com a idéia fundamental de Aristóteles com o afastamento da igualdade formal. Por isso, para a manifestação concreta da igualdade material ou substancial devem ser dadas oportunidades com acesso a direitos.

A própria fundamentação da decisão judicial confirma a grave desigualdade derivada da diferença de qualidade entre as escolas públicas e privadas. Mesmo que a Constituição Federal estabeleça oportunidades iguais para todos os indivíduos, a maioria destes conclui o ensino médio em escolas públicas, as quais não oportunizam o preparo para o acesso ao ensino superior público. Nota-se a existência de parcela de uma população com idade para estar na universidade, mas esta não oferece o número de vagas necessárias para atender a demanda daqueles alunos de baixa renda e que não tem condições de cursarem em instituição de ensino superior privada, confirmando, assim, a assimetria social e histórica da sociedade brasileira.

O terceiro bloco de fundamentação é que a igualdade material não está associada a uma abstração jurídica. Ela exige a concretização, inclusive pela força

normativa da Constituição. Isso faz com que a exigência da igualdade não seja somente uma aspiração, mas dentro de um conjunto de programas, como é o caso do art. 3º associado aos arts. 6º, 205, 206, I, IV, VII e 208, todos da CF/88, tendo como base a dignidade da pessoa humana. O quarto bloco é a consolidação dos três anteriores. Diante da previsão constitucional e da configuração social da desigualdade, as políticas públicas de ações afirmativas permitem a oportunidade para que pessoas historicamente marginalizadas tenham acesso a um ensino superior público de qualidade, atenuando, assim, as conseqüências provenientes da sua elitização. Visa-se com a aplicação constitucional e das ações afirmativas o vislumbramento de uma sociedade pluralista, diversificada, em que as cotas não podem ser consideradas um mero paliativo.

Diante destes fundamentos, a decisão judicial afirma a necessidade do Poder Judiciário garantir - a certa quantidade de pessoas que cursaram o ensino fundamental e médio em rede pública - o acesso às universidades públicas. O exemplo dado pelo próprio acórdão foi a Resolução CONSEPE nº 01 de 2004 (Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão) proveniente da Universidade Federal da Bahia, a qual estabeleceu a reserva de quarenta e cinco por cento das vagas para alunos de ensino médio de escola pública, descendentes de índios e quilombolas. Portanto, razoável para o tribunal a reserva de dez por cento das vagas para Universidade Federal de Goiás.

Em seqüência, tem-se o destaque da decisão constante no processo nº 0013135-35.2005.4.01.3300 do TRF-1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carolini Rocha Sousa, em que fora aprovada no processo seletivo da UFBA para o curso de Administração mediante a classificação de em 121º lugar, sendo que foram oferecidas 155 vagas. O juízo de primeiro grau concedeu liminar para que a estudante, parte apelada, fosse matriculada no curso, sendo confirmada, no julgamento do mérito, a concessão da segurança.

A UFBA interpôs o recuso de apelação para o TRF-1, sendo o mesmo provido para denegar o mandado de segurança concedido em favor da estudante. A decisão traz novamente como fundamentação a resolução do COSEPE/UFBA nº 01/2004, de julho do mesmo ano, em que atribuiu a aplicação das cotas para o vestibular de 2005.

O ato normativo, na ótica da turma que julgou o apelo é constitucional, pois, mesmo não tendo o consenso, estabelece a igualdade perante a lei, admitindo as diferenças aplicadas tão somente a alguns casos concretos. O fio condutor da lógica jurídica e argumentativa para o provimento do recurso é o acórdão da apelação cível nº 2006.33.00.002978-0/BA, publicado no Diário do Judiciário no dia 10 de agosto de 2006, a qual está inserida no rol dos acórdãos da tabela acima com a numeração única 0002978-66.2006.4.01.3300, esta amplamente mencionada nas decisões posteriores sobre a mesma matéria.

Qual a importância dessa decisão? A Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida afirma que as cotas conferem oportunidades para que pessoas marginalizadas da sociedade e provenientes de ensino público tenham condições de galgar o ensino superior, atenuando a histórica desigualdade social e econômica. Outro dado é que a política de cotas tem seu caráter compensatório, pois visa a reparação dos danos causados pela escravidão e miscigenação no Brasil, estas geradoras de disparidades sociais e de não acesso a determinados bens sociais, como é o caso da educação. Esta, direito social legítimo e exigente de uma conduta ativa do Estado, é o meio que permite aos indivíduos terem melhores condições de vida e existência, mediante o alicerce da dignidade da pessoa humana.

As universidades, sob a constitucional autonomia conferida no art. 207¹⁶², devem promover os programas dentro da legalidade e dos fins propostos pela CF/88, conferindo acesso e oportunidades a determinados atores sociais, promovendo, assim, a igualdade de condições visando não somente o progresso de grupos, mas de toda a nação. Nestas condições, a resolução não é incompatível com a Constituição em vigor e sua metodologia está voltada para a atenuação das desigualdades sociais existentes com os negros, índios, pardos, entre outras configurações de pele e os excluídos da sociedade.

Por fim, o acórdão da apelação cível nº 0013135-35.2005.4.01.3300 menciona o julgamento da ADPF nº 186, a qual declarou constitucional a política de cotas nas universidades públicas, consolidando os atos destas na promoção do acesso de

¹⁶² Art. 207 da Constituição Federal de 1988 – “ As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”.

peessoas ao ensino superior. Diante dessas decisões, conclui-se a pertinência social e jurídica das cotas. A sua própria inserção e normatização é produto das reivindicações da população na égide do Estado Democrático de Direito, em que visa o desenvolvimento humano para que possa viver dignamente na sociedade, preconizando o individual e o coletivo.

As próprias decisões não somente ficaram adstritas ao campo do jurídico. Os conteúdos das mesmas incorporam o discurso de que as cotas não são um mero aspecto técnico, mas um meio de reparação dos danos causados pelo processo histórico, donde não pode permanecer a mesma situação de segregação social diante de uma nova conjectura jurídica e humana. Mais do que a efetiva aplicação técnica e social do princípio da igualdade, as ações afirmativas, sustenta Adilson Moreira¹⁶³ - ao tratar do mito da inocência branca no debate das ações afirmativas - promovem uma institucionalização de um projeto racial que representa os interesses de todos os segmentos da população brasileira, pois procura criar oportunidades para grupos marginalizados, afastando o discurso da neutralidade racial e da igualdade formal sustentadora da supremacia branca do país¹⁶⁴. Ainda assim, constitucionalidade da política de cotas adentra em desdobramentos de outras decisões a seguir.

3.2.2 Outras temáticas do TRF-1 derivadas da constitucionalidade das cotas

Outras questões são desdobradas da constitucionalidade das cotas em universidades públicas. Com o devido efeito de interpretação, o ponto central deste bloco é o princípio da legalidade e os efeitos da lei em vigor nas relações sociais disciplinadas. A construção metodológica da norma jurídica compreende raízes de

¹⁶³ MOREIRA, Adilson José. O mito da inocência branca no debate brasileiro sobre as ações afirmativas. In: JUBILUT ET AL (Coord.). **Direito a diferença** – Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

¹⁶⁴ Em entrevista à Revista *Carta Capital*, Kabengele Munanga, ao ser perguntado sob o mito da democracia racial, respondeu que: “ O mito já desmoronou, mas no imaginário coletivo a idéia de que nosso problema seja social, de classe socioeconômica, e não da cor da pele, faz com que ainda subsista. Isso é o que eu chamo de ‘inércia do mito da democracia racial’. Ele continua a ter força, apesar de não existir mais, porque o Brasil oficial também já admitiu ser um país racista. Para o brasileiro é, porém, uma vergonha aceitar o fato de que também somos racistas.”. Ver em: MUNANGA, Kabengele. “A educação colabora para a perpetuação do racismo”. In: **Revista Carta capital**. Publicado em: 30/12/2012. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/politica/a-educacao-colabora-para-a-perpetuacao-do-racismo>>. Acesso em: 14. nov. 2014, p. 1.

interpretações que culminam na sua aplicação de acordo com a racionalidade adequada para a realidade projetada.

Os acórdãos do TRF-1, listados abaixo, tratam de três fatos, que corroboram a aplicação da legalidade, ou seja, da padronização de condutas por parte da administração pública na efetivação da política de cotas. São elas: a Resolução nº 01/2004; a ficha de inscrição no processo seletivo e a aprovação independente do sistema de cotas, conforme quadro abaixo:

Quadro 2 - Decisões do TRF-1 sobre a Resolução nº 01/2004, questionário da ficha de inscrição e direito à matrícula independente do sistema de cotas

ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF-1)	
OBJETO DO PROCESSO	NÚMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
RESOLUÇÃO Nº 01/2004 ¹⁶⁵	0006006-76.2005.4.01.3300; 0006008-46.2005.4.01.3300; 0004734-47.2005.4.01.3300; 0006217-15.2005.4.01.3300; 0005102-56.2005.4.01.3300; 0004602-87.2005.4.01.3300; 0004823-70.2005.4.01.3300; 0004731-92.2005.4.01.3300 0004734-47.2005.4.01.3300; 0006217-15.2005.4.01.3300 ; 0005102-56.2005.4.01.3300; 0004602-87.2005.4.01.3300; 0004823-70.2005.4.01.3300; 0004731-92.2005.4.01.3300 ; 0005815-31.2005.4.01.3300; 0004939-76.2005.4.01.3300 ; 0004517-04.2005.4.01.3300; 0004732-77.2005.4.01.3300 . 0012819-22.2005.4.01.3300.

¹⁶⁵ A Resolução nº 01, de 26 de julho e 2004 do CONSEPE (Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão) alterou a Resolução nº 01/2002 ao estabelecer a reserva de vagas na seleção para os cursos de graduação da UFBA realizada através de Vestibular.

<p>QUESTIONÁRIO NA FICHA DE INSCRIÇÃO</p>	<p>0005907-09.2005.4.01.3300; 0005900-17.2005.4.01.3300; 0008246-67.2007.4.01.3300; 0004377-91.2010.4.01.3300; 0002973-44.2006.4.01.3300; 0025080-25.2005.4.01.0000; 0005598-85.2005.4.01.3300; 0002358-49.2009.4.01.3300</p>
<p>DIREITO À MATRÍCULA INDEPENDENTE DO SISTEMA DE COTAS</p>	<p>0005920-08.2005.4.01.3300; 0009838-20.2005.4.01.3300; 0006513-37.2005.4.01.3300; 0000497-06.2007.4.01.4300 UFRB: 0008702-17.2007.4.01.3300 (UFRB), 0014610- 89.2006.4.01.3300 e 0004515-29.2008.4.01.3300</p>

Fonte: Sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1). Último acesso em 14/11/2014. Levantamento do autor.

As decisões do tribunal no primeiro bloco, tendo como exemplo o acórdão da apelação cível nº 0006006-76.2005.4.01.3300, tratam da não aplicação da Resolução do Consepe nº 01/2004, de 26 de julho de 2004. Esta modificou a Resolução nº 01/2002 e regulamentou a reserva de vaga para cotistas no processo seletivo do mesmo ano de 2004, conforme a disposição normativa a seguir:

Art. 2º. Ficam suspensos os efeitos do Art. 35 da Resolução nº 01/02, de 13/03/02, do CONSEPE, em caráter excepcional, neste ano, apenas no que se refere à reserva de vagas estabelecida nesta Resolução (nº 01/2004, de 26/07/2004, do CONSEPE).

Art. 3º. Haverá reserva de vaga em todos os cursos de graduação da UFBA, a serem preenchidas conforme estabelecido neste artigo:

I – 43% (quarenta e três por cento) das vagas de cada curso serão preenchidas na seguinte ordem de prioridade: estudantes que tenham cursado todo o ensino médio e pelo menos uma série entre a quinta e a oitava do ensino fundamental na escola pública, sendo que, desses, pelo menos 85 % (oitenta e cinco por cento) de estudantes que se declarem pretos ou pardos;. no caso de não preenchimento dos 43% (quarenta e três por cento) de vagas reservadas em conformidade com os critérios estabelecidos na alínea antecedente, as vagas remanescentes desse percentual serão preenchidas por estudantes provenientes das escolas particulares que se declarem pretos ou

pardos;. havendo, ainda, vagas remanescentes daquele percentual, as mesmas serão destinadas aos demais candidatos.

II – 2% (dois por cento) das vagas de cada curso serão preenchidas na seguinte ordem de prioridade: estudantes que se declarem índios descendentes e que tenham cursado desde a quinta série do ensino fundamental até a conclusão do ensino médio na escola pública;. no caso de não preenchimento dos 2% (dois por cento) de vagas reservadas por aqueles, as vagas remanescentes desse percentual serão destinadas aos demais candidatos.

(...)

art. 9º Esta Resolução tem vigência a partir da data da sua aprovação, revogadas as disposições em contrário.

Ocorre que o art. 35 da Resolução nº01/2002 estabelece que qualquer norma que alterasse a resolução, assim como os programas, textos literários indicados, entre outras características das provas teria vigor no vestibular do ano imediatamente seguinte, caso aprovada até o mês de março. Já as alterações após esse período, a resolução vigoraria para os anos subsequentes¹⁶⁶.

Sendo a Resolução nº 01/2004, do mês de julho do mesmo ano, ela não poderia ser aplicada no vestibular de 2004, mas tão somente nos anos subsequentes. Com isso, a realização do processo seletivo e divulgação dos resultados, muitos candidatos que obtiveram classificações dentro do número de vagas foram surpreendidos, tendo em vista que a incidência das cotas limitou o número para aqueles que prestaram o vestibular pelo mérito, ocasionando o ajuizamento de ações judiciais perante a Justiça Federal, em que, pela leitura dos acórdãos, foram concedidas medidas liminares para que os candidatos fossem devidamente matriculados nos cursos que prestaram vestibular.

Seja pelas apelações interpostas pela UFBA, seja no âmbito da remessa oficial, o fundamento dos acórdãos segue o entendimento de que a Resolução nº 01/2002 estabeleceu as regras de direito intertemporal, em que disciplinou os critérios de aprovação, eficácia e vigência das alterações. Em outras palavras, a resolução nº 01/2004 violou a anterior, a qual estabelecia os ditames essenciais para a vigência e eficácia das alterações futuras. Interpreta-se das decisões judiciais sobre este caso que

¹⁶⁶ Art. 35 – “Qualquer norma complementar ou alteração na presente Resolução bem como nos programas, textos literários indicados e outras características das provas vigorará para o Vestibular do ano imediatamente seguinte, desde que aprovada até o mês de março; após essa data, vigorará para os anos subsequentes.”

as políticas de cotas são necessárias para a sociedade, porém devem estar de acordo com os ditames do ordenamento jurídico e as regras estabelecidas por lei anterior. As regulamentações devem seguir o princípio da legalidade, pois as condutas devem estar de acordo com o conteúdo legal estabelecido, sob pena de nulidade.

A própria eficácia das cotas deve estar condicionada aos princípios da legalidade para que os critérios de desigualdade sejam estabelecidos para produzirem a igualdade. As regras devem ser seguidas para que não viole o direito de outrem e para fins de que a medida traga mais resultados benéficos que prejuízos. O art. 35 da Resolução de 2002 produz outro instituto para a procedência da política de cotas que é a segurança jurídica, evitando que a administração pública edite normas que comprometam os candidatos e pegue-os de surpresa, frustrando, assim, todo o preparo despendido para determinado processo seletivo.

Outros acórdãos tratam de fatos que circundam sobre o questionário da ficha de inscrição do candidato no processo seletivo da UFBA. No processo nº 0005907-09.2005.4.01.3300, em que foi julgada uma apelação cível, tendo como apelantes a UFBA e Lívia Maria de Moura Souza. Alega a candidata que prestou o vestibular de 2005, em que, mesmo aprovada no número de vagas, não teve a sua matrícula efetivada, pois, no momento da ficha de inscrição, assinalou que adveio de ensino público, o que automaticamente considerou-a como candidata as vagas de cotista. Sem tal comprovação, acarretou no descumprimento dos requisitos da Resolução nº 01/2004 e, conseqüentemente, a sua reprovação no vestibular. A aluna, segundo o relatório do acórdão, fundamentou que tinha plena consciência de que não poderia concorrer pela via das cotas, logo, sabedora da impossibilidade, foi levada a erro no preenchimento do “campo 14” da ficha de inscrição, em que determinava à candidata selecionar a sua origem escolar, isto é, se a mesma era oriunda de ensino público ou privado.

A candidata, juntamente com outros estudantes que também estavam na lide, em face de terem cursado, ao menos, o último ano do ensino médio em escola pública, marcaram a opção “rede pública”, o que implicou na condição automática de cotista. Argumentou também que a UFBA deveria ter realizado uma análise global, pois restou comprovado que a estudante apelada cursou o ensino fundamental em escola privada, o que a excluía do regime de cotas. Sustentou também que o manual do candidato

encontrava-se obscuro, pois não esclareceu que o aluno, ao colocar a informação, estaria concorrendo automaticamente como cotista, inclusive salientando que diversos candidatos estavam prejudicados por esse sistema adotado pela UFBA.

No mérito, a segurança foi concedida em favor dos outros candidatos que estavam no mesmo processo com a aluna apelante e esta não foi beneficiada pela concessão, motivo pelo qual interpôs recurso de apelação. A UFBA, em resposta, sustentou que os candidatos preencheram o questionário como cotistas, sabendo que não tinham comprovações. Ademais, a responsabilidade das informações é do candidato no momento da inscrição. Na análise do recurso, o tribunal não deu provimento ao recurso da UFBA, porém modificou a sentença em favor da candidata apelante. Ao fundamentar o acórdão, o relator menciona o equívoco derivado da falta de clareza e precisão da redação do “campo 14” da ficha de inscrição. Com base no agravo de instrumento nº 2005.01.00.021020-0/BA, menciona o magistrado que a UFBA deveria ter realizado um exame ponderado de outras informações fornecidas pela candidata, como a trajetória escolar, a fim de constatar que a mesma não tinha os requisitos para pleitear vaga como cotista.

Indaga ainda que: (a) a simples pergunta ao candidato se iria participar do processo seletivo pelas cotas sanaria a situação; (b) existem estudantes que cursaram o ensino fundamental e médio em escola pública se declararam como “pretos” e, mesmo assim, poderiam não optar pela cota; (c) a candidata apelada foi aprovada no número de vagas estabelecidas pela UFBA, logo, deve ter a sua matrícula efetivada, tendo em vista que não deu ensejo a qualquer erro, mas, sim, por parte da IES.

Na apelação cível 0004377-91.2010.4.01.3300, por exemplo, o TRF-1 negou o recurso interposto pela UFBA, tendo em vista que o estudante apelado, ao constatar o erro no preenchimento do cartão de inscrição do processo seletivo, requereu a retificação no prazo determinado no edital para que não fosse incluído como cotista, até porque também não preenchia os requisitos para esta reserva de vaga. Mesmo assim, a UFBA indeferiu sua matrícula, sendo sanado no Judiciário com a sua imediata matrícula no curso superior. Verifica-se a boa-fé do candidato frente ao edital e a constatação da ilegalidade produzida pela universidade apelante.

As apelações cíveis 0008246-67.2007.4.01.3300, 0005900-17.2005.4.01.3300 e 0002973-44.2006.4.01.3300 possuem entendimento contrário. Na primeira, o TRF-1 afirmou que inexistente qualquer vício no manual do candidato e que contém informações claras e objetivas relativas à origem escolar do estudante. Logo, qualquer equívoco existente é decorrente do preenchimento do próprio aluno no momento da inscrição. Além do mais, o candidato apelante sequer tinha pontuação suficiente para obter classificação dentro do número de vagas. Na segunda, cuja apelante é estudante que prestou vestibular para o curso de Biblioteconomia da UFBA, o tribunal, confirmando os fundamentos da sentença e a partir da análise do manual do candidato, especificamente o formulário de inscrição, afirmou que o questionário não apresenta qualquer imprecisão ou margem para dúvidas. No mesmo passo, o candidato tem o dever e responsabilidade pelas informações prestadas no momento da inscrição. Por fim, ressaltou a não violação do direito à educação. Para melhor entendimento do acórdão, cabe a transcrição de parte de seus fundamentos:

Conforme restou fundamentado às fls. 86/89, a impetrante creditou o equívoco nos dados inseridos no formulário de inscrição para o vestibular 2005 à errônea interpretação das instruções para o respectivo preenchimento, sob o argumento de que estas não foram redigidas de forma clara e precisa.

Todavia, analisando o manual do candidato exibido pela impetrante, mais especificamente às fls. 64, verifico que o formulário de inscrição, antes aludido, vem acompanhado de um questionário cujos termos não deixam margem à dúvida nem faz surgir qualquer imprecisão nos quesitos pertinentes à origem escolar do candidato, como adiante se vê:

“25 – TIPO DE ESTABELECIMENTO EM QUE CURSOU A TOTALIDADE OU A MAIOR PARTE DO ENSINO FUNDAMENTAL (1º GRAU)

(...)

27 – NATUREZA DA ESCOLA ONDE CONCLUIU O ENSINO FUNDAMENTAL (1º GRAU)

(...)

28 – TIPO DE ESTABELECIMENTO EM QUE CURSOU A TOTALIDADE OU A MAIOR PARTE DO ENSINO MÉDIO (2º GRAU)

(...)

31 – NATUREZA DA ESCOLA ONDE CONCLUIU OU CONCLUIRÁ O ENSINO MÉDIO (2º GRAU) (...) (grifos não originais).

(...)

Este fato conduz esta julgadora a refletir que, acaso preenchesse as condições de cotista e fornecesse dados que a classificassem como

candidata oriunda de escola particular, a impetrante também se sentiria prejudicada, sendo certo que é inteiramente responsável pela veracidade das informações que presta no ato do preenchimento do formulário de inscrição, sob pena de cancelamento ou indeferimento de sua matrícula, na forma prevista pelo art. 5º da mencionada Resolução, in verbis:

“Art. 5º A classificação quanto à procedência (escola pública ou privada), cor ou etnia decorrerá das declarações dos candidatos no formulário de inscrição no Vestibular, feitas de forma irrevogável, perdendo o direito à vaga e tendo sua matrícula cancelada o candidato selecionado em relação ao qual se constate, no ato da matrícula ou posteriormente em qualquer época, ter prestado informação não condizente com a realidade quando da inscrição.”

Por outro lado, também não vislumbro a configuração da alegada lesão a direito fundamental de acesso à educação, pois o ato da autoridade impetrada, longe de afrontar mandamentos inseridos no Texto Constitucional com ele se coaduna, ao oferecer oportunidade de amplo acesso aos cursos de graduação às vítimas da exclusão sócio-econômica. Firme nesse entendimento, não se torna possível eleger, como pretende a demandante, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência para respaldar a concessão de um privilégio.

A decisão judicial acima se complementa com a terceira apelação cível. Nesta, o tema é a mesma afirmação de equívoco na ficha de inscrição que culminou na inserção do candidato apelado na reserva de vagas para cotistas. Ele deveria ter ciência do conteúdo do edital e suportar o ônus das informações prestadas, sob pena de violar o princípio da isonomia. O erro do candidato apelado não pode ser escusável, visto que foi derivado da sua negligência. Diante disso, a apelação fora provida em favor da parte apelante (UFBA).

Por fim, o último bloco se refere ao direito à matrícula dos candidatos independente do sistema de cotas. Na apelação cível nº 0005920-08.2005.4.01.3300, a candidata apelada foi aprovada no vestibular para o curso de Medicina, em que logrou a 82ª colocação dentro das 160 vagas oferecidas. A matrícula fora negada, pois, segundo a UFBA, a recorrida não demonstrou os requisitos para a comprovação de candidata cotista. Relata o acórdão que não há na ficha de inscrição nenhum campo para que a apelada pudesse manifestar a sua vontade de prestar o vestibular como cotista, mas perguntas relacionadas à etnia e origem escolar. Mesmo assim, a aprovação da apelada dentro do número de vagas disponíveis não retira o seu direito à

matrícula. Em outras palavras, tanto pela política de cotas, quanto pela ampla concorrência, a candidata foi aprovada.

Nota-se que todas as questões levantadas nesta temática abrangem três considerações. A primeira é que a política de cotas deve estar em conformidade com a lei e atender aos objetivos a que se destina, sem, portanto, lesar a sociedade diante da discriminação positiva. A legalidade, a moralidade, a publicidade, impessoalidade e eficiência das medidas devem imperar no âmbito das instituições de ensino superior públicas, caso contrário será passível o controle do Poder Judiciário sobre seus atos, como foi o caso das impetrações dos mandados de segurança.

Como segunda consideração, a universidade, mediante a sua autonomia estabelecida pela CF/88, ao aplicar o conteúdo discriminatório das cotas, deve harmonizar-se com os seguintes critérios: (a) a norma específica referente às cotas, no caso concreto, deve estar de acordo com a norma geral da igualdade, ou seja, deve estar de acordo com os fins constitucionais; (b) a norma específica que estabelece as cotas deve promover o fim pretendido; (c) harmonia entre os meios utilizados para a execução da medida e a eficácia para a obtenção do fim pretendido pela Constituição Federal de 1988; (d) a existência de adequação entre o meio empregado, isto é, a norma que estabelece as cotas com o seu contido igualitário e o seu fim pretendido; (e) a diferenciação estabelecida na lei de cotas deve ser natural e razoável, não podendo ser caprichosa ou arbitrária; (f) o meio adotado seja promotor de benefícios, devendo ser o menos gravoso possível; (g) o motivo da medida que instaura as cotas tem que ter conexão lógica razoável com o fim¹⁶⁷.

De acordo com os requisitos acima e fundadora dos alicerces da terceira consideração, a constitucionalidade das cotas está associada à discriminação positiva realizada pelas universidades públicas para que tenha a sua eficácia social sem promover prejuízos graves à coletividade. Por isso, em prol da preservação da segurança jurídica e do cumprimento efetivo das ações afirmativas, o cuidado com a edição de novas resoluções, a elaboração clara e objetiva de questionários no momento da inscrição e a matrícula daqueles que, embora tenham concorrido ou não via cotas,

¹⁶⁷ CÉSAR, Raquel Coelho Lenz. Políticas de inclusão no ensino superior brasileiro: um acerto de contas e de legitimidade. In: BRANDÃO, André Augusto (Org.). **Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação**. Rio de Janeiro: DP & A, 2007, p. 22-25.

mas lograram aprovação dentro do número de vagas estabelecidas em edital devem ser observados pela instituição universitária, sob conseqüência de instabilidades sociais e jurídicas.

A constitucionalidade das cotas, especialmente nos termos da fundamentação da ADPF nº 186, produz o primeiro passo para a concretização do enfrentamento dos desafios da universidade pública brasileira. Na visão de Naomar de Almeida Filho, Renato Ribeiro e Alex Fiúza, a IES precisa de um padrão de qualidade compatível com a contemporaneidade, agregando os valores sociais e a justiça social, valorizando todos os indivíduos, inclusive aqueles que precisam de maior amparo para (re)construção do conhecimento, em face da falta de oportunidade a uma educação de qualidade no ensino fundamental e médio; a aproximação da “ [...] universalidade de acesso, senão para todos os cidadãos que têm direito à educação plena, mas a todos e todas que demonstrarem vocação, aptidão e motivação para formar-se nos níveis superior de educação”¹⁶⁸, o que garante a difusão do conhecimento para todos e não somente para determinados grupos sociais privilegiados; o comprometimento orgânico da academia com programas sociais relevantes, “ [...] capazes de contribuir para a solução de problemas nacionais inadiáveis, superando distintas modalidades de exclusão ou carência socialmente estrutural.”¹⁶⁹, como é o caso das cotas.

3.3 Candidatos cotistas que cursaram o segundo grau em ensino público, particular como bolsistas integrais e supletivos em escola pública.

A segunda temática refere-se à verificação de diversas origens escolares para fins de processo seletivo com reserva de vagas para cotistas em universidades públicas, as quais foram objeto de apreciação dos tribunais: (a) escolar pública; (b) escola particular na condição de bolsista integral; (c) supletivo em ensino público. De acordo com a tabela abaixo constam oito acórdãos do TJ-BA e quarenta do TRF-1. As decisões pertinentes para o desenvolvimento deste tópico estão inseridas no anexo B:

¹⁶⁸ ALMEIDA FILHO, Naomar de; MELLO, Alex Fiúza; RIBEIRO, Renato Janine. **Por uma universidade socialmente relevante**. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/cne_alexfiuza.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014, p. 1

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 1.

Quadro 3 - Decisões do TJ-BA e TRF-1 sobre candidatos cotistas que cursaram o segundo grau em ensino público, particular como bolsistas integrais e supletivos em escola pública.

ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJ-BA)	
ESPÉCIE DE AÇÃO/ RECURSO	NÚMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
Apelação Cível	0003294-82.2012.8.05.0274; 0011802-85.2010.8.05.0274 0007284-18.2011.8.05.0274; 0005368-12.2012.8.05.0274
Agravo de Instrumento	64329-7/2009, 0017380-12.2009.805.0000-0 e 0015139-6/2009
Mandado de Segurança	0018891-96.2009.8.05.0274
ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF-1)	
TIPO DE RECURSO	NÚMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
Apelação Cível e/ou Remessa Necessária¹⁷⁰	0007655-66.2011.4.01.3300; 0010109-24.2008.4.01.3300; 0019750-65.2010.4.01.3300; 0020369-97.2007.4.01.3300; 0014807-05.2010.4.01.3300; 0006825-08.2008.4.01.3300; 0007969-17.2008.4.01.3300; 0015835-08.2010.4.01.3300; 0006063-55.2009.4.01.3300; 0004976-64.2009.4.01.3300; 0008602-57.2010.4.01.3300; 0016466-83.2009.4.01.3300; 0009544-26.2009.4.01.3300; 0003603-32.2008.4.01.3300; 0003408-47.2008.4.01.3300; 0011066-88.2009.4.01.3300; 0000312-87.2009.4.01.3300; 0005993-38.2009.4.01.3300; 0023350-70.2005.4.01.3300; 0014433-28.2006.4.01.3300; 0003637-41.2007.4.01.3300; 0007152-84.2007.4.01.3300; 0019490-90.2007.4.01.3300; 0012672-59.2006.4.01.3300; 0015863-10.2009.4.01.3300; 0022929-70.2011.4.01.3300;

¹⁷⁰ Segundo determina o artigo 475 do CPC, algumas decisões judiciais por ele descritas, dependem, obrigatoriamente, de revisão pelo órgão hierarquicamente superior para produzir efeitos. Logo, a remessa necessária é a devolução da decisão do órgão julgador para revisão pelo órgão recursal. Somente após a confirmação por este, é que a sentença produzirá efeitos. As decisões contra a Administração Pública passam pelo trâmite da remessa necessária.

	0002738-72.2009.4.01.3300; 0015863-10.2009.4.01.3300; 0008045-07.2009.4.01.3300; 0032736-51.2010.4.01.3300; 0006622-12.2009.4.01.3300; 0019763-64.2010.4.01.3300; 0010607-52.2010.4.01.3300; 0013369-46.2007.4.01.3300 0016792-09.2010.4.01.3300; 0016792-09.2010.4.01.3300
Agravo Regimental ¹⁷¹	0010064-15.2011.4.01.3300; 0011618-53.2009.4.01.3300 0069413-86.2010.4.01.0000; 0011220-43.2008.4.01.3300

Fonte: Sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1).Último acesso em 14/11/2014. Levantamento do autor.

Na apelação em mandado de segurança nº 0018891-96.2009.8.05.0274 do TJ-BA, o acórdão trata da demanda entre Carlos Eduardo de Oliveira e a Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). O candidato apelado cursou a 6ª, 7ª e 8ª séries do ensino fundamental em escola particular por ser beneficiário de bolsa integral, enquanto que o restante de sua vida escolar foi oriunda do ensino público.

Ao pleitear o acesso ao ensino superior público através das cotas pelo Prouni - Programa Universidade para Todos-, o candidato recorrido foi excluído do processo seletivo da UESB para o ingresso nas vagas do curso de Bacharelado em Agronomia. O motivo residia no imperativo legal do art. 1º da Resolução 037/2008 do CONSEPE (Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão) e do Edital do Processo Seletivo 070/2008. O primeiro, seguido pelo segundo, dispõe que o candidato tem o ônus de comprovar que cursou o mínimo de sete anos de estudos regulares, supletivo ou equivalentes em escola da rede pública, compreendida com parte do ensino fundamental (a partir da 5ª série) e todo o ensino médio.

Sem qualquer informação pelo acórdão de concessão liminar, a segurança, no mérito, foi concedida, permanecendo o aluno apelado no curso superior da UESB. Esta recorreu sob o argumento de que não foram cumpridos os requisitos legais estabelecidos na Resolução, restando comprovada a violação ao princípio da isonomia e da legalidade, ambos positivados na Constituição Federal de 1988. O recurso de apelação foi conhecido e não teve provimento, isto é, os fundamentos da UESB não foram acolhidos pelo TJ-BA. O acórdão estrutura-se a partir de quatro argumentos. O

¹⁷¹ O agravo regimental, conforme o Código de Processo Civil (CPC) é uma espécie de recurso interposto no prazo de cinco dias para impugnar decisões tomadas individualmente pelo relator de outro recurso. Ele está previsto no regimento interno dos tribunais.

primeiro é que a reserva de vagas em benefício de alunos advindos de escolas públicas é um instrumento de redução das desigualdades e da distância da qualidade entre o sistema público de ensino e as escolas da rede particular. Existem indivíduos que não possuem condições de concorrer por vagas nas universidades públicas, em face da falta de condições estruturais e humanas do ensino público. Isso impede que os candidatos destas escolas tenham condições de competir com aqueles que advêm de escolas particulares, estes com mais preparo para enfrentar o processo seletivo.

O segundo momento é que a decisão explicita a desigualdade econômica. O fator renda também contribui para a segregação social e a importância de acesso a recursos, bens públicos de forma igualitária. Além da questão da afro-descendência, as pessoas (geralmente negros), pelo fato da sua origem humilde e carente de serviços públicos de qualidade são marginalizados e impossibilitados de se prepararem para competir de forma equânime para ingressar no ensino superior público. Por isso, as cotas tem natureza social. O terceiro momento corresponde ao entendimento de que, como qualquer outra pessoa na mesma condição de bolsista, seja integral ou parcial, não está em excessivo grau de vantagem em relação aos demais e nem há violação ao princípio da isonomia. Inclusive, a decisão foi fundamentada a partir de outros julgados de Tribunais Regionais Federais que tratam do mesmo caso, os quais entenderam pela prevalência da hipossuficiência financeira sobre o rigor excessivo da norma que vige o sistema de cotas.

Ao contrário do processo nº0032612-71.2003.8.05.0001, em que teve como base a constitucionalidade das cotas a partir da ADPF nº 186, a construção deste julgado foi a partir do art. 5º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), hoje denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Os fatos demonstrados no acórdão e as disposições jurídicas comungam para o entendimento da necessidade da discriminação positiva e análise da realidade social, no momento em que pessoas, na condição de bolsistas em escolas particulares, não estão em condições e níveis de preparo suficientes para disputar a vaga em ensino superior público como não cotistas. Mais uma vez, o elemento renda foi observado pelo Poder Judiciário para incidir e fazer valer as cotas e o princípio da igualdade.

O mesmo objeto de demanda judicial foi o processo nº 0005368-12.2012.8.05.0274, em que a apelação interposta pela UESB foi conhecida e não provida. A candidata apelada foi aprovada no curso de Pedagogia, porém foi obstada na matrícula pela via das cotas, visto que cursou somente a terceira série do ensino médio em escola particular como bolsista integral. O desembargador apontou que o caso concreto não demandava a aplicação da literalidade da lei, mas sob a interpretação dos princípios da igualdade e da razoabilidade. Isso porque restou comprovado que a candidata recorrida estudou durante dez anos em escola pública, em que a realização de terceiro ano em escola particular na condição de bolsista não retira a sua condição de hipossuficiência.

A decisão, com respaldo de decisões de Tribunais estaduais e dos Tribunais Regionais Federais, salientou que um ano em escola particular não é suficiente para suprimir a condição da apelada de estudante de escola pública. Além do mais, sustenta que os fins das cotas sociais é a erradicação da pobreza e das desigualdades. Neste, para não prejudicar a candidata recorrida, manteve-se a liminar, pois aquela já teria cursado vários semestres, em que a revogação causaria prejuízos desnecessários, aplicando-se, assim, o fato consumado.

O Acórdão referente à apelação nº 0003294-82.2012.8.05.0274, o qual mencionou o apelo acima, seguiu o mesmo entendimento. A fundamentação estabelece que a reserva de vagas pelas cotas tem o condão de minimizar as desigualdades sociais. Neste julgado, a fundamentação está consolidada também nos arts. 205 e 206, I da Constituição Federal de 1988.

O acórdão da apelação nº 0011802-85.2010.8.05.0274 relata que a candidata apelada foi aprovada no curso de Bacharelado em Química da UESB, em que fora posteriormente excluída na matrícula por não cumprir os requisitos para o ingresso pelas cotas. A recorrida, como nos casos anteriores, estudou dois anos dos sete anos em escola particular na condição de bolsista integral pelo salário educação, motivo pelo qual não retira também a sua condição de hipossuficiência.

Através da comprovação do direito líquido e certo, requisito essencial para a impetração do mandado de segurança, a sentença de primeiro grau foi mantida, tendo como norte da fundamentação os arts. 3º, 205 e 208, V, da CF/88, especialmente o

segundo, em que determina o acesso do indivíduo aos mais elevados níveis de ensino, pesquisa e criação artística, conforme a capacidade de cada um. Ainda no que tange ao ingresso de candidatos às universidades públicas pela política de cotas, há ainda acórdãos que julgaram agravos de instrumento 64329-7/2009, 0017380-12.2009.805.0000-0 e o 0015139-6/2009, todos do ano de 2009, em que possuem outros fundamentos a serem observados.

No Agravo de Instrumento nº 64329-7/2009, a UESB, parte agravante, suscita que fora deferida liminar em mandado de segurança em favor do candidato agravado. A decisão determinou que a referida Universidade realizasse a matrícula do candidato no curso de Odontologia, bem como a sua freqüência às aulas, em face do mesmo ter sido aprovado na categoria das cotas e ter cumprido todos os objetivos. Ainda que o Tribunal de Justiça tenha convertido o feito em agravo retido, a UESB sustentou que, mesmo na condição de bolsista em escola particular, o candidato agravado não fazia jus ao ingresso no curso. Mesmo assim, o tribunal entendeu, no caso em questão, que a decisão liminar resguarda a “fumaça” do bom direito e o perigo da demora, requisitos indispensáveis para a concessão da medida. Ainda nesta interpretação, a relatora afirma que a decisão agravada não tem o objetivo de causar grave dano e difícil reparação à Universidade. Até porque, o candidato, em comparação com a instituição universitária, suportaria graves conseqüências, caso a liminar fosse revogada, ainda mais se, no mérito, a segurança fosse concedida, pois o objetivo da área educacional é facilitar que o aluno ingresse no ensino superior.

Por fim, no caso do Agravo de Instrumento nº 0015139-6/2009, a estudante agravada foi aprovada, pelo regime das cotas, no curso de Enfermagem- Obstetrícia. Informa o acórdão o referido processo que a candidata cursou o ensino fundamental (5ª a 8ª séries) e o ensino médio na Escola Cenecista de Jitaúna, esta instituição particular de ensino. Ainda assim, o tribunal, em sua decisão, determinou que a instituição de ensino matriculasse a aluna no curso mencionado, só que, mediante processo administrativo nº 422166, constatou que, por suposto equívoco, a agravada fora inscrita no regime de cotas, ainda que bolsista no ensino fundamental e média em escola particular. Em decisão administrativa, a matrícula da agravada foi considerada nula,

impedindo-a de prosseguir no segundo semestre, em face do princípio da legalidade, pois a mesma não tinha os requisitos exigidos para o ingresso na condição de cotista.

Com base no Parecer da Procuradoria de Justiça, a desembargadora relatora do agravo de instrumento conheceu e deu provimento ao recurso, cassando a liminar concedida à agravada. Ressalte-se e reitere-se que o fundamento da decisão é consubstanciado no sentido de que a candidata, por estudar o ensino fundamental e médio em escola particular na condição de bolsista, não goza do direito de ser cotista. De acordo com as decisões anteriores, os candidatos cursaram poucos anos em escola particular na condição de bolsista, o que configurava a legitimidade na via das cotas nas universidades públicas. No caso em questão, a aluna agravada cursou todo o ensino médio e fundamental em escola particular na condição de bolsista, o que lhe confere mais preparo em relação aqueles que somente cursaram, por exemplo, duas a três séries.

E aqueles que realizaram o supletivo em escola pública? No reexame necessário n.º 0014669-51.2010.8.05.0080, Helder Oliveira da Silva impetrou mandado de segurança contra o Pró-Reitor de Graduação da Universidade Estadual de Feira de Santana- UEFS, tendo como objeto da demanda a recusa da matrícula pela instituição pelo fato de que o impetrante não se enquadrava nos requisitos para o ingresso no curso de Bacharelado em Medicina como cotista.

Conforme os autos, o impetrante, segundo a UEFS, como determina a Resolução CONSU n.º 034/06, deveria comprovar que cursou, pelo menos, dois anos do Ensino fundamental nas séries finais (5ª a 8ª séries) em escola pública, bem como o segundo grau. Ocorre que, o aluno impetrante cursou o primeiro e segundo graus na Escola Estadual Kleber Pacheco de Oliveira, no município de Vitória da Conquista-Bahia, em que realizou o exame supletivo na referida instituição de ensino público. O Tribunal de Justiça entendeu que o exame supletivo oriundo da rede pública de ensino possui o caráter de “escola pública”, conforme a própria resolução mencionada. Isto quer dizer que, com a conclusão do primeiro e segundo graus de instrução em ensino supletivo, o candidato não pode ser obstado de matricular-se em curso superior dentro do número de vagas destinadas aos cotistas.

No que se refere ao TRF-1, diversas decisões sobre a temática foram encontradas, com destaque para as decisões dos seguintes processos: 0006063-55.2009.4.01.3300, 0012672-59.2006.4.01.3300, 0022929-70.2011.4.01.3300, 0002738-72.2009.4.01.3300 e 0008045-07.2009.4.01.3300. No primeiro processo, trata-se de recurso de apelação interposta pela UFBA em face de mandado de segurança concedido pela 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia em favor do estudante apelado Wanderson Ramos de Jesus, o qual pleiteou a vaga no curso de ciências contábeis através das cotas, mas teve sua matrícula negada, apesar de sua aprovação. O motivo foi que o apelado curou supletivo em escola pública, o que, mesmo assim, foi considerado fora dos ditames para a seleção como cotista pela UFBA. Sem estabelecer uma fundamentação extensa e de acordo com diversos julgados em casos idênticos, o TRF-1 afirma que o motivo do apelado ter freqüentado supletivo em escola pública não lhe dá nenhuma vantagem em relação aos demais candidatos advindos de escola pública. Ademais, o supletivo em rede estadual de ensino é devidamente autorizado e tem natureza de “escola pública”, conforme a própria resolução nº 01/2004.

Seguindo o mesmo entendimento, a apelação cível nº 0012672-59.2006.4.01.3300 reformou a sentença de primeiro grau para conceder a segurança em favor de candidato recorrente que concluiu o ensino médio em supletivo oferecido em escola pública. Assim como os fundamentos da decisão analisada anteriormente, o acórdão do recurso ressalta outros pontos importantes. O primeiro é que o acesso ao ensino superior através das reservas de vagas pelo sistema de cotas viabiliza a concretização do princípio da isonomia e do cumprimento dos objetivos fundamentais do Brasil, como é o caso do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal de 1988, o qual determina a promoção do bem de todos sem qualquer preconceito ou qualquer outra forma de discriminação.

O segundo é que o dispositivo acima se relaciona com a igualdade e o acesso à educação (art. 205 da CF/88), os quais se comunicam com outro princípio norteador: a dignidade da pessoa humana. O fato noticiado no recurso já é o exemplo prático: o candidato apelante, como registrado nos autos, cursou parte do ensino médio em escola pública, porém, por motivos familiares, parou seus estudos. O recorrente

reiniciou em rede pública de ensino supletivo, completando, assim, o ensino médio, o que o habilitou a prestar o vestibular na UFBA, logrando aprovação. O histórico escolar do recorrente, inclusive no supletivo, em que o tempo de formação do indivíduo é menor, reforça a hipossuficiência do candidato apelante e a sua tutela pela política de cotas, configurando a arbitrariedade da apelada, isto é, a UFBA, ao não matricular o apelante no curso de Direito.

Na apelação cível nº 0022929-70.2011.4.01.3300, o candidato apelado cursou ensino fundamental e o 1º ano do ensino médio em escola pública, tendo obtido a certificação de conclusão do ensino médio mediante o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Ao ser aprovado no vestibular da UFBA no curso de Engenharia Mecânica, a IES negou a sua matrícula, sob o fundamento de que não foi cumprido o requisito de frequência de todo ensino fundamental e médio em escola pública. Sustentou a apelante, isto é, a UFBA, que o ENEM, bem como o supletivo, desnatura a política de cotas. A segurança fora concedida em favor do apelado e o TRF-1 confirmou-a. No acórdão, constata-se que o tribunal sustenta que o ato de negar a matrícula do recorrido viola direito líquido e certo, pois os requisitos do art. 3º, I, “a” da resolução nº 01/2004¹⁷² foram cumpridas. Nota-se também que se deve ter o reconhecimento de pessoas de baixa renda que, mesmo com as intempéries da vida, concluem o ensino médio por méritos próprios através do ENEM, o que garante o acesso à universidade pública e a conseqüente promoção do paradigma social. A conduta da UFBA, neste caso, foi contra a isonomia e á essência das ações afirmativas.

Como em decisões anteriores que resguardam o acórdão, as apelações cíveis nº 0002738-72.2009.4.01.3300 e 0008045-07.2009.4.01.3300 reitera as bases constitucionais e internacionais do direito à educação e a erradicação de toda e qualquer forma de discriminação, sobretudo no acesso às universidades públicas por pessoas que não tiveram acesso à educação de qualidade que promova igualdade de condições para o ingresso nas instituições de ensino supero públicas. Neste sentido, os acórdãos tem a seguinte fundamentação. No âmbito internacional, as decisões do TRF-

¹⁷² Art. 3º. Haverá reserva de vagas em todos os cursos de graduação da UFBA, a serem preenchidas conforme estabelecido neste artigo: I – 43% (quarenta e três por cento) das vagas de cada curso serão preenchidas na seguinte ordem de prioridade: a) estudantes que tenham cursado todo o ensino médio e pelo menos uma série entre a quinta e a oitava do ensino fundamental na escola pública, sendo que, desses, pelo menos 85% (oitenta e cinco por cento) de estudantes que se declarem pretos ou pardos;

1 mencionam a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 65.810/1969, em que o item 1 do art. 1º, parte 1, descreve o que seja discriminação:

Nesta Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

A presença da isonomia bem como dos dispositivos referentes à educação como direito fundamental convergem para outro princípio consubstanciado no seu conjunto de valores éticos e sociais, que é a dignidade da pessoa humana. A política de cotas, sob esta esfera interpretativa, promove a justiça social e incide em uma dinâmica social brasileira marcada por desigualdades históricas. A discussão do Judiciário envolveu fatos que resvalam no sistema de cotas, como é o caso daqueles candidatos que concluem o ensino médio em supletivo em escola pública ou aqueles oriundos do ENEM.

O que se pode extrair desses julgados? O princípio da igualdade e sua concretização permitem a efetivação dos direitos fundamentais e funciona como estrutura para a democracia. Isso porque deve ser assegurada a todos os cidadãos a igualdade e o afastamento das exclusões sociais. Por isso, os critérios adotados pelas universidades públicas para caracterizar o cotista devem ser razoáveis, evitando a quebra da isonomia e incidência da desproporcionalidade¹⁷³.

Ademais, a interpretação da resolução nº 01/20014 deve ser de forma não gramatical e distante da realidade. Existem indivíduos que concluem o ensino fundamental e médio em supletivo em escola pública ou mesmo, na condição de bolsista integral, concluiu em escola privada, mas que não retira a hipossuficiência. A repercussão da isonomia pode ser observada ainda em algumas decisões no tocante

¹⁷³ BAYMA, Fátima. **Reflexões sobre a constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas no Brasil:** referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. In: Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, p. 325-346, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/23909.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014, p. 340.

ao bolsista integral em escola particular, em que alunos permaneceram mais tempo nessa condição do que outros. Neste sentido, deve haver uma discriminação em relação ao tempo de cada indivíduo que permaneceu nesta condição? Quem esteve mais tempo como bolsista não deve ter direito de ser cotista? São questões que a universidade deve participar para não fomentar segregações.

Estes questionamentos convergem para outro: a qualidade da instituição escolar pública. Mesmo que, inicialmente, seja um objeto indireto ao que está sendo abordado, ela se apresenta interligada diretamente às ações da universidade no estabelecimento da política de cotas e, por derradeiro, na produção de decisões judiciais. Para isso, abrem-se dois pólos de discussão: (a) a má-fé institucional; (b) a escola como valor simbólico.

Lorena Freitas¹⁷⁴, ao tratar do ensino no Brasil, sustenta a má-fé institucional. Os problemas com a educação pública afeta o seu objetivo de promover a cidadania, constatando a falha do dever de oferta de possibilidades aos jovens subirem na vida. A má-fé refere-se às articulações do micropoder nas esferas estatais a nível de planejamentos e decisões sobre alocação de recursos. Através de um percurso histórico da educação nacional, a autora afirma que, atualmente, o ensino fundamental encontra-se universalizado, porém ainda há altos índices de improdutividade nas escolas públicas, ocorrendo uma crise qualitativa, porque os alunos têm rendimento aquém do esperado, formando as bases dos altos índices de repetência.

Associa-se também o descaso do Estado com a população em detrimento de uma classe média crescente e legítima para exigir os suportes sociais. O bem-estar produziu um processo específico de socialização para certas classes, isto é, enquanto alguns detêm uma legitimidade de sujeitos “dignos”, a “ralé” (palavra utilizada pela pesquisadora):

A crueldade da má-fé institucional está em garantir a permanência da ralé na escola, sem isso significar, contudo, sua inclusão efetiva no mundo escolar, pois sua condição social e a própria instituição impedem a construção de uma relação afetiva positiva com o conhecimento.¹⁷⁵

¹⁷⁴ FREITAS, Lorena. A instituição do fracasso. In: SOUZA, Jesse. **Ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 294-301.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 301.

Mesmo adentrando numa escola não criada para eles (particular), não acompanharão o curso, formando uma massa de “indignos”¹⁷⁶ com dificuldades de socialização e exercício da cidadania. Vai-se além: pela precariedade do ensino, da concentração e da capacitação, o aluno não tem condições de acompanhar o preparo daqueles que freqüentam uma escola de qualidade, em que oferecerá maiores condições para aqueles indivíduos obter êxitos nos cursos universitários e profissões elitizadas. A leitura de Lorena Freitas depreende o questionamento das cotas, sua eficácia e redução das desigualdades sob o contexto da qualidade e formação do aluno no ensino fundamental e médio. Diante deste quadro é que a universidade, visando a promoção da dignidade do indivíduo e a igualdade através da reformulação de seus currículos sob o ponto de vista multicultural, pretende-se evitar discriminações e promover oportunidades para os alunos derivados de escolas públicas.

Por fim, a referida autora destaca outro elemento da dinâmica escolar que repercute na ontologia das ações afirmativas e conseqüentemente nas cotas, como é o caso do poder simbólico:

[...] é a própria instituição a grande responsável pela violência simbólica que parte dos professores dispensam aos seus alunos: é o seu funcionamento precário que acirra a violência que muitas vezes os primeiros direcionam aos segundos. Esse pertencimento de classe explica também a substituição do ressentimento pequeno-burguês pelo desinteresse e sentimento de impotência ou pelo envolvimento pessoal e engajamento político manifestados por muitos professores provenientes de frações de classe média, cuja maior estabilidade econômica não cria o ressentimento e o retraimento no ódio que muitas vezes o medo pré-reflexivo de ser confundido com a ralé gera nos pequeno-burgueses. E o que reina nas escolas públicas é um sentimento de impotência, mal-estar, desinteresse e desânimo coletivo, e os profissionais da educação não sabem o que fazer, pois, por mais que se esforcem, não conseguem lutar contra a força contrária que advém da própria instituição¹⁷⁷.

]

Mesmo com a visualização de lides no Poder Judiciário sobre as cotas em universidades públicas, a visualização de problemas no ensino fundamental e médio

¹⁷⁶ FREITAS, Lorena. A instituição do fracasso. In: SOUZA, Jesse. **Ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 298.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 300.

reverbera no ensino superior, pois o material humano, o indivíduo diferenciado que faz parte da discriminação positiva é reduzido a sua sorte, fomentando a violência simbólica do próprio sistema educacional. Por isso, a citada autora coloca a educação como instituição do fracasso.

Pierre Bourdieu, ao estabelecer que o sistema social (re)produz desigualdades, afirma que a população acredita no poder da educação como instrumento de ascensão social, pois o aumento do grau de estudo é diretamente proporcional à perspectiva econômica, ou seja, quanto maior for a instrução, maior será o sucesso do indivíduo em termos econômicos¹⁷⁸.

Na *práxis*, revela-se o contrário, pois a escola que tem o emblema de libertadora é um dos fatores mais eficazes de conservação social. Através do ensino perpetua-se a diferença de classes e exclusões sociais, tendo em vista que aqueles que tiveram mais condições para obter melhores resultados tem mais possibilidades de estarem nos lugares mais altos da pirâmide. A dinâmica social “[...] fornece a aparência de legitimidade às desigualdades sociais, e sanciona a herança cultural e o dom social tratado como dom natural”¹⁷⁹ e, ao lado da não produtividade, abrange um quadro de alunos pobres que não desejam ingressar no ensino superior, pois a sina dos mesmos é a labuta para a sua sobrevivência e de sua família.

A escola é um campo de lutas e formas cristalizadas, em que é difícil ou até mesmo impossível a promoção de mudanças, configurando, assim, a violência simbólica. Através de Bourdieu, verifica-se que os alunos de camadas mais baixas possuem mais dificuldades de adentrar na universidade, pois, quanto mais pobre e excluído, menores são as expectativas no mundo educacional¹⁸⁰. Diante destes aspectos, a universidade precisa assumir auto-reflexões na condução da política de cotas, tendo em vista que se busca a redução das desigualdades e a inserção das minorias, o que promover uma reconstrução da coletividade e do acesso a educação superior, bem como a rediscussão da cidadania.

¹⁷⁸ BOURDIEU, P. A escola conservadora: as desigualdades frente à escola e à cultura. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 2010^a, p. 41.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 41.

¹⁸⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 10.

3.4 A política de cotas para os cursos de pós- graduação em universidades públicas

Na análise do acervo do TJ-BA, consta a apelação em mandado de segurança nº 0000086-04.2010.8.05.0099, cuja ementa discorre sobre política de cotas no âmbito da pós-graduação, conforme o anexo C. Já no TRF-1, nenhuma decisão da mesma natureza foi encontrada:

Quadro 4 - Decisões do TJ-BA sobre a política de cotas para os cursos de pós-graduação em universidades públicas

DADOS DOS ACÓRDÃOS LOCALIZADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA	
TJ-BA	Apelação em Mandado de Segurança nº 0000086-04.2010.8.05.0099
TRF-1	Não encontrado acórdão sobre o assunto

Fonte: Sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1).Último acesso em 14/11/2014. Levantamento do autor.

A demanda originada no processo origina-se na exclusão do candidato apelado do curso de Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal a distancia da UNEB – Pólo de Ibotirama-Ba, em que, mesmo não sendo selecionado pelo critério das cotas, fora aprovado dentro do número de vagas disponíveis. O estudante apelado impetrou mandado de segurança, em que foi concedida a liminar determinando que a UNEB procedesse com o cadastro e matrícula do candidato aprovado, sendo confirmada a concessão no mérito. A Universidade, mesmo assim, interpôs o recurso de apelação, a qual foi negado provimento.

O TJ-BA fundamentou a decisão no sentido de, mesmo que o indivíduo não tenha preenchido os requisitos para a vaga dos cotistas, pela sua colocação fez jus à vaga pelo critério da livre concorrência, não sendo razoável que a Universidade apelante negue a matrícula ao apelado por inadequação da inscrição. Em outras palavras, o acórdão, sob referência jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em caso semelhante, sustenta que é descabida a negativa de matrícula pela

universidade pública que é aprovado no número de vagas pela livre concorrência, ainda que não seja pela via das cotas.

De um lado, deve ser analisado que o candidato pleiteante de vaga em universidade pública pela política de cotas é estabelecido previamente, no momento do ato, não podendo ser procedido após o êxito do vestibulando. Extrai-se do julgado a utilização da política de cotas no âmbito da pós-graduação em universidade pública, o que permite a entrada de indivíduos que não tenham acesso ao desenvolvimento e aperfeiçoamento após a graduação.

A decisão remete à incidência da política de cotas numa esfera educacional diferenciada. Ela traz os efeitos do ineditismo, pois a quase unanimidade das decisões apuradas versa sobre a reserva de vagas na graduação. Ainda assim, destaca-se a preocupação do Poder Judiciário com as ações afirmativas e suas conseqüências na sociedade. Os acórdãos são o espelho de como as cotas realizam o reposicionamento do espaço acadêmico das universidades públicas. Esta dinâmica, segundo José Jorge de Carvalho¹⁸¹, que começou no ambiente da graduação, tem o potencial para difundir-se em outros setores, como a pós-graduação, corpo docente e pesquisadores.

O exemplo ilustrado pelo autor é a pesquisa envolvendo a Universidade de São Paulo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Unicamp, Universidade de Brasília, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal de São Carlos e Universidade Federal de Minas Gerais, em que, num universo de 18.400 acadêmicos, maioria com título de doutorado, 18.330 são brancos, enquanto somente 70 são negros, sem presença de indígena.

O autor, na análise de sua amostra, identifica que o quadro dos professores, quase em sua totalidade é formado por pessoas autodeclaradas brancas que, em seu tempo de discente, teve poucos colegas negros no ensino fundamental e médio e menos ainda no ensino superior, pós-graduação, mestrado e doutorado, configurando num “confinamento acadêmico” elitizado. Através da decisão estudada, infere-se a importância do papel do Judiciário na extensão das ações afirmativas, sobretudo no âmbito da educação superior.

¹⁸¹ CARVALHO, José Jorge de. O confinamento racial do mundo acadêmico brasileiro. In **Revista usp**, São Paulo, n.68, p. 88-103, dezembro/fevereiro 2005-2006. Disponível em: < <http://www.usp.br/revistausp/68/08-jose-jorge.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014, p. 89-92.

3.5 A natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição em processo seletivo através das cotas

Qual a natureza da instituição escolar daquele que pleiteia a universidade pública pelas cotas? Há direito à reserva de vagas àqueles que, em face da precariedade do ensino público, estuda numa escola filantrópica? E as escolas que recebem benefícios públicos municipais e estaduais? Podem ser consideradas públicas, tendo em vista aos alunos que não possuem condições de arcar com o ensino privado? Qual o posicionamento dos tribunais? Eis as indagações a respeito deste tópico, em que algumas das decisões estão no anexo D. Foram encontradas três decisões do TJ-BA e quinze do TRF-1:

Quadro 5 - Decisões do TJ-BA e TRF-1 referente a natureza jurídica das instituições de ensino para fins de inscrição em processo seletivo através das cotas

ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJ-BA)	
TIPO DE RECURSO	NUMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
Apelação Cível	0001905-61.2010.805.0103 0008687-56.2010.8.05.0274 0001408-48.2012.8.05.0274
ACÓRDÃOS EMITIDOS PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF-1)	
TIPOS DE RECURSO	NÚMERO DOS PROCESSOS LOCALIZADOS
Apelação Cível	0016792-09.2010.4.01.3300; 0002289-85.2007.4.01.3300; 0005250-62.2008.4.01.3300; 0022287-10.2005.4.01.3300; 0008754-13.2007.4.01.3300; 0002358-49.2009.4.01.3300; 0005503-45.2011.4.01.3300; 0016193-36.2011.4.01.3300;

	0006859-80.2008.4.01.3300
Agravo Regimental	0030983-25.2011.4.01.3300; 0019603-68.2012.4.01.3300 0003122-35.2009.4.01.3300; 0006780-33.2010.4.01.3300 0012902-96.2009.4.01.3300; 0012800- 06.2011.4.01.3300

Fonte: Sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1).Último acesso em 14/11/2014. Levantamento do autor.

Na Apelação em mandado de segurança nº 0001905-61.2010.805.0103, a Apelada prestou vestibular para o curso de Bacharelado em Direito na UESC, em que optou pelo sistema de cotas. Ao ser aprovada, a candidata foi matricular-se, porém foi obstada pelo fato de não ter os requisitos exigidos pela Resolução nºv64/2006 do CONSEPE, parte integrante do Edital nº127/2009 do processo seletivo. Exige-se, para ser contemplado (a) pelas vagas destinadas aos cotistas, o candidato (a) ter cumprido o requisito de ter cursado todo o ensino médio e os últimos quatro anos do ensino fundamental em escola pública.

Só que o histórico escolar da aluna apelada informa que a 5ª série do Ensino Fundamental foi cursada na Cooperativa Educacional de Ilhéus – BA, instituição de natureza privada, o que inviabiliza qualquer concessão de vaga pelas cotas. Em face do ocorrido, foi impetrado mandado de segurança, em que o Juízo da Comarca de Ilhéus concedeu liminar para que a candidata fosse matriculada e, no mérito, foi concedido o mandado de segurança. A UESC interpôs o recurso de apelação para o TJ-BA, a qual reformou a decisão de primeiro grau, ou seja, denegou a segurança em desfavor da candidata apelada.

A fundamentação do acórdão consiste em três partes. Conforme a desembargadora relatora, o direito líquido e certo que enseja a impetração do mandado de segurança inexistente nas provas apresentadas pela apelada. Isso porque impera o princípio da legalidade e da autonomia universitária, em que há o critério da realização de ensino médio e parte do fundamental exclusivamente em escola pública, justamente para viabilizar que pessoas possam ter oportunidades de ingressar ao ensino superior e

que não tiveram chance de preparo para concorrer com os demais candidatos que tiveram melhor preparo em escolas particulares:

A decisão sustenta a eficácia do art. 3º da Constituição Federal de 1988, no tocante a redução das desigualdades e a proteção de direito de grupos étnicos e sociais marginalizados da sociedade e afastados do processo de progresso e desenvolvimento do país. Paralelamente, a permanência da aluna apelada pela via das cotas distancia os objetivos estabelecidos na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

Segunda parte: conforme entendimento jurisprudencial do Superior tribunal de Justiça- STJ, os critérios estabelecidos pela instituição universitária foram dentro da lei razoáveis e proporcionalidade, tendo como base a aplicação do princípio da legalidade e da veiculação ao edital. Logo, o Poder Judiciário não pode criar exceções subjetivas, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica. A terceira parte da fundamentação ressalta que, por mais que a candidata apelada tenha realizado a 5ª série em Cooperativa Educacional de Ilhéus, esta é de natureza privada, logo, equiparada com as escolas privadas, distanciando-se do quanto estabelecido pelo edital e violação do princípio da isonomia. Tanto é que a LDB cita apenas duas vezes a palavra “filantropia”, dando-lhe caráter de ensino privado, de acordo com o texto legal dos arts. 20, IV e 77, respectivamente:

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são constituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II - comunitárias, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; III - confessionais, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.(grifo nosso)

Art. 77. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que:

- I - comprovem finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto;
- II - apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- III - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades;
- IV - prestem contas ao Poder Público dos recursos recebidos.

Por fim, adotando o parecer da Procuradoria de Justiça com resguardo do entendimento do STJ, não se aplica a teoria do fato consumado, pois a ação foi proposta em 2010, não se encontrando a apelada em vias de conclusão do curso de Direito. A discussão conexa resume-se do fato da natureza jurídica das instituições de ensino fundamental e médio. Na demanda da apelação nº 0008687-56.2010.8.05.0274, a candidata apelada foi aprovada, no regime das cotas, no curso de Bacharelado em Direito na UESB.

A candidata foi obstada de matricular-se, pois não preencheu o requisito previsto no Edital do Processo Seletivo em consonância com a resolução do CONSEPE nº 037/2008, alterado pela Resolução CNSEPE nº 79/2009, isto é, por ter cursado da 5ª a 7ª séries do ensino fundamental em Escola Comunitária mantida pelo Poder Público. O juiz de primeiro grau concedeu a segurança, motivo pelo qual a UESB recorreu da decisão, em que foi negado provimento. O desembargador, em seus fundamentos, assinala que a instituição de ensino mantida pelo poder público e que ministra ensino gratuito é equiparada às instituições públicas de ensino para o fim de habilitação de seus alunos a concorrerem às vagas de graduação universitária pelo sistema de reservas de vagas. A exclusão da apelada foi arbitrária e desprovida de razoabilidade, pelo motivo de não atender a teleologia da política de cotas, a qual viabiliza a inclusão social por vias compensatórias do acesso de alunos hipossuficientes às cadeiras das universidades públicas. Afirma ainda a decisão que os tribunais mencionados reconhecem a equiparação das entidades educacionais de caráter filantrópico e assistencial às instituições de rede pública, ainda que sejam de natureza privada.

Ainda no sentido institucional, a apelação nº 0001408-48.2012.8.05.0274, tendo como recorrente a UESB, trata de decisão concedida em mandado de segurança em benefício do candidato apelado, em que ao mesmo fora negada a vaga pelas cotas no

curso de Bacharelado em Cinema e Áudio Visual – matutino. Informa o apelante que o apelado não cumpriu os requisitos da Resolução UESB/CONSEPE nº 60/2009 e 037/2008, ambas alteradas pelas Resoluções nº 21/2010 e 67/2010, isto é, o cumprimento dos anos cursados em escola pública.

Só que o apelado freqüentou o ensino fundamental em instituição conveniada com a Secretaria de Educação do Estado da Bahia (DIREC 03) – Alagoinhas, na CENEC – Companhia Nacional de Escolas da Comunidade, o qual foi admitido mediante processo seletivo e bolsa de estudo integral. Neste sentido, a instituição escolar, sendo mantida pelo ente federado tem natureza de escola pública, o que legitima que o apelado cumpriu o requisito estabelecido pelo regulamento do processo seletivo da UESB, isto é, a comprovação de parte de vida escolar em instituição pública.

Quais decisões do TRF-1 podem ser destacadas? Na apelação em mandando de segurança nº 0019172-10.2007.4.01.3300, o candidato apelado foi aprovado no vestibular de 2007 da UFBA para o curso de Engenharia Mecânica, porém foi obstado de realizar a matrícula, pois estudou todo o ensino fundamental e as 1ª e 2ª série do ensino médio na Fundação José Carvalho, entidade filantrópica, isto é, sem fins lucrativos, situado no município de Pojuca (Bahia). Tal instituição não atendia aos requisitos da resolução nº01/2004, em que não foi considerada como escola pública. Ainda assim, a liminar foi concedida em favor do estudante apelado determinando a realização da matrícula, sendo confirmada no mérito a concessão da segurança.

O recurso de apelação interposto pela UFBA não foi provido, ou seja, a sentença foi mantida em favor do candidato recorrido. Conforme o TRF-1, no julgamento do recurso, a entidade filantrópica em questão bem como outras, como a Fundação Bradesco, citada na decisão, são enquadradas como pessoas jurídicas de direito privado, de acordo com o art. 20, IV da LDB. Inclusive, não há disposição normativa que equipare as filantropias às escolas públicas. Nota-se, portanto, que o acórdão segue o entendimento do processo nº 0001905-61.2010.805.0103 do TJ-BA.

Ainda que os fundamentos da decisão estejam em desfavor do candidato apelado, o TRF-1, pela força da teoria do fato consumado, tendo em vista a força da liminar que garantiu o direito de matrícula ao estudante apelado e o tempo do processo,

aplicou-se a teoria do fato consumado por estar o estudante apelado na IES desde 31 de outubro de 2007.

Diferencia-se o caso acima a apelação nº 0005250-62.2008.4.01.3300. Nesta, Emilio Carneiro dos Santos, parte apelada, foi aprovado no vestibular da UFBA, no curso de Geologia, porém sua matrícula fora negada por não cumprir os requisitos do art. 3º, I, “a” da resolução nº 01/2004 do CONSEPE, qual seja, da comprovação do histórico em escola pública. No registro dos fatos do acórdão, consta que o estudante cursou da 5ª a 8ª séries no Colégio Estadual Abelardo Moreira, de caráter público, enquanto que o ensino médio em instituição privada – Centro Educacional Cenecista Luiz Rogério de Souza. Este colégio faz parte da Campanha Nacional de Escolas da Comunidade, considerada como de utilidade pública, devidamente regida por Decreto, em que há o convênio com a prefeitura para a oferta de escola gratuita a uma quantidade de quinhentos alunos de origem humilde no ensino fundamental e médio. Nota-se, pela presença do município, a possibilidade de crianças e adolescentes o acesso à educação. Neste passo, em face de receber subsídios do poder público, a natureza da prestação educacional coaduna com a política de cotas, pois permite a retirada de pessoas da segregação social, dando-lhes chances através da educação de galgar uma vaga na universidade pública.

Observa-se também a manifestação do estudado tribunal na apelação cível nº 0006859-80.2008.4.01.3300 trata de irresignação da UFBA pelos fato da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia ter concedido mandado de segurança em favor do apelado Enio de Lima Barreto, em que foi reconhecido o direito do mesmo de ingressar no curso de Engenharia de Minas da IES recorrente na condição de cotista. A discussão decorre do fato de que o estudante apelado cursou o ensino fundamental e médio no Centro Educacional e Assistencial Quijinguense – CEAQ, de natureza filantrópica (sem fins lucrativos). O voto do desembargador relator é que a referida instituição escolar era, naquele momento, mantida pelo erário, quais sejam, pelo Estado da Bahia e pelo município, equiparando o recorrido como aluno oriundo de escola pública, motivo pelo qual justifica e seu direito de pleitear o processo seletivo através das cotas. O apoio do poder público e o não pagamento de mensalidades

consolidam a condição de hipossuficiente, cumprindo o candidato apelado os requisitos para ser cotista.

Observa-se a interpenetração das ações afirmativas em diversas instituições que promovam a educação, desde que de acordo com a lei. A eficácia das cotas nas universidades públicas passa pela base política e jurídica, tendo como elementos essenciais instituições escolares com apoio dos entes federados para promover a educação para aqueles indivíduos desprovidos de ensino de qualidade não oferecidos pelo Estado.

3.6 Cotas e portadores de deficiência

Outra temática encontrada em decisões judiciais é sobre a inserção dos portadores de deficiência como tutelados pelo sistema de cotas. Deste assunto, só foi encontrado um acórdão e tão somente no TJ-BA, não tendo nenhuma decisão do TRF-1 a respeito:

Quadro 6 - Decisões do TJ-BA sobre cotas e portadores de deficiência

DADOS DOS PROCESSOS LOCALIZADOS	
TJ-BA	Apelação em Mandado de Segurança nº 0002081-23.2010.8.05.0141 e Embargos de Declaração nº 0002081-23.2010.8.05.0141/50000
TRF-1	Nenhum acórdão foi encontrado

Fonte: Sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1). Último acesso em 14/11/2014. Levantamento do autor.

O candidato apelante impetrou mandado de segurança pleiteando vaga em instituição de ensino superior público no curso de Bacharelado em Odontologia pela via das cotas por ser portador de deficiência física. Em seus fundamentos, alegou que art. 28 do Decreto Lei nº 3.298/1999, o qual dispõe sobre o acesso de aluno naquela

condição especial, oriundos do ensino fundamental ou médio, de instituições públicas ou privadas à educação profissional, com o fim de promover oportunidades no mercado de trabalho.

Sustentou que os arts. 6º e 7º da Lei nº 7.853/89 versam acerca da inclusão dos portadores de deficiência na esfera governamental, especialmente no que tange à educação. Afirma também que a Lei nº 8.112/90, referente ao regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais prevê a reserva de vinte por cento das vagas em concurso público aos portadores de deficiência. Por fim, sustenta que não foram observadas a garantia de reserva de vaga no ensino superior para aos deficientes físicos, o que culmina na suposta violação constitucional da Resolução do CONSEPE de nº 037/2008, alterada pela resolução de nº 79/2009.

O Juízo de primeiro grau denegou a segurança, motivo pelo qual interpôs apelação para o TJ-BA. O recurso foi conhecido, porém, no mérito, negado provimento. A fundamentação segue a lógica de que o apelante deveria preencher os requisitos legais referentes às condições para ingresso no ensino superior pelas cotas. Ademais, o desembargador reator ressalta que a legislação pertinente é a da política de cotas, enquanto que a Lei nº 3.298/99 só tutela a garantia de acesso de indivíduos portadores de deficiência física à educação profissional e não ao ensino superior, como explicitado pelo Apelante. O relator afirma também que os arts. 6º e 7º da Lei nº 7.853/89 prevê o acesso à educação aos portadores de deficiência física, porém não explícita ou específica a obrigatoriedade quanto ao ensino superior.

Da mesma forma, a Lei nº 8.112/90 não pode ser indicativa para o pleito do apelante, visto que tal legislação reserva tão somente as vagas referentes ao concurso para o ingresso em cargo público e não em vaga em ensino superior. Por fim, orienta o julgador que, caso o apelante pleiteasse a vaga em universidade pública pelas cotas, deveria cumprir os requisitos constantes em Resolução e no Edital do processo seletivo, isto é, a comprovação de, no mínimo, sete anos de estudos regulares no ensino da rede pública.

Diante da leitura e debate das decisões judiciais, considerações devem ser aventadas. A primeira é que a atuação do Poder Judiciário não se restringe à UFBA. No

TRF-1 foram localizados processos tendo como parte a Universidade Federal do Recôncavo (UFRB), como mencionado no capítulo dois. A presença de acórdãos neste particular representa que a universidade pública está cumprindo o seu papel no tocante às ações afirmativas, pois o fato principal e norteador da discussão judicial são as cotas. Mais do que a expansão das universidades federais é o cumprimento dos direitos sociais e a diminuição das exclusões e a eficácia material do princípio da igualdade:

O Poder Judiciário é o meio de controle dos atos das universidades públicas, evitando-se, assim, ilegalidade e abusos por parte da instituição. Da mesma forma, garante-se, através das decisões judiciais, a preservação dos objetivos da CF/88, dentre eles o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como o exercício da cidadania. Da mesma forma, a determinação judicial também é um dos meios para que a próprias universidades públicas revise as resoluções que instituem as cotas, aperfeiçoando as formas de acesso por indivíduos socialmente segregados.

A leitura dos acórdãos demonstra que há o cruzamento de dados raciais com os sócio-econômicos, de acordo com a realidade social de cada unidade da federação. Para isso, até em prol da igualdade, a política de cotas, para que possa atingir a sua eficácia e menos prejuízos, deve, conforme salienta Kabengele Munanga:

[...] em todas as universidades o critério é uma porcentagem para os negros, outra para os brancos e outra para os indígenas, todos provenientes da escola pública. Dessa forma, os critérios se cruzam: o étnico e o socioeconômico. Tudo depende da composição demográfica do estado. Em Roraima, por exemplo, sugeri que se destinasse um percentual maior para a população indígena, proporcional à demografia local.¹⁸²

A universidade não pode deixar de promover os direitos sociais ou deixá-lo de forma secundária. A consciência coletiva deve promover a discussão para minimizar as distorções sociais, bem como a participação dos atores sociais que estão inseridos no contexto da universidade, dentro e no entorno. Isso significa a participação democrática institucional sobre a sua tomada de decisões e seu destino para com a sociedade, o

¹⁸² MUNANGA, Kabengele. A educação colabora para a perpetuação do racismo. In: **Carta capital**. Publicado em: 30/12/2012. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/politica/a-educacao-colabora-para-a-perpetuacao-do-racismo>>. Acesso em: 14. nov. 2014, p. 1

multiculturalismo, a democracia e, sobretudo, a cidadania. As dificuldades podem ser encontradas nos direitos fundamentais, como afirma Mireille Delmas- Marty, pois a heterogeneidade do regime jurídico dos direitos fundamentais e a imprecisão de muitas das definições estabelece a complexidade da argumentação¹⁸³.

Jürgen Habermas, ao estabelecer o diálogo entre democracia e direito, afirma que o “[...] o procedimento democrático fundamenta e legitima o direito”¹⁸⁴. Para que a universidade cumpra a função social da política de cotas deve recuperar o sentido da democratização, universalização, o direito e a humanização. Destarte, não se pode pensar em universidade sem que a mesma cumpra os objetivos constitucionais, atenuando as desigualdades sociais e promoção da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, a instituição universitária deve se aproximar da coletividade e não apenas circunscrita ao seu redor, sendo um agente promovedor de qualificação dos indivíduos aos cursos superiores e o cumprimento das ações afirmativas.

Por fim, devem ser discutidos os meandros da fundamentação judicial sobre a política de cotas. Esta deve ser vista além da mera declaração constitucional, mas analisada no âmbito da sua fundamentação, pois esta pode guardar, na sutileza da manifestação legal e da presença do intérprete, a permanência da discriminação e do *status quo*, mediante a pseudo-predominância dos direitos fundamentais. A política de cotas deve ser vista pelos tribunais de forma mais ampla e não no mero discurso de aplicação normativa, a qual exige, para produção concreta e efeitos sociais, a observação da democracia, dos movimentos sociais, do multiculturalismo e a identidade.¹⁸⁵

¹⁸³ DELMAS-MARTY, Mireille. A lei não tem mais todos os direitos. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 165.

¹⁸⁴ HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v.l. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 191.

¹⁸⁵ “ O conceito de identidade evoca sempre os conceitos de diversidade, isto é, de cidadania, raça, etnia, gênero, sexo, etc.. com os quais ele mantém relações ora dialéticas, ora excludentes, conceitos esses também envolvidos no processo de construção de uma educação democrática.” MUNANGA, kabengele. **Diversidade, identidade, etnicidade e cidadania**. 2012. disponível em: < <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/palestra-kabengele-diversidadeetnicidade-identidade-e-cidadania.pdf>>. acesso em: 19. nov. 2014, p. 6.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O levantamento e estudo dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre a política de cotas nas universidades públicas baianas possibilitam reflexões. Estas são constituídas com base em distintos fatores como as decisões judiciais; o fundamento; o discurso. O aspecto notável é que o Poder Judiciário proferiu acórdãos inéditos e históricos em relação ao acesso ao ensino superior. As fundamentações contidas naqueles documentos consolidaram a necessidade das ações afirmativas e da aplicação da reserva de vagas para grupos excluídos da distribuição e gozo de direitos fundamentais. Notam-se, a partir daí, construções práticas de tentativa de justiça social. A Constituição Federal e seus objetivos constantes no art. 3º e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana sustentaram a viabilidade jurídica da política de cotas, juntamente com as legislações pertinentes, tais como o Estatuto da Igualdade Racial e a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da constitucionalidade das cotas através da ADPF nº 186.

Saliente-se que, conforme buscou-se demonstrar na pesquisa, não se tratam de acórdãos sobre uma demanda simples, mas na quebra de paradigmas através de decisões do Poder Judiciário fundado em políticas públicas. Paralelamente, promove-se a busca de direitos para desigualar e fazer com que pessoas tenham a oportunidade de angariar direitos excluídos historicamente. Dois entes se destacam. Primeiramente a educação pelo seu caráter de formação humana e, segundo, o ensino superior e sua importância no atual contexto político e econômico, antes reduto exclusivo de uma elite brasileira branca e detentora do poder. Os acórdãos manifestam estes dois entes, confirmando o papel do Poder Judiciário na aplicação da lei.

A segunda reflexão é derivada da primeira. A leitura das decisões não origina apenas a determinação para que as instituições de ensino superior públicas cumpram a obrigação de matricular o candidato e permiti-lo frequentar o curso. Pelo novo momento vivido na realidade brasileira, os tribunais, mediante a apreciação da violação (ou não) dos direitos dos candidatos, regularam as condutas das instituições de ensino superior públicas na execução do sistema de cotas. A inaplicabilidade de resolução, a condição

da hipossuficiência de estudantes que cursaram o ensino médio em escolas privadas na condição de bolsista integral são exemplos que só surgiram com a prática da ação afirmativa, em que as ilegalidades foram anuladas pelo Judiciário. Este realiza o controle sobre as universidades, fazendo valer as normas constitucionais. As demandas judiciais sobre a política de cotas traçam os comportamentos a serem adotados ou não pelas instituições universitárias públicas, aperfeiçoando seus sistemas normativos internos, bem como a atuação social em favor das ações afirmativas, evitando-se, assim, atos gratuitos ou em desconformidade com o ordenamento jurídico.

A terceira reflexão resume-se no fundamento de que, por mais que sejam produzidas as decisões judiciais, o Poder Judiciário por si só não resguarda o fomento de uma sociedade justa. A desigualdade entre as escolas públicas e particulares no ensino fundamental e médio continuam, no que acarreta na permanência das distorções e exclusões de pessoas do acesso ao ensino superior público. Outros direitos sociais, de igual valor social e jurídico, devem ser concretizados para estabelecer a ponte de diálogo, sobretudo, entre o ensino médio e superior, como alimentação adequada, moradia, educação de qualidade, transporte público, entre outros.

Em outras palavras, o acesso à universidade não deve centrar-se somente nas cotas, mas estas serem o produto do diálogo entre direitos que ampliem e qualifiquem as ações afirmativas, sobretudo no âmbito da escola pública, a qual enfrenta problemas materiais e humanos para a promoção da sua qualidade. As decisões judiciais inspiram ações políticas do Estado para o melhor preparo dos estudantes e a exigência de concretização de outros direitos sociais que incidem diretamente na isonomia e na dignidade da pessoa humana. Isso remete à condição da universidade como um agente participativo da democracia na discussão de tais questões. Caso permaneça o quadro atual, as cotas serão atos isolados, enquanto que o Judiciário será apenas um órgão de resguardo de direitos.

A quarta reflexão reside na manutenção de uma ordem social. De um lado, por mais que os direitos fundamentais sejam mencionados pelos acórdãos, o ensino anterior ao superior apresenta as mesmas mazelas, o que torna o Judiciário como paliativo para a concretização dos direitos fundamentais. O discurso destas normas, apesar dos seus efeitos para todos, é limitado para atender os interesses e os clamores

das massas. O Judiciário não pode avançar em ações que são adstritas ao Legislativo e ao Executivo. Reforça-se, portanto, a função da universidade de aproximar-se da coletividade.

Do mesmo modo, questões mais profundas não são enfrentadas, tanto pelos tribunais, quanto pelos poderes públicos. Mais do que o comando decisório competente, decidir sobre cotas e ações afirmativas envolve o necessário conhecimento sobre a democracia brasileira, os instrumentos de ação e reivindicação dos movimentos sociais dos grupos excluídos e, principalmente, da identidade, fator intersubjetivo que norteia o direito à diferença. O império do princípio da igualdade não revela a sutileza de que os postos de poder proclamam o discurso de uma discriminação neutra, tendo como pano de fundo de que os direitos fundamentais e à atuação dos tribunais são suficientes para promover a justiça social.

Diante da crise constitucional de efetividade de direitos e os registros de enfrentamentos sobre a consolidação da democracia põem em questionamento o exercício dos direitos fundamentais, bem como a utilização de interpretações que visam anular qualquer prática de instabilidade social, mantendo-se às vistas o cumprimento do poder público e a demonstração de efetividade do Judiciário, enquanto que a justiça distributiva é violada em pontos específicos que dão ensejo a sua prática social. Isto é, a fundamentação da decisão judicial que trata das cotas pode ocultar a manutenção ideológico-jurídica do poder de uma elite branca.

A decisão judicial sobre as cotas não é um fim, em razão da própria limitação do direito em adentrar em elementos significativos para a discussão pormenorizada das ações afirmativas na sociedade brasileira e o papel da universidade neste contexto. Porém, o instrumento judicial estudado é o meio para revelar interpretações do atual significado da universidade pública além do que é proclamado pela norma jurídica, isto é, identificar elementos discursivos que engendram a universidade como espaço de lutas e transformações sociais.

REFERÊNCIAS

ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

ALMEIDA FILHO, Naomar de; MELLO, Alex Fiúza; RIBEIRO, Renato Janine. **Por uma universidade socialmente relevante**. Disponível em: <
http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/cne_alexfiuza.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014.

ALMEIDA, Vanessa Severs de. **Educação em hanna arendt: entre o mundo deserto e o amor ao mundo**. São Paulo: Cortez, 2011.

ALMEIDA, Silvia Maria Leite de. **Acesso à educação superior no Brasil: uma cartografia da legislação de 1824 a 2003**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Revisão e apresentação de Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato da decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. 1989. Disponível em: <
<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd56/politica/ref.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BARRETO, Maria Raidalva Nery. **Políticas públicas para o acesso e permanência no ensino superior: o projeto Faz Universitário**. Salvador: Universidade do Estado da Bahia (UNEB), 2008.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Os avanços da proteção das minorias no Brasil. In: JUBILUT, Liliana et al (Coords). **Direito à diferença – vol. 3**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAYMA, Fátima. **Reflexões sobre a constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas**. In: Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, p.

325-346, abr./jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/23909.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Racismo e desigualdade racial no Brasil. In: DUARTE. E. C. P; BERTÚLIO, D. L. L; SILVA, P. V. B (Orgs). *Cotas raciais no ensino superior – entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. _____. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, P. A escola conservadora: as desigualdades frente à escola e à cultura. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 2010a .

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010d..

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação – Coleção Pequenos Passos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à educação**. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

_____. Ministério da Educação. **Igualdade e Autonomia**. Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior, Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2010. Disponível em: : <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 30. Jul. 2014

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1981.

_____. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 24 jul. 2014,

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5.ed., São Paulo: Atlas, 1981.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1981.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. In: BRASIL. **Constituições do Brasil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1981.

_____. Lei n. 11.096, de 13 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 n. 10.981, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 14 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Projeto de lei do Senado nº 213 (2003). Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado, do Sr. Paulo Paim, sobre a instituição do **Estatuto da Igualdade Racial**, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/paulopaim/pages/vida/publicacoes/texto/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf>. Acesso em: 19/11/2014.

CAGGIANO, Mônica Herman S. A educação como direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo; Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CARNEIRO, B. P. B; NOVAES, I. L. Regulação do ensino superior no contexto da contemporaneidade. In: NASCIMENTO, A. D.; HETKOWSKI, T. M. **Educação e contemporaneidade**. – pesquisas científicas e tecnológicas. Salvador: EDUFBA, 2009.

CARVALHO, José Jorge de. O confinamento racial do mundo acadêmico brasileiro. In **Revista usp**, São Paulo, n.68, p. 88-103, dezembro/fevereiro 2005-2006. Disponível em: < <http://www.usp.br/revistausp/68/08-jose-jorge.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional** – teoria do estado de da constituição/Direito constitucional positivo. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. et AL (orgs.). **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 16.

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

CHAUI, Marilena. **A universidade pública sob nova perspectiva**. 2003. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n24/n24a02.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2014..

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004..

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CUNHA, Luiz Antônio. Ensino superior e universidade no brasil. In: LOPES , E. M. T; FARIA FILHO, L. M; VEIGA, C. G (orgs.). **500 anos de educação no brasil**. 5. ed. Belo Horizonte; Autêntica, 2011.

DAFLON, Verônica Toste; FERES JR., João; CAMPOS, Luiz Augusto. **Cotas raciais no ensino superior público brasileiro**: um panorama analítico. Jan/Abr. 2013. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742013000100015&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jul. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2005

DELEUZE, Gilles. A ascensão do social. In: DONZELOT, Jaques. **A polícia das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. A lei não tem mais todos os direitos. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001

DIDIER JR; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, vol. 2**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 4. ed. São Paulo; Malheiros., 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006

DUARTE, Francisco Carlos. Justiça & decisão: teoria da decisão judicial – vol 1. Curitiba: Juruá, 2001

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas; Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERES JÚNIOR, João. **Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil**. Estudos Afro-Asiáticos, v. 29, p. 63-84, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência das prisões**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Junho/ set. 2011. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 nov. 2014

_____. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro, 2001.

GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e antirracismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

FREITAS, Lorena. A instituição do fracasso. In: SOUZA, Jesse. **Ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

- IENSUE, Geziela. **Política de cotas raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2009
- JAEGER, Werner. **Paidéia** – a formação do homem grego. Tradução: Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976
- KOWARICK, L. Os favoritos: a corrida rumo à universidade. In: **Ciência e Cultura**. São Paulo: 1976.
- LEIS, Héctor Ricardo. **Sobre o conceito de interdisciplinaridade** Ago. 2005. Disponível em: <
http://curso.ihmc.us/rid=1181318845890_1252767148_7539/CadPesIDCieHum_2005_73_1.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980
- MAGALHÃES, Camila; MONTENEGRO, Fernanda; RIGHETTI, Sabine. Ações afirmativas e cotas no ensino superior: uma reflexão sobre o debate recente. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo; Editora da Universidade de São Paulo, 2009.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmate action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2001.
- MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial**. 2004. Disponível em: <
<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a06v2588.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.
- MOREIRA, Adilson José. O mito da inocência branca no debate brasileiro sobre as ações afirmativas. In: JUBILUT *et al* (Coords.). **Direito a diferença** – Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005.

MUNANGA, Kabengele. “A educação colabora para a perpetuação do racismo”. In: **Revista carta capital**. Publicado em: 30/12/2012. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/politica/a-educacao-colabora-para-a-perpetuacao-do-racismo>>. Acesso em: 14. nov. 2014.

_____. **Diversidade, identidade, etnicidade e cidadania**. 2012. disponível em: < <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/palestra-kabengele-diversidadeetnicidade-identidade-e-cidadania.pdf>>. acesso em: 19. nov. 2014, p. 6.

NASCIMENTO, M. I. M. **O império e as primeiras tentativas de organização da educação nacional (1822-1889)**. 2013. Disponível em: < http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_imperial_intro.html>. Acesso em: 04/03/2014.

NOGUEIRA, André Magalhães. **Educação superior na assembléia nacional constituinte**: agenda de transição e debates da constituinte. Set. 2009. Disponível em: < http://www.databrasil.org.br/pdf_docs/Doctrab85.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2014

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oiveira. O formalismo –valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

ORIONE NETO. Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PAULA, Maria de Fátima de. **A formação universitária no Brasil**: concepções e influências. Fev. 2012. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-40772009000100005>. Acesso em: 04/03/2014.

PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: Julgando quem nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIMENTEL, Alessandra. **O método da análise documental**: seu uso numa pesquisa historiográfica. Nov. 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cp/n114/a08n114.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014, p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Sarava, 2006

_____. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. 2. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímolo Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. _____. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981

RIBEIRO JÚNIOR, João. **A formação pedagógica do professor de direito: conteúdos e alternativas metodológicas para a qualidade do ensino do direito**. 2. ed. Campinas: Papirus, 2003

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Hard-cases e leading –cases no direito à educação: o caso das cotas raciais. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: igualdade e discriminação no ensino**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010,

SANTOS, Fernando Seabra; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A quarta missão da universidade: internacionalização universitária na sociedade do conhecimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova**. Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. 2007. Disponível em: < http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Ensino jurídico; pesquisa e interdisciplinaridade**. In: OAB ensino jurídico: Novas diretrizes curriculares. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

SILVA, Franklin Leopoldo e . **Reflexões sobre o conceito e a função da universidade pública**. Maio/Ago. 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142001000200015&script=sci_arttext>. Acesso em: 04 mar. 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Salvador- Editora Podivm, 2011

STALLIVIERI, Luciane. **O sistema de ensino do Brasil** – características, tendências e perspectivas. Disponível em: <http://www.ucs.br/ucs/tplPadrao/tplCooperacaoCapa/cooperacao/assessoria/artigos/imprimir/sistema_ensino_superior.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**1(1):65-77 janeiro-junho 2009

TEIXEIRA, Anísio Spínola. **Educação para a Democracia**: introdução à administração educacional /Anísio Teixeira. Apresentação de Luiz Antônio Cunha, 2ª ed. / Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

TOMAZETTE, Marlon. **A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem**. Revista Direito e Práxis, vol. 03, n. 02, 2011. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Frevistaceaju%2Farticle%2Fdownload%2F1877%2F5049&ei=Nvc4U_W5HsbH0AHyv4GoAg&usg=AFQjCNFTCRLV2670UjJ9SXuqBiipjJE9Gg&sig2=Bf4j-3RM-xq0z4wft87MvQ&bvm=bv.63808443,d.dmQ>. Acesso em: 30 mar. 2014

TOSTES, N. N. G. **Judiciário e segurança jurídica**: a questão da súmula vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos direitos fundamentais da união européia**. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

ZOLLINGER, Márcia. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006..

ANEXO A

DECISÕES SOBRE CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS.

cesso n. 0032612-
71.2003.8.05.0001



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível

Processo : **Apelação n. 0032612-71.2003.8.05.0001**
Foro de Origem : Comarca do Salvador
Órgão Julgador : Quinta Câmara Cível
Apelante : Uneb - Universidade do Estado da Bahia
Apelado : Marcio Vinicius Brito da Silva
Advogado : Nalva Souza Sampaio (OAB: 4966/BA)
Proc^a. Justiça : Regina Maria da Silva Carrilho
Procurador : Eduardo Lessa Guimaraes
Proc^a. Justiça : Regina Maria da Silva Carrilho
Relator : José Edivaldo Rocha Rotondano

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO (VESTIBULAR). UNIVERSIDADE ESTADUAL DA BAHIA (UNEB). ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. RESERVA DE VAGAS ÉTNICO-RACIAIS. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS. SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE FREQUÊNCIA E GRADUAÇÃO. SUSPENSÃO DA SEGURANÇA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO REFORMADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A matéria debatida nos autos já fora objeto de discussão de constitucionalidade em esfera federal, perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADI 3197/RJ e da ADPF nº 186/DF, esta, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, donde se concluiu pela improcedência do pedido elaborado na ação de descumprimento de preceito fundamental, com vistas a não se entender violado o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal.

Inaplicável, na espécie, a teoria do fato consumado, diante da suspensão da segurança deferida pela Presidência deste Tribunal de Justiça (fls. 232/234), cuja decisão fora mantida em sede de reconsideração formulada pelo apelado.

Nesse contexto, para além da inexistência de direito líquido e certo do impetrante no mérito da questão envolvendo reserva de vagas em universidade pública, não se obteve a comprovação de que a tutela deferida liminarmente pelo Juízo de 1º grau logrou efeito, para fins de matrícula e futura graduação.

Processo n. 0032612-
71.2003.8.05.0001



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível

Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 0032612-71.2003.805.0001, de Salvador/BA, em que figura como apelante a UNEB – UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA, e apelado, MÁRCIO VINICIUS BRITO DA SILVA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao recurso, pelas razões alinhadas no voto do relator.

Salvador/BA, ___ de _____ de 2012.

Presidente

José Edivaldo Rocha Rotondano
Relator

Procurador(a) de Justiça



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Cível

Processo : **Apelação n. 0032612-71.2003.8.05.0001**
 Foro de Origem : Comarca do Salvador
 Órgão Julgador : Quinta Câmara Cível
 Apelante : Uneb - Universidade do Estado da Bahia
 Apelado : Marcio Vinicius Brito da Silva
 Advogado : Nalva Souza Sampaio (OAB: 4966/BA)
 Proc^a. Justiça : Regina Maria da Silva Carrilho
 Procurador : Eduardo Lessa Guimaraes
 Proc^a. Justiça : Regina Maria da Silva Carrilho
 Relator : José Edivaldo Rocha Rotondano

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação cível interposta pela UNEB – UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA, em face da sentença de fls. 219/223, que concedeu a segurança pleiteada, presumindo que *“o impetrante já tenha concluído o curso, devido ao lapso temporal”*.

Em suas razões (fls. 225/229), a apelante sustentou que a pretensão mandamental centra-se em alegação genérica de violação ao princípio da igualdade e que, ao revés, a resolução do CONSU (Conselho Universitário) reveste-se de todos os requisitos de validade e busca atender ao preenchimento de vagas, segundo as necessidades regionais.

Aduziu a impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado, notadamente em razão da suspensão dos efeitos da liminar, por determinação deste Tribunal de Justiça.

Ademais, alegou que a concessão da segurança demonstra afronta à autonomia universitária, e encerrou requerendo o provimento do apelo, com a reforma da sentença recorrida.

O apelado apresentou petição à fl. 237, *“declinando da faculdade de se manifestar sobre o recurso interposto pelo impetrado, por não ter mais razões além das já apresentadas na v. Sentença proferida”*.

Processo n. 0032612-71.2003.8.05.0001



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível

Apesar de intimadas, as autoridades impetradas não se manifestaram (certidão de fls. 254).

A Douta Procuradoria de Justiça apresentou opinativo de fls. 259/277, manifestando-se pelo provimento do recurso.

Distribuídos os autos, vieram-me conclusos para análise, elaborando-se o relatório e estando o feito em condição de julgamento, pedi sua inclusão em pauta.

Salvador, 19 de dezembro de 2012.

José Edivaldo Rocha Rotondano
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Cível

Processo : **Apelação n. 0032612-71.2003.8.05.0001**
 Foro de Origem : Comarca do Salvador
 Órgão Julgador : Quinta Câmara Cível
 Apelante : Uneb - Universidade do Estado da Bahia
 Apelado : Marcio Vinicius Brito da Silva
 Advogado : Nalva Souza Sampaio (OAB: 4966/BA)
 Proc^a. Justiça : Regina Maria da Silva Carrilho
 Procurador : Eduardo Lessa Guimaraes
 Proc^a. Justiça : Regina Maria da Silva Carrilho
 Relator : José Edivaldo Rocha Rotondano

VOTO

1- Requisitos de admissibilidade:

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

2- Mérito:

Cuidam os autos originários de mandado de segurança impetrado por Márcio Vinícius Brito da Silva, em 19/03/2003, contra ato da reitora da UNEB – Universidade do Estado da Bahia e da Presidente da Comissão Permanente de Vestibular (COPEVE), ao fundamento de haver sido indevidamente excluído da relação de aprovados no processo seletivo 2003, para o curso de Direito – Campus III – Juazeiro.

Na esteira desse entendimento, o impetrante / apelado, afirmou ter havido preterição, uma vez que obtivera a 49ª classificação, dentre 50 vagas oferecidas e, apesar disso, houve favorecimento de *“outro candidato, de média inferior e classificação superior a sua, em face do estabelecimento da quota de 40% das vagas oferecidas para a população afro-descendente que tenha cursado as três séries do ensino médio na rede pública sediada no Estado da Bahia, de acordo com a Resolução nº 196/2002, publicada no DOE em 25/07/2002”* (fl. 04).

Considerando essa resolução, o impetrante sustentou sua inconstitucionalidade, por entender

Processo n. 0032612-
71.2003.8.05.0001



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível

violado o princípio da isonomia constitucionalmente consagrado.

A esse respeito, cumpre registrar que, conquanto a apreciação de constitucionalidade, ou não, de lei estadual e ato normativo do Poder Público, seja de competência plenária deste E. Tribunal de Justiça da Bahia, não se vislumbra, na hipótese em tela, a necessidade de remessa dos autos ao Tribunal Pleno.

Com efeito, a matéria debatida nos autos já fora objeto de discussão de constitucionalidade em esfera federal, perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADI 3197/RJ e da ADPF nº 186/DF, esta, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, donde se concluiu pela improcedência do pedido elaborado na ação de descumprimento de preceito fundamental, com vistas a não se entender violado o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal.

Assim, amparando-se em conceitos de justiça distributiva ou compensatória, a Corte Suprema sedimentou posição acerca da possibilidade de reserva de vagas em universidades públicas com base em critérios étnico-raciais, externando, desta forma, ações afirmativas de promoção da igualdade material e justiça social.

A partir desse julgamento, ter-se-ia por superada a discussão travada nos autos, em derredor de ilegítima preterição do impetrante em face da reserva de vagas para afrodescendentes na UNEB.

Entretanto, a sentença recorrida apresenta seu fundamento na teoria do fato consumado, presumindo que, dado o lapso temporal (a ação mandamental fora impetrada em 2003), o impetrante já teria concluído o curso de Direito, para o qual obtivera, liminarmente, o direito de se matricular.

Com a devida vênia ao entendimento manifestado pela MM Juíza de Direito, a prestação jurisdicional não pode estar respaldada em presunção, sob pena de, além de não se analisar, de fato, a pretensão debatida na lide, gerar situação de insegurança jurídica, com lastro na _____

Processo n. 0032612-
71.2003.8.05.0001



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível

efetividade, ou não, do comando sentencial.

Essa circunstância avulta no caso concreto, diante da informação trazida aos autos pela recorrente no que pertine à suspensão da segurança deferida pela Presidência deste Tribunal de Justiça e cuja decisão, em cópia, encontra-se acostada às fls. 230/235.

Diante da incerteza quanto à conclusão, ou não, do Curso de Direito, determinou-se à fl. 306, que o apelado informasse – e comprovasse, haver cursado a faculdade, bem como sua graduação. O prazo concedido, entretanto, transcorreu *in albis*, consoante certificado à fl. 307. Nesse contexto, para além da inexistência de direito líquido e certo do impetrante no mérito da questão envolvendo reserva de vagas em universidade pública, não se obteve a comprovação de que a tutela deferida liminarmente pelo Juízo de 1º grau logrou efeito para fins de matrícula e futura graduação do interessado.

Ao revés, a juntada de decisão suspensiva da segurança (fls. 232/234) é indício bastante de que não se consumou o direito pretendido pelo apelado, mormente quando se considera que o pleito de reconsideração por ele formulado, fora indeferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia (fls. 230/231).

Conclusão:

Nessas condições, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso, reformando-se integralmente a sentença recorrida, para denegar a segurança pleiteada.

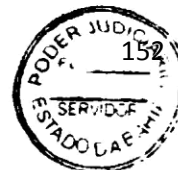
Salvador/BA, ___ de _____ de 2012.

José Edivaldo Rocha Rotondano
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

Livro nº 12
Fis 217



SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PRIVADO
AÇÃO RESCISÓRIA Nº 35122-9/2006
ORIGEM: COMARCA DE SALVADOR
AUTOR: IVANILDE DONATÍLIO DO REGO
ADVOGADO: IGOR SAULO FERREIRA ROCHA ASSUNÇÃO
RÉU: DIRETORA DO CAMPUS X – UNEB – UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR JURÍDICO: EDUARDO LESSA GUIMARÃES
RELATORA: DESA. SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF

AÇÃO RESCISÓRIA. ADMISSÃO EM UNIVERSIDADE. EXIGÊNCIA DE CURSO E CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO NO ESTADO DA BAHIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PROCEDÊNCIA.

Viola o princípio constitucional da igualdade limitar o acesso à vaga em universidade, no sistema de cotas, àqueles que tenham cursado o ensino médio no Estado da Bahia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Rescisória nº. 35122-9/2006, sendo autor **IVANILDE DONATÍLIO DO REGO** e réu **DIRETORA DO CAMPUS X – UNEB – UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores, componentes da Seção Cível de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, conhecer e julgar procedente a ação rescisória, pelas razões ora esposadas.

Inicialmente, examino as preliminares suscitadas em sede de contestação.

A primeira, relativa à sucessão de pleitos rescisórios sob idênticos fundamentos, deve ser rechaçada. A presente ação, em verdade, busca rescindir acórdão proferido em remessa necessária que reformou a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

Ação Rescisória nº 35122-9/2009

Livro nº	17
Fls. 2	218



sentença, favorável à autora, em ação mandamental. Rejeita-se a preliminar.

A seguinte, em face da ausência de peça essencial à propositura da ação, de igual modo, não prospera, tendo em vista que a certidão de trânsito em julgado se encontra nos autos (fl. 37). Preliminar, igualmente, rejeitada.

A prefacial de extinção do processo, sem resolução do mérito, suscitada pela douta Procuradoria de Justiça (fls. 91/100), pela falta de documento fundamental à perfeita compreensão da causa, se confunde com o mérito e com ele deve ser analisado.

No mérito, tem-se que a questão dos autos é de direito e de fatos que independem de produção de provas em audiência. É que as provas documentais que estão nos autos possibilitam que a lide seja julgada antecipadamente, como dispõe o art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Como observo, a autora se insurge contra o entendimento de que o candidato à vaga na UNEB, para que concorresse à vaga de afrodescendente tivesse cursado todo o ensino médio no Estado da Bahia, como exigido pelo Termo de Reti-Ratificação que alterou a Resolução CONSU nº 196/2002 (fls. 19/20).

Por oportuno, quero examinar o cabimento do manejo de ação rescisória por violação a princípio.

Como se sabe, o termo “lei”, na hipótese do artigo 485, V, do Código de Processo Civil, para a admissão de ação rescisória, tem sido interpretado de forma abrangente, por violação a lei nacional ou estrangeira, constitucional ou infraconstitucional, medidas provisórias, decretos e qualquer outro ato com conteúdo normativo.

Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira, em Comentário ao Código de Processo Civil, 13ª edição, Forense, 2006, v. 5, p. 131, leciona que: *“Texto e norma são inconfundíveis. Há texto sem norma, bem como há norma sem texto. A norma é o produto da interpretação do sistema normativo.”*

Al



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

Livro nº	12
Fis	219



A doutrina moderna, a exemplo de J. J. Gomes Canotilho, Robert Alexy e Humberto Ávila, confere aos princípios o status de norma jurídica, dotados da máxima efetividade para a concretização dos direitos fundamentais.

Diante disso, tem se admitido a violação a princípio jurídico como fundamento autônomo para a propositura da ação rescisória. Neste sentido é a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro cunha, in Curso de Direito Processual Civil, v.3. 5ª ed., Juspodivm, 2008, p. 378:

Não há mais dúvida de que os princípios são enunciados normativos com força vinculativa. São normas. Compõem, pois, o ordenamento jurídico. A violação de uma dessas normas permite, pois, a rescisão de decisão judicial que viola norma princípio.

Há, inclusive, precedente do Superior Tribunal Justiça admitindo ação rescisória por violação a princípio, in verbis:

Processual Civil. Ação rescisória. Cabimento. Correção monetária. Termo a quo. Incidência a partir da data em que foi procedido o indevido expurgo do índice inflacionário do mês de janeiro do ano de 1989. IPC. Plano verão. Lei n. 6.899/91. Princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem justa causa. Art. 485, inciso V, do CPC.

- A expressão "violar literal disposição de lei", contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito.

- A adoção de critério de correção monetária deve observar, como termo inicial, a data em que o índice oficial foi expurgado, indevidamente, qual seja, no caso concreto, o IPC, a partir do mês de janeiro do ano de 1989, e, assim, recompor o patrimônio do poupador.

A1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

Livro nº	<u>19</u>
Fis	<u>220</u>



(REsp 329267/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2002, DJ 14/10/2002 p. 225)

No caso, a exigência de que o aluno tenha cursado o ensino médio no Estado da Bahia, para concorrer à vaga reservada a afrodescendente, prevista naquela resolução, viola o princípio da igualdade previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal, admitindo-se o manejo da ação rescisória, para proteger a integridade do ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de questionamento a execução de política de ação afirmativa.

Ações afirmativas são medidas especiais, tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais, étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Tais ações tornam-se eficazes nos campos social, econômico, cultural e outros, como medidas especiais e concretas para assegurar o convívio, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos sociais, raciais ou étnicos como objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Em se tratando de políticas de consagração, no plano material, do princípio da igualdade, ou seja, do uso de instrumento normativo que, gerando uma desigualdade formal, venha a equalizar situação de desigualdade presente na sociedade, toda a discussão acerca da validade da referida política passa pelo exame dos parâmetros equalizadores e a natureza da diferença.

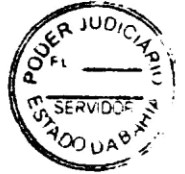
No caso nacional, foram eleitos, de forma sistemática, os parâmetros racial – afrodescendência, e social – discência, em nível

A1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

Livro nº	17
Fis	931



médio, em escola pública como parâmetros de discriminação formal.

Tais parâmetros, já suficientemente examinados pela doutrina e jurisprudência, restaram consagrados como válidos, pois aptos a corrigir a desigualdade histórica no tocante ao acesso ao ensino público em nível superior, bem como guardam relação com a natureza da diferença tida como inaceitável – baseada na percepção de raça e posição sócio-econômica.

O mesmo não se pode dizer quanto ao que concerne à eleição da base geográfica na qual o candidato à discência cursou seu ensino médio como parâmetro discriminatório. Ou seja, o fato de ter o candidato cursado o ensino médio no Estado da Bahia, em desfavor daquele que o tenha cursado em outro Estado da Federação.

Observa-se no caso em exame que o parâmetro invocado não guarda relação lógica com o fator gerador de desigualdade. Em que pese sejam aceitos a raça e a condição sócio econômica como fatores que, historicamente, motivaram a construção de estruturas que reforçavam a desigualdade, não há que se dizer o mesmo em relação à origem da pessoa objeto de discriminação.

Discriminar a pessoa em razão do local onde a mesma concluiu o ensino médio não é fator que gere equalização de diferentes. Em verdade, desiguala pessoas que se encontram em situação efetivamente iguais, criando uma relação de privilégio, em favor dos baianos, em detrimento dos demais cidadãos, oriundos de outros Estados da Federação, criando privilégio, não abraçado por lei e, mais que isso, estranho à nossa ordem constitucional.

Forçoso reconhecer, portanto, que houve ofensa ao princípio da igualdade, com indiscutível prejuízo para o autor, sendo, por isso, claro o direito da parte autora para ingressar, como membro do corpo discente da Universidade do Estado da Bahia, sem a necessidade de se submeter ao requisito geográfico eleito como fator discriminante pela referida instituição de ensino.

Pelo exposto, o voto é no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, julgar procedente a Ação Rescisória para

A1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

Livro nº	<u>12</u>
Fis	<u>112</u>



Condena-se a Ré a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Expeça-se em favor da Autora o alvará de levantamento do depósito prévio do art. 488, II, do CPC.

Sala de Sessões, 26 de novembro de 2009.

Silvia Carneiro Santos Zarif
SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF
PRESIDENTE/RELATORA

[Signature]
PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA



PODER JUDICIÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.35.00.019412-6/GO

RELATOR(A) : DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO
 RELATOR(A) : JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO
 (CONV.)
 (Resolução 600-022 PRESI)
 APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADOR : FABIO GEORGE CRUZ DA NOBREGA
 APELADO : UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS - UFG
 PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI

E M E N T A

CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RESERVA DE VAGAS (COTAS) PARA ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF ART. 127). PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS. MÉRITO ACADÊMICO E ISONOMIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES.

1. O pedido de reserva de vagas nos cursos oferecidos por instituições públicas de ensino superior envolve direito individual homogêneo, com nítido conteúdo de interesse social.
2. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa do direito dos alunos egressos das escolas públicas à reserva de percentual da totalidade das vagas previstas no exame vestibular da Instituição de Ensino Superior (CF, art. 127 e art. 6º, VII da LC 75/93).
3. O Poder Judiciário deve assegurar um patamar mínimo de concretização a valores que afirmem o exercício da cidadania - tal como o acesso à educação superior - quando o processo administrativo-político ainda não foi capaz de efetiva-lo. No caso dos autos, tal atuação legítima e exige a adoção de mecanismos capazes de reduzir o vácuo de oportunidades que distanciam e matizam as classes que compõem a paisagem social brasileira.
4. O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente nos artigos 6º, 205, 206 e 208 da Constituição Federal e o artigo 3º, incisos VI e IX, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dispõe que o ensino será ministrado com base nos princípios de igualdade de condições para acesso e permanência na escola.
5. Não há dúvidas que existe uma séria de desigualdade imposta pela diferença de qualidade do processo educacional oferecido pelas escolas públicas e aquele

ofertado pelas escolas particulares. Embora a Constituição preveja oportunidades iguais para todos os cidadãos, a grande maioria dos estudantes que concluem o ensino médio em escolas públicas, por fatores sociais e econômicos, não reúne as mesmas armas para enfrentar com êxito os concorridos vestibulares das instituições públicas de ensino superior, o que, de outra parte, acaba por neutralizar o valor da gratuidade como mecanismo de inclusão social.

6. Nesse sentido, deve prevalecer uma compreensão do princípio da isonomia segundo a visão aristotélica, informado por um juízo de prudência: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A igualdade somente pode ser cotejada entre pessoas que estejam em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica e social, que influem na capacidade dos candidatos para disputar vagas nas universidades públicas.

7. Nesse contexto, em política pública, uma desigualdade de oportunidade será permitida se beneficiar os menos favorecidos. Os bens sociais primários – tais como o acesso a uma educação de qualidade – podem, e devem, ser distribuídos de maneira desigual quando os benefícios alcançados se destinam aos menos favorecidos.

8. Tais considerações permitem concluir que se impõe na hipótese uma ação afirmativa (discriminação positiva), ou seja, a necessidade de diferenciação jurídica de tratamento aos alunos egressos da rede de ensino pública que pretendam ingressar em uma universidade pública.

9. A adoção de cotas constitui um mecanismo excepcional de municiamento a determinados setores, objetivando proporcionar-lhes a igualdade de condições e oportunidades prevista na Constituição Federal.

10. Trata-se de aplicação do direito inclusivo, impondo que o interesse particular não possa prevalecer sobre uma medida de política pública que tem por escopo garantir o amplo acesso dos menos favorecidos ao ensino superior. O direito à inclusão não aceita o sacrifício de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular. Na compreensão da Constituição Federal, adota-se uma hermenêutica inclusiva que efetive os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

11. O Judiciário deve garantir um patamar mínimo de acesso ao ensino superior público para alunos oriundos do ensino fundamental e médio da rede pública, como forma de concretizar a igualdade material perseguida no plano constitucional. Definir essa plataforma mínima é tarefa das mais complexas. Muito já se debateu, tendo sido concebidos programas contemplando diversas porcentagens, sem que, todavia, se chegasse a um consenso. Entendo que o Judiciário deva fixar esse mínimo em 10% das vagas, ficando uma reserva maior a critério e dentro da autonomia de cada Instituição de Ensino Superior.

12. Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença e julgar procedente, em parte o pedido, assegurando aos alunos egressos de escolas da rede pública o percentual de 10% das vagas previstas no vestibular da Universidade Federal de Goiás.

13. Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença e julgar procedente em parte o pedido.

A C Ó R D Ã O

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.
Brasília, 24 de agosto de 2009.

Juiz Federal CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO
Relator (Convocado)

V O T O

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO (CONVOCADO):

A apelação merece parcial provimento.

PRELIMINARES

A) DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O artigo 127 da CF/88 dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais. No mesmo sentido, a Lei 8.625/93, em seu artigo 25, inciso IV, b, estabelece que cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses coletivos e dos interesses individuais indisponíveis (art. 127, caput, e 129, III, da CF/88), bem como a defesa dos interesses individuais homogêneos indisponíveis, mediante ação civil pública.

Defende a recorrida que a hipótese não justifica a atuação do parquet, ao argumento de que não há interesse coletivo. Tal argumento não merece acolhida.

A pretensão deduzida na presente ação relaciona-se com a democratização do ensino, em especial nas instituições de ensino superior.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente adotado o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para demandar em ação civil pública visando à tutela de direitos individuais homogêneos, socialmente relevantes, inclusive quanto ao direito à educação.

Destaco dentre muitos o seguinte julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a

eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. Legitimatío ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

.....

21. Recurso especial provido.

(REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2006, DJ 03.04.2006 p. 256)

B) DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A preliminar sustentada de impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que o ordenamento jurídico não abrigaria a pretensão ministerial se confunde com o próprio mérito e com ele será apreciada.

MÉRITO

No mérito, entendo que a apelação merece parcial provimento.

O polêmico tema do sistema de cotas envolve profundas indagações de ordem jurídica, social e política, suscetível da adoção de posicionamentos diversos, todos amplamente razoáveis e, na mesma medida, respeitáveis.

Sem embargo das opiniões em contrário, estou certo de que a concretização do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal legitima e exige a adoção de mecanismos capazes de reduzir o vácuo de oportunidades que separa as classes sociais que compõem o estado brasileiro.

A Constituição Federal prescreve que todos são iguais. Tal disposição constitucional registra e confirma um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro, impondo ao legislador e ao aplicador da norma a estrita obediência ao cânone constitucional que impede o tratamento desigual as pessoas.

A aplicação do princípio da isonomia, segundo essa lógica, não oferece maiores dificuldades quando se está diante de situação de igualdade entre aqueles sobre os quais a norma produz eficácia. A

igualdade formal soluciona adequadamente os conflitos surgidos em tal sistema.

Tal, entretanto, não ocorre quando o ordenamento jurídico recai sobre indivíduos que se encontram em situação fática diversa. Em tal sistema, exige-se uma compreensão do conteúdo jurídico da igualdade que foge do aspecto puramente formal.

Com efeito, a igualdade somente pode ser cotejada entre pessoas que estejam em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica e social, que influem na capacidade dos candidatos de atuar em determinada área.

Não há dúvidas que existe uma grave desigualdade imposta pela diferença de qualidade do processo educacional oferecido pelas escolas públicas e aquele ofertado pelas escolas particulares. Embora a Constituição preveja oportunidades iguais para todos os cidadãos, a grande maioria dos estudantes que concluem o ensino médio em escolas públicas não tem a mesma oportunidade de acesso ao ensino superior público de qualidade.

Diante de tal situação, propõe-se através da pretensão deduzida na presente ação civil pública que o sistema de cotas equalizaria a desigualdade imposta pela dificuldade de acesso dos alunos das escolas públicas (fundamental e médio) nos cursos da Universidade Federal de Goiás.

E atento à força normativa do princípio da igualdade, entendo que o pedido merece parcial provimento.

A idéia fundamental de Aristóteles continua a orientar a doutrina e a jurisprudência sobre o conteúdo do princípio da igualdade: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

O referido princípio deve ser compreendido segundo essa visão aristotélica, impondo um afastamento da igualdade meramente formal.

É fato também que os alunos que estudam em escolas públicas recebem uma formação de qualidade inferior, principalmente se comparada com a formação recebida pelos alunos que estudam em escolas particulares.

Nesse contexto, pode-se afirmar que no processo de seleção das universidades públicas os alunos que cursaram todo o ensino fundamental e médio na rede pública de ensino concorrem em desigualdade de condições com os demais concorrentes.

A concepção formal da isonomia consistente na proibição de privilégios pessoais não realiza a igualdade real. A igualdade substancial é um processo que só será levado a cabo com a alteração das oportunidades.

O princípio de igualdade material pode ser extraído de diversos dispositivos contidos na CF/88. Com efeito, os artigos 6º, 205, 206 e 208 da Constituição Federal prescrevem, *verbis*:

“Art. 6º 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.

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

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

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

(...)

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

(...)

VII - garantia de padrão de qualidade.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”

No mesmo sentido, os arts. 2.º, 3.º e 4.º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) informam:

“Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

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

(...)

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

(...)

IX - garantia de padrão de qualidade;

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”

É certo que a invocação pura e simples de que todos têm acesso ao ensino superior gratuito segundo seus talentos não altera a situação de injustiça para com jovens vocacionados, mas que não tiveram as mesmas oportunidades de ensino de qualidade na infância e adolescência.

A teoria da justiça de John Rawls apresenta diversas conseqüências que podem ser validamente utilizadas no presente caso. Rawls parte de uma concepção de justiça que se desenha e estrutura na seguinte proposta: todos os bens sociais primários, notadamente as oportunidades, devem ser distribuídos de maneira igual, a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos estes bens beneficie os menos favorecidos.

Veja-se que para Rawls tratar as pessoas como iguais não implica remover todas as desigualdades, mas apenas aquelas que trazem desvantagens para alguém. As desigualdades serão proibidas quando causarem uma diminuição dos bens sociais primários.¹⁸⁶

Assim, uma desigualdade de liberdade, oportunidade ou rendimento será permitida se beneficiar os menos favorecidos.

Tais considerações permitem concluir que todos esses fatores ensejam uma discriminação positiva ou ação afirmativa, ou seja, a necessidade de diferenciação jurídica de tratamento aos alunos egressos da rede de ensino pública que pretendam ingressar em uma instituição de ensino pública.

Dispõe o artigo 3º da Constituição que um dos objetivos da República é reduzir as desigualdades sociais. O legislador constituinte deseja conferir oportunidades a quem não as teve nem tem.

Por sua vez, a norma do inciso V do artigo 208 da Constituição, que prevê o mérito individual como garantia de acesso ao ensino superior, tem de ser interpretada de forma sistêmica com a norma do artigo 3º. De outro turno, a norma do inciso I do artigo 206 determina que o ensino será ministrado com base na igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

¹⁸⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Descumprindo o Estado com o princípio de igualdade de condições (igualdade material) com relação aos alunos pobres da escola pública do ensino básico, há que se promover uma desigualação positiva para o efeito de se conseguir a igualação jurídica real. O tema já foi apreciado pelo TRF da 1.^a Região:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ENSINO. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. INSTITUIÇÃO, POR RESOLUÇÃO, DE COTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS, EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Na medida em que a Administração está, pela própria Constituição, vinculada diretamente a outros princípios que não só o da legalidade, transparece não ser pela ausência de lei formal, salvo reserva constitucional específica (não bastando a reserva genérica do art. 5º, II), que deixará de realizar as competências que lhe são próprias.

2. Se a Constituição dá os fins, implicitamente oferece os meios, segundo o princípio dos poderes implícitos, concebido por Marshall. Os preceitos constitucionais fundamentais, incluídos os relativos aos direitos fundamentais sociais, têm eficácia direta e imediata. A constitucionalização da Administração "fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário" (Luís Roberto Barroso).

3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III, da Constituição). Nesse rumo, os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º). A Constituição, ao proteger os direitos decorrentes do regime e dos princípios, "evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos fundamentais do 'catálogo', bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema" (Ingo Wolfgang Sarlet).

4. É o caso da necessidade de discriminação positiva dos negros e índios, cuja desigualdade histórica é óbvia, dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição ao dedicar-lhes capítulos específicos. Não se trata de discriminar com base na raça. A raça é apenas um índice, assim

como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde (melhor seria dizer "que se estampa") atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato - a raça - que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado - a inferioridade social.

5. Nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra "injustiça" do ponto de vista individual é inevitável, devendo ser tolerada em função da finalidade social (e muitas vezes experimental) da política pública.

6. Apelação a que se nega provimento.

(AMS 2006.33.00.008424-9/BA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 17/05/2007, p.71)

CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RESERVA DE VAGAS (COTAS) PARA ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF ART. 127). LEGITIMIDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS. MÉRITO ACADÊMICO E ISONOMIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1.

17. Os atuais métodos de seleção de candidatos ao ensino superior público fazem com que o Estado favoreça os que têm em detrimento dos que não têm recursos.

18. O país não dispõe de recursos orçamentários para o ensino obrigatório (de qualidade ou não) dos sete aos quatorze anos e não há perspectiva alguma de se alterar a distribuição do orçamento para implementar a universalização do ensino de primeiro e segundo graus de qualidade.

19. As práticas institucionais dos órgãos do Estado permitem métodos excludentes. A má qualidade do sistema de educação prestada a grupos de crianças carentes não causa clamor público em virtude de ausência de cidadania simbólica (direito de ter direito) de que são acometidos certos segmentos da população.

20. O acesso exclusivo do aluno ao terceiro grau mediante o concurso vestibular é um instrumento que avalia a capacitação intelectual dos iguais. A ausência de outros critérios de avaliação que não o somatório de notas no referido exame produz a igualdade dos iguais.

21. A igualdade formal padece de limitações enquanto a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos obtenham um nivelamento de oportunidade. O princípio da igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida.

22. Descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva para o efeito de obter a igualação jurídica real.

23. A ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos. Assenta-se a ordem jurídica na consciência de que não será eficaz sem o concurso da vontade. As normas programáticas adquirem vigência por meio de atos da vontade humana.

24. "Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas - isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito". (Joaquim B. B. Barbosa. Ação

Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade. Rio, Renovar, 2001, p. 40-A.)

25.....

28. Apelações das rés improvidas.

29. Remessa parcialmente provida.

(AC 1999.38.00.036330-8/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ de 19/04/2007, p.47)

Dessa forma, a adoção de cotas, ainda que não constitua consenso, não pode ser reputada ilegítima. A igualdade de condições pressupõe igualdade de oportunidades, que por sua vez, demanda a utilização de meios excepcionais de auxílio a determinados setores objetivando proporcionar-lhes a igualdade prevista na Constituição Federal.

Se o objetivo da Constituição é buscar a igualdade sem qualquer distinção, não se pode considerar inconstitucional uma medida que tem por objetivo oportunizar ao menos favorecidos o acesso à educação, único meio que possibilita o crescimento da pessoa e do país.

No mesmo sentido manifestou-se o TRF da 4.^a Região:

ADMINISTRATIVO. EXAME VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS RACIAIS E SOCIAIS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

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.

O artigo 207 da Constituição Federal consagra a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades, sendo lícito, portanto, à recorrida estabelecer sistema de cotas para as vagas oferecidas à seleção de candidatos como lhe aprouver, desde que não afronte, como não está a afrontar no caso em tela, nenhuma outra regra matriz da Constituição.

Ademais, com relação à alegação de violação ao princípio da isonomia, cabe esclarecer que a igualdade somente pode ser cotejada entre pessoas que estejam em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica e social, que influem na capacidade dos candidatos para disputar vagas nas

universidades públicas. Assim, não se há de reconhecer quebra de igualdade no ato administrativo realizado pela parte apelada.

O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular. (AC Nº 2005.70.00.003167-7/PR, Relatora : Juíza Vânia Hack De Almeida,

Ao proteger os direitos decorrentes do regime e dos princípios, a Constituição evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via da interpretação, a partir dos princípios fundamentais da CF/88. É o caso da necessidade de discriminação positiva dos alunos pobres, oriundos de escolas públicas.

Além dessas considerações, vale a pena acrescentar que se comparado à população em idade universitária, o sistema de ensino superior brasileiro é pequeno para atender à demanda. A educação superior brasileira tem problemas quanto ao aspecto da oferta de vagas e quanto ao nível de qualidade.

O número de vagas nas universidades públicas é insuficiente e o processo de privatização pelo qual o ensino superior está passando não atende às necessidades dos candidatos de baixa renda.

Nesse contexto, pode-se afirmar que um dos mecanismos institucionais de se permitir o acesso dos jovens pobres ao ensino superior é a reserva de vagas oferecidas pelas instituições de ensino superior hoje existentes.

O desaparecimento dos níveis de desigualdade existente entre a quantidade de alunos nas IES oriundos das escolas particulares e das escolas públicas intoleráveis, em uma sociedade historicamente marcada por assimetrias, não se dará pelo livre funcionamento do mercado, sob o clássico absentismo liberal.

Vale consignar que não merece subsistir qualquer argumento no sentido de que o concurso vestibular é perfeitamente igualitário. A questão de que os alunos da rede pública de ensino concorrem em situação de desigualdade com aqueles da rede privada é fato público e notório, estudado, pesquisado e teorizado desde a década de 1950. Neste ponto é que merecem destaque as políticas de ação afirmativa que oportunizam e ampliam, de fato, o direito de sujeitos historicamente marginalizados. Essa políticas de discriminação positiva podem e devem conviver com o processo político crescente de distribuição do orçamento para a universalização do ensino de primeiro e segundo grau de qualidade.

O acesso ao ensino superior, ao longo da história, fora reservado àqueles que dispunham de renda suficiente para arcar com os custos de uma formação educacional oferecida pela rede privada. Salvo as exceções dos alunos bolsistas, a maioria dos alunos de escolas superiores era composta por jovens oriundos dos estratos com melhor poder aquisitivo.

A desproporção entre o total de jovens brasileiros de baixa renda, em idade compatível com a escolaridade superior, e o pequeno número destes na universidade, principalmente na pública, caracteriza e reforça ainda mais a tese de que os filtros determinados poderiam favorecer a uma elitização do ensino.

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

O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular.

O Judiciário deve garantir um patamar mínimo de acesso ao ensino superior público para alunos que cursaram todo o ensino fundamental e médio na rede pública de ensino. Definir essa plataforma mínima é tarefa das mais complexas. Já se vê entre as universidades diversas experiências no sentido de ações afirmativas a concretizar a igualdade de condições de acesso a cursos universitários. Como exemplo, lembro da Resolução CONSEPE/UFBA n. 01, de 2004, que estabeleceu reserva de 45% das vagas dos cursos ofertadas a, dentre outros, alunos egressos do ensino médio público, descendentes de índios ou quilombolas.

Entendo que o Judiciário deva fixar esse mínimo em 10% das vagas, ficando uma reserva maior a critério e dentro da autonomia de cada Instituição de Ensino Superior.

Com fundamento em tais considerações, dou parcial provimento à apelação para julgar procedente, em parte, o pedido inicial assegurando aos alunos que tenham cursado todo o ensino fundamental e médio em escolas públicas o percentual de 10% das vagas previstas no vestibular da Universidade Federal de Goiás.

O cumprimento dessa decisão, condicionado ao trânsito em julgado, não alcançará os resultados de vestibulares já realizados.

É como voto.

Juiz Federal CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO
Relator (Convocado)



PODER JUDICIÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.33.00.002978-0/BA

Processo na Origem: 200633000029780

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
 APELANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA
 PROCURADOR : ANTÔNIO ROBERTO BASSO
 APELADO : VIRGÍNIA ALVES FERNANDES DA CUNHA E OUTRO (A)
 ADVOGADO : THAÍSA ALVES DE CASTRO E OUTRO (A)
 REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA – BA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR/2006 DA UFBA. RESOLUÇÃO Nº 01/2004. OBSERVÂNCIA. MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DE DESIGUALDADE OBJETIVANDO ATINGIR O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ACESSO DE TODOS À EDUCAÇÃO. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. A Resolução nº 01/2004 do CONSEPE – Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal da Bahia previu a adoção de cotas para alunos que tenham estudado em escolas públicas, com prioridade percentual para aqueles que tenham se declarado pretos ou pardos, assim como, um percentual destinado aos indígenas.

2. A adoção de cotas, ainda que não constitua consenso entre os diversos envolvidos na discussão, não pode ser reputado inconstitucional, pois ao preconizar a igualdade perante a lei, já se está admitindo que a lei estabeleça diferenças que por vezes apenas serão aplicáveis a alguns.

3. A igualdade de condições, pressupõe igualdade de oportunidades, que por sua vez, demanda a utilização de meios excepcionais de auxílio a determinados atores sociais objetivando proporcionar-lhes a igualdade preconizada na Constituição.

4. A exigência do mérito não é suprimida com a adoção do sistema de cotas, alterando-se, tão-somente, os critérios de julgamento de determinados grupos de candidatos, buscando ofertar a possibilidade de acesso aos níveis mais altos do ensino a todos, mitigando as dificuldades daqueles que historicamente estiveram alijados do processo educacional acadêmico por razões de natureza econômica e social.

5. As políticas compensatórias objetivam reparar os danos causados por situações como a escravidão e a segregação de indivíduos que possuem sua origem no processo de miscigenação brasileira que produziu uma população heterogênea tanto no aspecto físico quanto no aspecto social existindo um flagrante abismo entre os descendentes de populações predominantemente originárias dos povos livres que povoaram nosso território e daqueles que descenderam da sociedade rural e escravocrata que dominou grande parte de nossa história colonial.

6. A equalização das oportunidades é, na verdade um dos muitos caminhos que se pode adotar na busca de uma sociedade melhor, justa, igualitária e, principalmente, pacífica, nunca perdendo de vista que os investimentos no potencial humano e na educação apenas rendem frutos após algumas dezenas de anos.

7. Se o objetivo da Constituição é buscar a igualdade sem qualquer distinção, não se pode considerar inconstitucional uma medida que tem por objetivo oportunizar aos negros, pardos, índios e, por que não dizer, à parcela mais pobre de nossa população, o acesso à educação, único meio que possibilita o crescimento da pessoa e do país.

8. Eventuais fracassos ou equívocos ocorridos em determinadas experiências não devem impedir a adoção de medidas destinadas ao bem de todos e ao crescimento de todo o país, cabendo aos administradores públicos propor as medidas corretivas que ao longo do tempo demonstrem-se satisfatórias para a solução das falhas que se apresentem.

9. Apelação provida.

10. Remessa prejudicada.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

Brasília, 26 de julho de 2006.

SELENE MARIA DE ALMEIDA
Desembargadora Federal –Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal **SELENE MARIA DE ALMEIDA** (Relatora):

Trata-se de apelação em mandado de segurança interposto pela Universidade Federal da Bahia – UFBA contra sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia que concedeu a segurança postulada, nos seguintes termos (fls. 95/100):

“(...)Indubitavelmente a escolha do fator racial agride o princípio da isonomia (CF, art. 5º), posto que não há compatibilidade entre este traço diferenciador e a disparidade de tratamento em razão dele estabelecida. Indaga-se: qual a relação existente entre a cor do estudante e o acesso à Universidade Pública? Nenhuma.

Na lição preciosa do grande Celso Antônio Bandeira de Mello, “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação decidida em função dele” (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 47). E conclui: “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão do benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (Op. cit., p. 49).

No caso sub judice, reafirme-se, o fator racial não apresenta nenhuma relação com o benefício que foi outorgado aos negros: acesso à escola pública. É evidente a agressão à isonomia.

Acresça-se, ainda, que a cor foi considerada pela Constituição como critério insuscetível de proporcionar diferenciações, ainda que se trate de discriminação positiva. Observa-se aí mais uma objeção à escolha deste fator para limitar o acesso de todos ao ensino público e gratuito.

Saliente-se que a distinção dos candidatos pelo fator racial não encontra amparo na Carta Magna, que inclusive qualificou como crime inafiançável a prática de racismo.

Cabe observar, ainda, que o fato do candidato ter estudado em escola pública não parece agredir a Carta Magna, contudo, segundo a sistemática prevista na Resolução em pauta, os dois fatores são exigidos simultaneamente, como salientado anteriormente. A norma utilizou o disjuntor incluyente “e”. Logo, não é materialmente possível declarar parcialmente a constitucionalidade do art. 3º da Resolução, em face da impossibilidade de aplicação do dispositivo restante, inclusive, sem agredir a intenção do elaborador do mencionado ato normativo. Há, em outras palavras, uma interdependência entre as partes da Resolução.

Por tais motivos, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade da Resolução nº 01/04, afastando a sua aplicação no caso concreto.

Destarte, considerando que os documentos de fls. 27/28 comprovam que as impetrantes foram classificadas na 68ª e 85ª posições, fazem elas jus à matrícula no curso de Medicina Veterinária, semestre 2006.2.

Defiro, conseqüentemente, a pretensão

DISPOSITIVO

*Em face das razões expendidas, rejeito as preliminares argüidas e **CONCEDO** a segurança postulada, confirmando a liminar de fls. 38/40.(...)"*

A Universidade Federal da Bahia – UFBA assevera que não houve impugnação tempestiva ao edital que previa de forma expressa a reserva de vagas em função da adoção das cotas, razão pela qual, reitera o requerimento de reconhecimento de decadência do direito à segurança em razão da inércia das autoras por prazo superior a 120 dias.

Sustenta a inexistência de direito líquido e certo das impetrantes, pois apenas ao não conseguirem lograr êxito na pretensão de classificação no vestibular segundo as regras com cotas, buscam afastar sua aplicação para beneficiar-se.

Alega que é necessário citar o concorrente que tenha sido admitido pelo critério de cotas, uma vez que o mesmo terá que ter sua matrícula excluída.

No mérito, afirma que a instituição de cotas é constitucional e tem por objetivo remediar situações de desvantagem ocasionadas por nível econômico ou precariedade no acesso ao ensino, buscando com o estabelecimento da desigualdade entre os desiguais propiciar a igualdade e, por conseqüência, observar o princípio constitucional da isonomia e da não discriminação.

Foram apresentadas contra-razões pugnando pela manutenção da sentença (fls. 134/140).

Com remessa oficial, os autos foram remetidos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

A Exm^a. Sr^a. Desembargadora Federal **SELENE MARIA DE ALMEIDA** (Relatora):

PRELIMINAR 1 – Decadência do prazo para a impetração

A pretensão da apelante não prospera, pois, no caso, as impetrantes postulam direito que emerge de seu alegado direito à matrícula por classificação dentro do número de vagas, sendo o momento da impetração o oportuno para seu exercício. A prévia impetração teria por objetivo afastar um óbice incerto, caracterizando-se como preventiva, o que na hipótese afigura-se desnecessário. A possibilidade de aprovação e classificação dentro do número de vagas com ou sem cotas constitui algo incerto.

Assim, não vislumbro fundamento para alterar o entendimento estampado no item II.1 da sentença.

Rejeito a preliminar.

PRELIMINAR 2 – FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO

Também está correta a sentença ao afirmar que a eventual inclusão das impetrantes entre aqueles que possuem direito à matrícula não importará de forma automática na exclusão de alunos que tenham sido classificados e estejam estudando.

Tal situação será analisada segundo os parâmetros e critérios estipulados pela instituição para o desligamento de discentes, que evidentemente, será precedido do devido processo administrativo.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

MÉRITO

A questão discutida nestes autos suscita debates que recomendam a realização de uma análise conceitual da matéria.

A adoção das diretrizes de proteção a minorias e observância a disposições de proteção aos direitos humanos, tem sido objeto de crescentes ações promovidas por órgãos governamentais e privados com o objetivo de reduzir desigualdades e propiciar condições de competitividade entre os cidadãos de forma efetiva, abandonando a plataforma formal de preconizada em diplomas legislativos e adotando medidas concretas para a obtenção da efetiva mitigação das dessemelhanças existentes entre os diversos atores do cenário social.

Sobre a necessidade de implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, é conveniente colacionar o ensinamento de Flávia Piovesan¹⁸⁷

¹⁸⁷ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Ed. Max Limonad Ltda. 1996. pg. 197/200.

“(...) Além disso, sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como ainda inúmeros outros tratados internacionais (ex.: a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher). A obrigação de implementar estes direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993 e por outras organizações internacionais de direitos humanos.

Na percepção de David M. Trubek, os direitos sociais, enquanto “social welfare rights” invocam o que é o mais básico e universal acerca desta dimensão do direito internacional. Por trás dos direitos específicos consagrados nos documentos internacionais e acolhidos pela comunidade internacional, repousa uma visão social do bem-estar individual. Isto é, a idéia de proteção a estes direitos envolve a crença de que o bem-estar individual resulta, em parte, de condições econômicas, sociais e culturais, nas quais todos nós vivemos, bem como envolve a visão de que o Governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o “welfare” é uma construção social e de que as condições de “welfare” são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais. Ela também expressa o que é universal neste campo. Trata-se de uma idéia acolhida, ao menos no âmbito geral, por todas as nações, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental e da forma pela qual o “social welfare” pode ser alcançado em sistemas econômicos e políticos específicos. É porque os proponentes do liberal “welfare state” e do Estado socialista, bem como das variações e permutações entre estas estruturas, concordam na importância da ação estatal para a promoção do bem-estar individual, que esses direitos têm sido acolhidos pelo direito internacional”. (...)

(...) Compartilha-se, pois, da noção de que os direitos fundamentais – sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais – são acionáveis e demandam séria e responsável observância.

Sob o ângulo pragmático, no entanto, a comunidade internacional continua a tolerar freqüentes violações aos direitos sociais, econômicos e culturais que, se perpetradas em relação aos direitos civis e políticos, provocariam imediato repúdio internacional. Em outras palavras, “independentemente da retórica, as violações de direitos civis e políticos continuam a ser consideradas como mais sérias e mais patentemente intoleráveis, que a maciça e direta negação de direitos econômicos, sociais e culturais”

Em geral, a violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção. É, portanto, um problema de ação e prioridade governamental e implementação de políticas públicas, que sejam capazes de responder a graves problemas sociais

Fica, por fim, o alerta do “Statement to the World Conference on Human Rights on Behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural

Rights: “Com efeito, democracia, estabilidade e paz não podem conviver com condições de pobreza crônica, miséria e negligência. Além disso, essa insatisfação criará grandes e renovadas escalas de movimentos de pessoas, incluindo fluxos adicionais de refugiados e migrantes, denominados “refugiados econômicos”, com todas as suas tragédias e problemas. (...)Direitos sociais, econômicos e culturais devem ser reinvidicados como direitos e não como caridade ou generosidade”.

Da série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal¹⁸⁸, extraio as conclusões formuladas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Benedito Barbosa Gomes e pela Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

(...)7 CRITÉRIOS, MODALIDADES E LIMITES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Ao debruçar-se sobre o tema, o Professor Joaquim Falcão sustentou que “se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com diferenciações, nem todas as diferenciações são aceitas. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceito como constitucional”. O autor apresenta solução ao problema, afirmando que a justificação do estabelecimento da diferença seria condição “sine qua non” para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade. Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação, e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida³⁹. Entendimento semelhante é esposado por B. Renauld no artigo já mencionado: “Trois éléments nous permettent de donner un contenu à la notion de discrimination positive telle qu’elle sera utilisée par la suite. Pour identifier une discrimination positive, il faut que l’on soit en présence d’un groupe d’individus suffisamment défini, d’une discrimination structurelle dont les membres de ce groupe sont victimes et enfin d’un plan établissant des objectifs et définissant des moyens à mettre en oeuvre visant à corriger la discrimination envisagée. Selon les cas, le plan est adopté, voire imposé par une autorité publique ou est le fruit d’une initiative privée”.

¹⁸⁸ Seminário Internacional as minorias e o direito (2001: Brasília)/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The Britsch Council. – Brasília: CJF, 2003. pg. 93/132.

Sem dúvida, os critérios acima estabelecidos são um ótimo ponto de partida para o estabelecimento de ações afirmativas no Brasil. Porém, falta ao Direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e das técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas. Entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.

Com efeito, o essencial é que o Estado reconheça oficialmente a existência da discriminação racial, dos seus efeitos e das suas vítimas, e tome a decisão política de enfrentá-la, transformando esse combate em uma política de Estado. Uma tal atitude teria o saudável efeito de subtrair o Estado brasileiro da ambigüidade que o caracteriza na matéria: a de admitir que existe um problema racial no País e ao mesmo tempo furtar-se a tomar medidas sérias no sentido de minorar os efeitos sociais dele decorrentes.

Em segundo lugar, é preciso ter clara a idéia de que a solução ao problema racial não deve vir unicamente do Estado. Certo, cabe ao Estado o importante papel de impulso, mas ele não deve ser o único ator nessa matéria. Cabe-lhe traçar as diretrizes gerais, o quadro jurídico à luz do qual os atores sociais poderão agir. Incumbe-lhe remover os fatores de discriminação de ordem estrutural, isto é, aqueles cancelados pelas próprias normas legais vigentes no País, como ficou demonstrado acima. Mas as políticas afirmativas não devem se limitar à esfera pública. Ao contrário, devem envolver as universidades, públicas e privadas, as empresas, os governos estaduais, as municipalidades, as organizações governamentais, o Poder Judiciário, etc.

No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). De crucial importância é o uso do poder fiscal, não como mecanismo de aprofundamento da exclusão, como é da nossa tradição, mas como instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos (públicos e privados) voltados à erradicação dos efeitos da discriminação de cunho histórico.

Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas. Confira-se, sobre o tema, as judiciosas considerações feitas por Wania Sant'Anna e Marcello Paixão, no interessante trabalho intitulado Muito Além da Senzala: Ação Afirmativa no Brasil, verbis:

“ Segundo Huntley, Ação afirmativa é um conceito que inclui diferentes tipos de estratégias e práticas. Todas essas estratégias e práticas estão destinadas a atender problemas históricos e atuais que se constata nos Estados Unidos em relação às mulheres, aos afroamericanos e a outros grupos que têm sido alvo de discriminação e, conseqüentemente, aos quais se tem negado a oportunidade de desenvolver plenamente o seu talento, de participar em todas as esferas da sociedade americana. (...) Ação afirmativa é um conceito que, usualmente, requer o que nós chamamos metas e cronogramas. Metas são um padrão desejado pelo qual se mede o progresso e não se confunde com cotas. Opositores da ação afirmativa nos Estados Unidos freqüentemente caracterizam metas como sendo cotas, sugerindo que elas são inflexíveis, absolutas, que as pessoas são obrigadas a atingi-las.

A política de ação afirmativa não exige, necessariamente, o estabelecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da população. Entre as estratégias previstas, incluem-se mecanismos que estimulem as empresas a buscarem pessoas de outro gênero e de grupos étnicos e raciais específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional. Busca-se, também, a adequação do elenco de profissionais às realidades verificadas na região de operação da empresa. Essas medidas estimulam as unidades empresariais a demonstrar sua preocupação com a diversidade humana de seus quadros.

Isto não significa que uma dada empresa deva ter um percentual fixo de empregados negros, por exemplo, mas, sim, que esta empresa está demonstrando a preocupação em criar formas de acesso ao emprego e ascensão profissional para as pessoas não ligadas aos grupos tradicionalmente hegemônicos em determinadas funções (as mais qualificadas e remuneradas) e cargos (os hierarquicamente superiores). A ação afirmativa parte do reconhecimento de que a competência para exercer funções de responsabilidade não é exclusiva de um determinado grupo étnico, racial ou de gênero. Também considera que os fatores que impedem a ascensão social de determinados grupos estão imbricados numa complexa rede de motivações, explícita ou implicitamente, preconceituosas.”

Por fim, no que diz respeito às cautelas a serem observadas, valho-me mais uma vez dos ensinamentos da Prof. Carmem Lúcia Antunes Rochas, verbis:

“ É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir, etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.”

Das teses acima transcritas, constata-se que a orientação mais atual da doutrina inclina-se pela adoção de medidas efetivas para a remoção de diferenças seculares estabelecidas em relação às oportunidades oferecidas aos brasileiros

como forma de erradicação da histórica diferenciação entre raças e classes sociais.

Evidentemente, a miscigenação que configura um dos maiores traços na formação da população brasileira não foi esquecida pelos estudiosos do tema, pois o conceito de cotas para negros inclui pretos e pardos, o que demonstra que o objetivo é a prática de ações afirmativas destinadas ao afastamento de diferenças decorrentes de raça e não de cor da pele.

A medida encontra amparo no texto constitucional, que em seu artigo 3º, estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como se pode aferir:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Está a política adotada, portanto, em conformidade com o que preconiza o texto constitucional, constituindo a ação um enfrentamento do grave problema social que acomete a sociedade como um todo, repercutindo, ainda que timidamente sobre uma parcela da população e permitindo que em um futuro seja efetivamente possível a observância e concretização das disposições inscritas no “caput” dos artigos 5º e 6º da CF, que por oportuno, transcrevo:

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

(...)Art. 6º 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.”

É inequívoco que no país há flagrante diferenciação no acesso aos graus mais elevados da educação, penalizando sobremaneira as classes menos favorecidas, situação que é retratada em inúmeros estudos realizados por cientistas sociais.

A questão apresenta contornos que permitem diversas avaliações, especialmente quando se observa que dados estatísticos refletem em seus resultados a aplicação de determinada metodologia, o que não afasta, todavia, a flagrante situação de desigualdade social existente entre negros, aí considerados os pardos e os chamados não-negros, aí incluídos os ditos amarelos.

Vislumbra-se que o objetivo é atingir uma ampla parcela da população, sem que todavia seja afastada de forma integral a exigência do mérito, que em face da reserva passa a ser mitigado, eis que restrito às parcelas que as cotas estipulam. Assim, afigura-se, em um exame preliminar, que a adoção de cotas não é incompatível com o regime constitucional brasileiro, antes, apresenta-se como possibilidade de adequação com o objetivo de observância efetiva à concretização dos direitos e garantias fundamentais estipulados no texto constitucional, com a devida observância ao instituto da igualdade.

As considerações acima fazem-se necessárias ao exame da questão relativa aos efeitos da aplicação das normas instituídas por meio da Resolução 01/2004, no regulamento do vestibular da Universidade Federal da Bahia.

Por meio da referida resolução ficou instituído o sistema de cotas raciais naquela instituição pública federal de ensino superior, questão que induziu a discussão retratada nos autos, que conduziu à desclassificação das impetrantes em razão das colocações obtidas no certame estarem situadas entre as vagas destinadas ao preenchimento por alunos que participaram do vestibular segundo o regramento de cotas.

Até a adoção da regra das cotas pela Resolução nº 01/2004, a regra existente, inscrita nos artigos 24 e 25 da Resolução nº 01/2002, era a seguinte em relação à disputa de vagas:

“Art. 24 – Serão classificados para a 2ª fase do Vestibular os candidatos não eliminados, em número correspondente a três vezes o número de vagas oferecidas para cada curso.

Parágrafo Único – a relação nominal dos candidatos classificados na 1ª fase do Vestibular será divulgada publicamente, em ordem alfabética, quando serão convocados, através de edital, para submeterem-se às provas da 2ª fase.

Art. 25 – A seleção final dos candidatos será feita até o limite das vagas oferecidas para cada curso, pela ordem decrescente do escore global de cada candidato.

§ 1º - A CEG, ouvidos os Colegiados dos Cursos, fixará o número de vagas a serem oferecidas para cada curso.

§ 2º - O Manual do Candidato indicará as formas de cálculo dos escores parciais e globais, bem como os critérios de desempate.”

A Resolução nº 01/2004, em seu artigo 1º, alterou de forma expressa as disposições dos artigos retro, o que fez com a seguinte redação:

“Art. 1º Alterar os artigos 24 e 25 da Resolução nº 01/02, de 13/03/02, do CONSEPE, que passa a ter a seguinte redação, mantidos integralmente os respectivos parágrafos:

Art. 24 – Serão classificados para a 2ª fase do Vestibular os candidatos não eliminados, em número correspondente a três vezes o número de vagas oferecidas para cada curso, por ordem decrescente do escore parcial da 1ª fase, atendida a reserva de vagas estabelecida nesta Resolução (nº 01/04, de 26/07/07, do CONSEPE).

Art. 25 – A seleção final dos candidatos será feita até o limite das vagas oferecidas para cada curso, pela ordem decrescente do escore global de cada candidato, atendida a reserva de vagas estabelecida nesta Resolução (nº 01/04, de 26/07/04, do CONSEPE).”

Examinando tais alterações, não há nenhuma irregularidade, pois à Administração é lícito revogar ou alterar seus provimentos administrativos, desde que não exceda a competência que lhe é deferida.

No caso, não há excesso que de pronto se possa constatar apto a reputar o ato ilegal ou abusivo.

A Resolução não se encerra em tais artigos; antes, promove tais alterações para possibilitar a verdadeira alteração instituída pela resolução que é a reserva de vagas para estudantes de escolas públicas, com reserva percentual de 85% (oitenta e cinco por cento) das vagas destinadas à reserva para candidatos que tenham declarado ser pertencentes à raça negra, bem como, outro percentual destinado a indígenas.

A instituição das normas dá consecução, como foi demonstrado anteriormente, às disposições constitucionais destinadas a diminuir as desigualdades sociais.

No caso, ao promover a desigualdade, está cumprindo o mandamento constitucional da igualdade, pois somente é possível admitir que todos são iguais quando as circunstâncias sociais, étnicas, econômicas ou de orientação não constituem impedimento ao desenvolvimento e aprendizado geradores de conhecimento e progresso individual e coletivo.

Entendo inexistente qualquer violação ao texto constitucional, quer em relação ao artigo 5º, quer em relação aos artigos 205 a 214, especialmente no que se refere à igualdade de condições para o acesso e a adoção de políticas públicas que conduzam à universalização do ensino.

Pelo exposto, dou provimento à apelação para, modificando a sentença, denegar a segurança postulada.

Sem honorários (súmulas 105/STJ e 512/STF).

Sem custas.

É como voto.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Numeração Única: 0013135-35.2005.4.01.3300

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.33.00.013142-2/BA

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO

APELANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA

PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI

APELADO : CAROLINI ROCHA SOUSA

ADVOGADO : GUSTAVO CEZAR SENA DA SILVA E OUTRO(A)

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. RESOLUÇÃO N. 1/2004 DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). SISTEMA DE COTAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. STF. ADPF 186/DF.

1. O Sistema de Cotas, instituído pela UFBA, ao reservar vagas para alunos que tenham estudado em escolas públicas e que se declarem "pretos ou pardos", não viola o princípio da igualdade, pois "igualdade de condições, pressupõe igualdade de oportunidades, que por sua vez, demanda a utilização de meios excepcionais de auxílio a determinados atores sociais objetivando proporcionar-lhes a igualdade preconizada na Constituição" (AC 2006.33.00.002978-0/BA, Relatora Desembargadora Federal Selene de Almeida, DJ de 10.08.2005, p. 118).

2. Prevalência do entendimento de que não existe qualquer vício de inconstitucionalidade, quer de natureza formal ou material, no sistema de cotas, instituído pela UFBA, por se adequar ao princípio da isonomia, garantido constitucionalmente, e realizado no âmbito de sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal.

3. Constitucionalidade do sistema de cotas sociais e raciais, pelas instituições de ensino superior, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF 186/DF, em 26.04.2012.

4. Apelação da UFBA e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá provimento.

A C Ó R D ã O

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

Brasília, 8 de setembro de 2014.

Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
Relator

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carolini Rocha Sousa contra ato do Reitor da Universidade Federal da Bahia (UFBA), objetivando a sua matrícula no curso de Administração daquela universidade, considerando a sua classificação em 121º lugar no vestibular de 2005, sendo que foram oferecidas 155 vagas.

A sentença, mantendo a liminar deferida, concedeu a segurança.

Apela a UFBA, alegando, em suas razões de apelação, preliminarmente, a falta de impugnação ao edital, a decadência e a existência de litisconsórcio necessário. No mérito, defende a legitimidade da aplicação da Resolução n. 01/2004 que, suspendendo os efeitos da Resolução n. 02/2002, implantou o sistema de cotas no âmbito da referida instituição para o vestibular de 2005.

A UFBA ajuizou a Suspensão de Segurança n. 2006.01.00.010055-0, no bojo da qual foram suspensos os efeitos da sentença proferida nestes autos (fl. 246).

Houve contrarrazões.

Nesta instância, o Ministério Público Federal opina pela confirmação da sentença, negando-se provimento à apelação.

É o relatório.

Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
Relator

V O T O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO:

A apelante insurge-se contra a sentença que concedeu a segurança, ao fundamento de que a Resolução n. 01/2004 do Consepe/UFBA não poderia ter sido aplicada ao vestibular de 2005, considerando que a Resolução n. 02/2002 estabeleceu o mês de março como data limite para edição de qualquer norma relativa ao vestibular, sendo a Resolução n. 01, de julho de 2004.

O tema é conhecido deste Tribunal, que o apreciou em diversas oportunidades, servindo de exemplo, entre outros, o voto proferido pela ilustre Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, na Apelação Cível n. 2006.33.00.002978-0/BA, DJ de 10.08.2006, cujo acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO
CÍVEL. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR/2006 DA
UFBA. RESOLUÇÃO Nº 01/2004. OBSERVÂNCIA.
MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DE DESIGUALDADE
OBJETIVANDO ATINGIR O PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. OBSERVÂNCIA AOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AUTONOMIA
UNIVERSITÁRIA. ACESSO DE TODOS À EDUCAÇÃO.
PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. A Resolução nº 01/2004 do CONSEPE – Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal da Bahia previu a adoção de cotas para alunos que tenham estudado em escolas públicas, com prioridade percentual para aqueles que tenham se declarado pretos ou pardos, assim como, um percentual destinado aos indígenas.

2. A adoção de cotas, ainda que não constitua consenso entre os diversos envolvidos na discussão, não pode ser reputado inconstitucional, pois ao preconizar a igualdade perante a lei, já se está admitindo que a lei estabeleça diferenças que por vezes apenas serão aplicáveis a alguns.

3. A igualdade de condições, pressupõe igualdade de oportunidades, que por sua vez, demanda a utilização de meios excepcionais de auxílio a determinados atores sociais objetivando proporcionar-lhes a igualdade preconizada na Constituição.

4. A exigência do mérito não é suprimida com a adoção do sistema de cotas, alterando-se, tão-somente, os critérios de julgamento de determinados grupos de candidatos, buscando ofertar a possibilidade de acesso aos níveis

mais altos do ensino a todos, mitigando as dificuldades daqueles que historicamente estiveram alijados do processo educacional acadêmico por razões de natureza econômica e social.

5. As políticas compensatórias objetivam reparar os danos causados por situações como a escravidão e a segregação de indivíduos que possuem sua origem no processo de miscigenação brasileira que produziu uma população heterogênea tanto no aspecto físico quanto no aspecto social existindo um flagrante abismo entre os descendentes de populações predominantemente originárias dos povos livres que povoaram nosso território e daqueles que descenderam da sociedade rural e escravocrata que dominou grande parte de nossa história colonial.

6. A equalização das oportunidades é, na verdade um dos muitos caminhos que se pode adotar na busca de uma sociedade melhor, justa, igualitária e, principalmente, pacífica, nunca perdendo de vista que os investimentos no potencial humano e na educação apenas rendem frutos após algumas dezenas de anos.

7. Se o objetivo da Constituição é buscar a igualdade sem qualquer distinção, não se pode considerar inconstitucional uma medida que tem por objetivo oportunizar aos negros, pardos, índios e, por que não dizer, à parcela mais pobre de nossa população, o acesso à educação, único meio que possibilita o crescimento da pessoa e do país.

8. Eventuais fracassos ou equívocos ocorridos em determinadas experiências não devem impedir a adoção de medidas destinadas ao bem de todos e ao crescimento de todo o país, cabendo aos administradores públicos propor as medidas corretivas que ao longo do tempo demonstrem-se satisfatórias para a solução das falhas que se apresentem.

9. Apelação provida.

10. Remessa prejudicada.

Destaco do voto condutor, por oportuno, o trecho a seguir:

A questão apresenta contornos que permitem diversas avaliações, especialmente quando se observa que dados estatísticos refletem em seus resultados a aplicação de determinada metodologia, o que não afasta, todavia, a flagrante situação de desigualdade social existente entre

negros, aí considerados os pardos e os chamados não-negros, aí incluídos os ditos amarelos.

Vislumbra-se que o objetivo é atingir uma ampla parcela da população, sem que todavia seja afastada de forma integral a exigência do mérito, que em face da reserva passa a ser mitigado, eis que restrito às parcelas que as cotas estipulam. Assim, afigura-se, em um exame preliminar, que a adoção de cotas não é incompatível com o regime constitucional brasileiro, antes, apresenta-se como possibilidade de adequação com o objetivo de observância efetiva à concretização dos direitos e garantias fundamentais estipulados no texto constitucional, com a devida observância ao instituto da igualdade.

As considerações acima fazem-se necessárias ao exame da questão relativa aos efeitos da aplicação das normas instituídas por meio da Resolução 01/2004, no regulamento do vestibular da Universidade Federal da Bahia.

Por meio da referida resolução ficou instituído o sistema de cotas raciais naquela instituição pública federal de ensino superior, questão que induziu a discussão retratada nos autos, que conduziu à desclassificação das impetrantes em razão das colocações obtidas no certame estarem situadas entre as vagas destinadas ao preenchimento por alunos que participaram do vestibular segundo o regramento de cotas.

Até a adoção da regra das cotas pela Resolução nº 01/2004, a regra existente, inscrita nos artigos 24 e 25 da Resolução nº 01/2002, era a seguinte em relação à disputa de vagas:

“Art. 24 – Serão classificados para a 2ª fase do Vestibular os candidatos não eliminados, em número correspondente a três vezes o número de vagas oferecidas para cada curso.

Parágrafo Único – a relação nominal dos candidatos classificados na 1ª fase do Vestibular será divulgada publicamente, em ordem alfabética, quando serão convocados, através de edital, para submeterem-se às provas da 2ª fase.

Art. 25 – A seleção final dos candidatos será feita até o limite das vagas oferecidas para cada curso, pela ordem decrescente do escore global de cada candidato.

§ 1º - A CEG, ouvidos os Colegiados dos Cursos, fixará o número de vagas a serem oferecidas para cada curso.

§ 2º - O Manual do Candidato indicará as formas de cálculo dos escores parciais e globais, bem como os critérios de desempate.”

A Resolução nº 01/2004, em seu artigo 1º, alterou de forma expressa as disposições dos artigos retro, o que fez com a seguinte redação:

Art. 1º Alterar os artigos 24 e 25 da Resolução nº 01/02, de 13/03/02, do CONSEPE, que passa a ter a seguinte redação, mantidos integralmente os respectivos parágrafos:

Art. 24 – Serão classificados para a 2ª fase do Vestibular os candidatos não eliminados, em número correspondente a três vezes o número de vagas oferecidas para cada curso, por ordem decrescente do escore parcial da 1ª fase, atendida a reserva de vagas estabelecida nesta Resolução (nº 01/04, de 26/07/07, do CONSEPE).

Examinando tais alterações, não há nenhuma irregularidade, pois à Administração é lícito revogar ou alterar seus provimentos administrativos, desde que não exceda a competência que lhe é deferida.

No caso, não há excesso que de pronto se possa constatar apto a reputar o ato ilegal ou abusivo.

A Resolução não se encerra em tais artigos; antes, promove tais alterações para possibilitar a verdadeira alteração instituída pela resolução que é a reserva de vagas para estudantes de escolas públicas, com reserva percentual de 85% (oitenta e cinco por cento) das vagas destinadas à reserva para candidatos que tenham declarado ser pertencentes à raça negra, bem como, outro percentual destinado a indígenas.

A instituição das normas dá consecução, como foi demonstrado anteriormente, às disposições constitucionais destinadas a diminuir as desigualdades sociais.

No caso, ao promover a desigualdade, está cumprindo o mandamento constitucional da igualdade, pois somente é possível admitir que todos são iguais quando as circunstâncias sociais, étnicas, econômicas ou de orientação não constituem impedimento ao desenvolvimento e aprendizado geradores de conhecimento e progresso individual e coletivo.

Entendo inexistente qualquer violação ao texto constitucional, quer em relação ao artigo 5º, quer em relação aos artigos 205 a 214, especialmente no que se refere à igualdade de condições para o acesso e a adoção de políticas públicas que conduzam à universalização do ensino.

Pelo exposto, dou provimento à apelação para, modificando a sentença, denegar a segurança postulada.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CONCURSO VESTIBULAR. UNIVERSIDADE FEDERAL DO BAHIA. SISTEMA DE COTAS. CONCORRÊNCIA ÀS VAGAS RESERVADAS AOS ESTUDANTES AFRODESCENDENTES, INDÍGENAS E PARDOS DO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO ORIUNDOS DE ESCOLA PÚBLICA. MATRÍCULA INDEFERIDA. IMPETRANTE NÃO SELECIONADO POR FALTA DE VAGAS.

I. Resolução 01/2004 da Universidade Federal da Bahia adota e disciplina sistema de cotas que encontra firme respaldo no princípio da igualdade material, não padecendo, assim, de inconstitucionalidade.

II.

Tal é a concepção substancial ou material da igualdade, produto do Estado social de Direito, em que as situações desiguais devem ser tratadas de maneira dessemelhante justamente para combater as inúmeras discriminações engendradas pela própria sociedade.

III - Não se pode alegar que a Constituição proíbe discriminação fundada em ração 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 oportunidade 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.

IV. Apelação não provida.

(AMS n. 0005247-78.2006.4.01.3300/BA – Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – e-DJF1 de 08.08.2011, p. 76)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). VESTIBULAR DE 2006. RESOLUÇÃO N. 1/2004. SISTEMA DE COTAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.

1. O Sistema de Cotas, instituído pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), pela Resolução n. 1/2004, ao reservar vagas para alunos que tenham estudado em escolas públicas e que se declarem "pretos ou pardos", não viola o princípio da igualdade, pois, "igualdade de condições, pressupõe igualdade de oportunidades, que por sua vez, demanda a utilização de meios excepcionais de auxílio a determinados atores sociais objetivando proporcionar-lhes a igualdade preconizada na Constituição" (AC 2006.33.00.002978-0/BA - Relatora Desembargadora Federal Selene de Almeida - DJ de 10.08.2005, p. 118).

2. Correta, assim, a sentença que afirmou não existir qualquer vício de inconstitucionalidade, quer de natureza formal ou material, no sistema de cotas, instituído pela UFBA, por se adequar ao princípio da isonomia, garantido constitucionalmente, e realizado no âmbito de sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal.

3. Apelação desprovida.

(AMS n. 2006.33.00.004173-0/BA – Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – e-DJF1 de 13.06.2011, p. 45)

Ademais, a questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF, em 26.04.2012, consoante se verifica nos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS. PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA DE INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - PAAES. RESOLUÇÃO 20/2008. RESERVA DE VAGAS A ALUNOS EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO LIVRE ACESSO AO ENSINO SUPERIOR. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. NÃO CARACTERIZADA. CONCLUSÃO DO SEMESTRE LETIVO E APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DAS DISCIPLINAS CURSADAS. SENTENÇA REFORMADA.

1. O egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento proferido na ADPF 186/DF, julgada em 26 de abril de 2012, manifestou-se no sentido da constitucionalidade da instituição de cotas sociais e raciais pelas instituições de ensino superior (Informativo 663 do STF).

2. O Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia - PAAES foi criado pela Resolução 20/2008, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, objetivando reservar parte das vagas da universidade (25% de cada curso de graduação) apenas para os alunos oriundos da rede pública (quatro últimos anos do ensino fundamental e os três últimos do ensino médio).

3. A matéria não merece maiores incursões, tendo em vista que a Sexta Turma deste Tribunal já pacificou o entendimento de que a reserva de vagas destinadas pela UFU aos alunos egressos da rede pública, por meio do PAAES, não representa violação do princípio da isonomia e do livre acesso ao ensino. (Cf. AC 0001417-74.2011.4.01.3803/MG, Sexta Turma, da relatoria do desembargador federal Jirair Aram Meguerian, DJ 10/01/2013; AMS 0000929-56.2010.4.01.3803/MG, Sexta Turma, da relatoria do juiz federal convocado Marcos Augusto de Sousa, DJ 16/03/2012; AMS 0009562-27.2008.4.01.3803/MG, Sexta Turma, da relatoria da desembargadora federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 26/10/2009.)

4. Por outro lado, caso fosse acolhida a tese de inconstitucionalidade do referido programa, a consequência lógica seria a sua extinção, e não a continuidade dos estudantes, oriundos de escolas particulares, nas demais etapas do PAAES.

5. Na linha da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é firme o entendimento de que não se aplica a teoria do fato consumado em situações amparadas por medidas precárias, como liminar ou antecipação de tutela, não havendo falar-se em situação consolidada pelo decurso do tempo, sob pena de se chancelar situação contrária à lei, particularmente, como na espécie, em que os estudantes ainda não tenham concluído o curso, resguardado o término do semestre letivo e o aproveitamento dos créditos cursados. (Cf. REsp 1.333.588/RS, Segunda Turma, da relatoria da ministra Eliana Calmon, DJ 22/10/2012; REsp 1.162.434/SC, Segunda Turma, da relatoria do ministro Humberto Martins, DJ 07/05/2010; EDcl no REsp 675.026/PR, Segunda Turma, da relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, DJ 16/12/2008; EREsp 806.027/PE, Primeira Seção, relatora para o acórdão a ministra Eliana Calmon, DJ 18/02/2008; TRF1, AC 0001417-74.2011.4.01.3803/MG, julg. cit..)

6. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, assegurado término do semestre letivo e o aproveitamento dos créditos das disciplinas cursadas.

(AC 0001462-78.2011.4.01.3803/MG -, Relator Convocado. Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares- e-DJF1 de 17.12.2013)

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CONCURSO VESTIBULAR. UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. SISTEMA DE COTAS. CONCORRÊNCIA ÀS VAGAS RESERVADAS AOS ESTUDANTES QUE CURSARAM OS QUATRO ÚLTIMOS ANOS DO ENSINO FUNDAMENTAL E ESTEJAM CURSANDO O ENSINO MÉDIO EM ESCOLA PÚBLICA. MATRÍCULA INDEFERIDA EM VISTA DA IMPETRANTE NÃO PREENCHER CONDIÇÃO DO EDITAL DE INSCRIÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186 reconheceu a constitucionalidade do sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial, instituído pela Universidade de Brasília.

2. O Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior - PAAES instituído pela Universidade Federal de Uberlândia estabeleceu sistema de cotas para alunos que tenha cursado os quatro últimos anos do ensino fundamental e estejam cursando o ensino médio em escola pública, tratando-se de ação afirmativa destinada a assegurar a efetividade do princípio da isonomia.

3. A própria impetrante informa que cursa o ensino médio em instituição de ensino privada - Escola SESI - Guiomar de Freitas Costa, o que lhe retira a possibilidade de concorrer pelo sistema de cotas instituído pela Universidade, já que essas vagas estão reservadas para aqueles que cursaram os quatro últimos anos do ensino fundamental e estejam cursando o médio em escola pública.

2. Reconhecendo a impetrante que cursa o ensino médio em estabelecimento privado, não atende às exigências do edital, assim às normas do certame, vinculante a todos quantos dele participam, inexistindo direito líquido e certo a ser tutelado na via mandamental. O fato de ser bolsista ou estudante de entidade filantrópica em nada modifica a situação fática - porque a

3. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(AMS 0013563-50.2011.4.01.3803/MG – Relatora Convocada Juíza Federal Hind Ghassan Kayath – e-DJF1 de 03.04.2013)

Assim, compartilho do entendimento de que não existe qualquer vício de inconstitucionalidade, quer de natureza formal ou material, no sistema de cotas, instituído pela UFBA, por se adequar ao princípio da isonomia, garantido constitucionalmente, e realizado no âmbito de sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, que tenho por interposta, para denegar a ordem.

É o meu voto.

Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
Relator

ANEXO B

**DECISÕES SOBRE COTISTAS ORIUNDOS DO ENSINO PÚBLICO;
BOLSISTAS INTEGRAIS E SUPLETIVOS EM ENSINO PÚBLICO**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Primeira Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

RELATÓRIO

Classe : **Apelação n.º 0003294-82.2012.8.05.0274**
Foro de Origem : Foro de comarca Vitória Da Conquista
Órgão : Primeira Câmara Cível
Relator(a) : **Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal**
Apelante : Uesb - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Advogado : Maria Creuza de Jesus Viana (OAB: 7409/BA)
Advogado : Wilson Marcilio dos Santos (OAB: 92B/BA)
Apelado : Aline Lima de Souza
Advogado : Fagner Almeida Santos (OAB: 31410/BA)

Assunto : Reivindicação

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. COTAS UNIVERSITÁRIAS. RESOLUÇÃO N.º. 37/2008 DA CONSEPE. REQUISITO. ESTUDAR DA 5ª AO 3º ANO EM ESCOLA PÚBLICA. PREENCHIMENTO PARCIAL DOS REQUISITOS. CURSOS DA 5ª E 6ª SÉRIES REALIZADOS EM ESCOLA PARTICULAR ATRAVÉS DE BOLSAS DE ESTUDO. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA VERIFICADA. DEVER DE OBSERVAR O OBJETIVO DA LEGISLAÇÃO DE ESTABELECIMENTO DAS COTAS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A MATRICULA NO ENSINO SUPERIOR VERIFICADOS. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível n.º **0003294-82.2012.805.0274**, de Vitória da Conquista, em que são apelante e apelado, respectivamente, UESB e ALINE LIMA DE SOUZA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao

recurso, pelos motivos adiante expendidos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por ALINE LIMA DE SOUSA em desfavor de ato dito ilegal e abusivo proferido pelo Secretário Geral de Curso da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB – que indeferiu o pleito de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

matrícula da impetrante, em razão dessa ter cursado a 5ª e a 6ª séries em escolas particulares, o que impossibilitou o preenchimento da vaga destinada à cota.

Adota-se como próprio o relatório da sentença recorrida constante das fls. 107/109, acrescentando que o eminente magistrado singular concedeu a segurança para determinar a efetivação da matrícula da impetrante junto à UESB para o curso no qual fora aprovada.

Irresignada, recorreu a UESB com razões de fls. 112/116, sustentando que *“no caso da exigência de se comprovar a procedência com aprovação, dos últimos 7 (sete) anos de estudo regulares (5ª, 6ª, 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e 1º, 2º e 3º ano do ensino médio) ou ter realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimento da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir da 5ª série e todo Ensino Médio, tal exigência foi satisfeita por todos os candidatos, concorrentes no mesmo vestibular disputado pela apelada, que já se encontram matriculados e em plena atividade acadêmica. Outros que, embora tenham sido convocados para matrícula, não satisfazem a exigência e, tal como a apelada, tiveram a matrícula negada. Privilegiar, pois, a apelada, com a matrícula, estar-se-á violando diretamente o Princípio Constitucional da Isonomia.”*

Salientou, ainda, que a procedência do pedido da impetrante acarretaria em violação ao princípio da legalidade, uma vez que o Sistema de Cotas encontra-se devidamente regulamentado por norma institucional. Diante de tais considerações, pugnou pelo conhecimento e recebimento do recurso para que, ao final, seja denegada a segurança.

Devidamente intimada, a recorrida apresentou contrarrazões às fls. 118/122, refutando os argumentos da recorrente e pugnando pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às fls. 129/135, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório. Passo a decidir.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

VOTO

Presentes as condições de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Versa a lide em apreço acerca do pedido de reconhecimento do direito da apelada de se matricular na UESB-Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, no curso de letras, dentro das vagas, previstas no Edital do certame, reservadas ao sistema de cotas destinadas aos candidatos oriundos da rede pública de ensino.

A controvérsia debatida na presente lide se resume à possibilidade de a apelada se matricular na UESB mesmo tendo cursado a 5ª e a 6ª séries em escola particular através de bolsas de estudo.

Para a melhor resolução da presente demanda, mister se faz transcrever a Resolução CONSEPE nº. 37/2008 que trata da instituição do sistema de cotas:

RESOLUÇÃO CONSEPE Nº 37/2008

Dispõe sobre o sistema de reserva de vagas e quotas adicionais no processo seletivo para os cursos de graduação da UESB e dá outras providencias.

O Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão - CONSEPE, no uso de suas atribuições, na forma estabelecida pelo art. 6º da Lei Estadual nº 7.176/97, publicada no D.O.E. de 11 de setembro de 1997, combinado com o art. 8º do Regulamento da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.329/98, publicado no D.O.E. de 08 de maio de 1998,

RESOLVE:

Art. 1º - Instituir reserva de vagas em todos os cursos de graduação da UESB, correspondente a 50% (cinquenta por cento) das vagas de cada curso e em cada turno, para estudantes que comprovem a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares, ou que tenham realizado curso supletivo ou outra modalidade de



ensino equivalente, em estabelecimentos da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio, vetado aos portadores de diploma de ensino superior, a serem preenchidas de acordo com os percentuais e critérios abaixo, na seguinte ordem de prioridade:

a) 70% (setenta por cento) destas vagas reservadas serão destinadas aos estudantes que se autodeclararem negros (somatório das categorias

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

pretos e pardos, segundo classificação étnico-racial adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE), o que corresponde a 35% do total das vagas regulares;

b) 30,0% (trinta por cento) das vagas reservadas adotarão apenas a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares, ou que tenham realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimentos da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio, sem qualquer outra condicionalidade ou recorte de composição de qualquer natureza, o que corresponde a 15% do total das vagas regulares.

§ 1º Em conformidade com o número atual de vagas em cada curso e turno - 40, 30, 25 e 20 - e considerando que, após aplicação do percentual, haverá resultado fracionário, as vagas deverão ser redistribuídas, observando o Quadro constante do Anexo Único desta Resolução.

§ 2º - Caso as vagas reservadas (correspondentes ao percentual de 50%) não sejam preenchidas, deverão ser ocupadas pelos demais candidatos, segundo a ordem geral de classificação no concurso

vestibular.

§ 3º - O sistema de reserva de vagas será acionado anualmente em todos os cursos de graduação oferecidos pela UESB.

§ 4º - A reserva de vagas também será aplicada nos cursos de graduação que vierem a ser criados durante o prazo de duração do programa de ações afirmativas de acesso.

No caso, o objetivo da reserva de vagas é assegurar o amplo e irrestrito acesso a todos os alunos ao ensino superior público, minimizando as desigualdades raciais e sociais que impõem a muitos a exclusão do ensino superior, atendendo, dessa forma, à norma constitucional que assegura a educação como direito de todos (art. 205 da Constituição Federal de 1988) e com igualdade de condições para o acesso, nos termos do art. 206, inciso I, da Carta Magna.

Nesse passo, tendo em vista que o objetivo é assegurar o acesso amplo e irrestrito, o sistema de cotas não pode apresentar restrições descabidas, como a que se desvela no presente processo, em que foi negado à impetrante a possibilidade de se matricular na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia em razão de ter cursado a 5ª e 6ª séries em escolas particulares através de bolsas de estudos.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a recorrida comprovou, documentalmente, que cursou a 5ª e 6ª séries do ensino fundamental em escola particular, na condição de bolsista, o que desvela a falta de recursos financeiros necessários para que a apelada tivesse um melhor acesso à educação.

Dessa forma, conclui-se que o ato proferido pelo Secretário Geral de Curso da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia se desvelou como coator, uma vez que esse violou os princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade ao impedir que a impetrante se matriculasse na Universidade através do sistema de reserva de cotas.

Ressalte-se, ademais, que *“diversamente do que tenta fazer crer a apelante, é justamente o princípio da isonomia que autoriza que a recorrida tenha acesso ao sistema de cotas. Deveras, se, como visto acima, a isonomia, em nossa ordem jurídica, deve ser aplicada de modo a tratar de forma igualitária os iguais e tratar deesigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, é fácil perceber que a requerente deve ser tratada de forma diferente daqueles que sempre tiveram oportunidades na vida, e de forma semelhante aos demais beneficiários das cotas, por se enquadrar, como supramencionado,*

no grupo social alvo dessa política. De fato, a desconsideração do fato de que à exceção das 5ª e 6ª séries (na condição de bolsista), a impetrante/apelada cursou todas as demais séries na Rede Pública de Ensino, pelo que não se afigura nem um pouco razoável neste caso, uma vez que poderia suprimir direito legítimo. Na presente hipótese, o princípio da legalidade merece ser ponderado. Deveras, aplicar a legalidade, in casu, em detrimento da isonomia é negar ao cidadão um direito fundamental de importância imensurável, a saber, o acesso à educação superior em Universidade Pública.” (GÓIS, Miria Valença. Parecer Ministerial nº. 5877/2013).

Com efeito, tem-se que esta Egrégia Corte de Justiça já se pronunciou, recentemente, a respeito da inadmissibilidade de restrições da ordem como se vislumbra nos autos, senão vejamos:



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Primeira Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS PARA CURSOS DE GRADUAÇÃO EM UNIVERSIDADE PÚBLICA. CANDIDATO ESTUDANTE EM COLÉGIO PARTICULAR NA CONDIÇÃO DE BOLSISTA INTEGRAL. NEGATIVA DO DIREITO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NA RESOLUÇÃO 037/2008 DO CONSEPE (CONSELHO SUPERIOR DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO) E EDITAL 070/2008 DO CERTAME. ALUNO EGRESSO DE ESTABELECIMENTO DA REDE APENAS TRÊS SÉRIES DO ENSINO FUNDAMENTAL EM ESCOLA PARTICULAR, NA CONDIÇÃO DE BOLSISTA. EXCLUSÃO DESARRAZOADA. IMPETRANTE. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA MANIFESTA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. ISONOMIA. VIOLAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE ACESSO À VAGA DE COTISTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA. APLICAÇÃO DA LEI. ATENDIMENTO AOS FINS SOCIAIS E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. ARTIGO 5º DA L.I.C.C. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA. JUSTA E EQUÂNIME. CONFIRMAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO. IMPROVIMENTO DO APELO. (TJBA 4ª Câmara Cível, APC nº. 0018891-96.2009.805.0274, Rel. Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 19.11.2013, publicado em 26.11.2013).

Na mesma linha:

Apelação Cível e Reexame necessário. Mandado de Segurança. Vestibular. Sistema de Cotas para alunos oriundos de escolas públicas. Apelada que, não obstante aprovada no curso de Pedagogia, teve a sua matrícula negada pelo Sistema de Cotas por ter estudado um único ano em colégio particular através de bolsa integral. Conforme entendimento jurisprudencial, "A passagem da aluna pelo ensino particular, com bolsa integral, não acarreta diferença significativa, pois continua caracterizada sua hipossuficiência financeira. Não é possível negar-lhe o direito à matrícula, se obteve êxito no vestibular pelo sistema de cotas, sob pena



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

de se estar realizando uma interpretação literal e excessivamente estreita, em detrimento de um direito fundamental assegurado constitucionalmente." (TRF-1ª R. - AC 2009.40.00.001110-9/PI - Relª Desª Selene Maria de Almeida - DJe 04.02.2011 - p. 132). Na espécie, é inequívoca a preponderância da vida estudantil da apelada em escola pública, não se constituindo o fato de ela ter cursado apenas 01 ano do ensino médio em escola particular, com bolsa integral, como motivo suficiente para excluí-la do sistema de cotas, principalmente por ter cursado o 3º ano do nível médio com bolsa de estudos integral, o que demonstra, pois, sua condição de hipossuficiência. Além disso, ficou comprovado que a apelada estudou durante 10 anos em escola pública, evidenciando-se, portanto, a qualidade de estudante de escola pública da apelada. Assim, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, impõe-se considerar a recorrida mais em igualdade de condições com os alunos provenientes do ensino público do que aqueles provenientes do particular. Mantida a Sentença que concedeu a segurança para determinar a efetivação da matrícula da impetrante no curso de Pedagogia na UESB Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, inclusive em Reexame Necessário. Apelação não provida. (TJBA

5ª Câmara Cível, APC nº. 0005368-12.2012.805.0274, Rel. Des. José Cícero Landin Neto, julgado em 05.11.2013, publicado em 08.11.2013).

**PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

APELAÇÃO CÍVEL N. 0007655-66.2011.4.01.3300/BA

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO
APELANTE : MARIA HORTENCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DE SOUZA E SILVA JUNIOR
ADVOGADO : PAULO VITOR RIBEIRO DA SILVA E OUTROS(AS)
APELADO : UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA
PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARIA HORTÊNCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO, sob o pálio da justiça gratuita (fl. 52), contra atos do DIRETOR DA SECRETARIA GERAL DOS CURSOS e DA REITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA), objetivando ser matriculada no curso de Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades, no turno matutino.

Narra, em síntese, que logrou aprovação no processo seletivo realizado no ano de 2011, tendo optado pelo sistema de cotas, visto que sempre estudou em escolas públicas. Ao apresentar-se para realizar sua matrícula, foi informada de que não preenchia os requisitos necessários, por haver apresentado um certificado de conclusão de ensino médio, expedido pelo Superintendente de Desenvolvimento da Educação Básica da Secretaria de Educação do Estado da Bahia, decorrente de sua aprovação no Exame Nacional de Ensino Médio (Enem).

Afirma que na conformidade do art. 2º, inciso II, da Portaria n. 807/2010, os estudantes que se submeterem ao Enem e alcançarem notas satisfatórias, obtêm automaticamente a certificação de escolaridade de nível médio pelo sistema estadual e federal de ensino.

Sustenta que cursou todo o ensino fundamental em instituição pública e, de igual sorte, cursou o 1º ano do ensino médio em escola pública, obtendo aprovação no Enem.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 52-53).

Interposto o Agravo de Instrumento n. 0015888-58.2011.4.01.0000/BA (fls. 67-75), dei provimento ao recurso, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 29, inciso XXV, do Regimento Interno do TRF da 1ª Região, para garantir à postulante o direito de ser matriculada no curso para o qual foi aprovada (fls. 86-89).

A UFBA informou o cumprimento da ordem judicial (fls. 96-98).

Após regular processamento, o ilustre Juiz Federal Substituto Eduardo Gomes Carqueja, da 14ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, proferiu sentença, denegando a segurança (fls. 108-113).

A impetrante apela, repisando os argumentos expendidos na inicial (fls. 118-124).

A UFBA ofereceu contrarrazões (fls. 131-135).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do apelo (fls. 147-149).

É o relatório.

Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
Relator

V O T O**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO:**

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por estudante aprovada pelo sistema de cotas, em concurso vestibular, com o objetivo de ser regularmente matriculada no curso de Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Ao apreciar o agravo de instrumento interposto da decisão que indeferiu o pedido de liminar, tecidas as seguintes considerações:

A decisão agravada (fls. 11-12) indeferiu a liminar postulada pela ora agravante, ao fundamento de que a mesma não comprovou ter concluído o ensino médio e que, por isso, nenhuma ilegalidade houve no ato da autoridade apontada como coatora, ao recusar a matrícula da candidata.

O cerne da questão, todavia, diz respeito à validade do certificado de conclusão de ensino médio obtido segundo as normas de que trata a Portaria n. 807/2010, do MEC, após aprovação no Enem.

O inciso II do art. 2º da referida norma tem o seguinte teor:

Art. 2º Os resultados do ENEM possibilitam:

(...)

II - a certificação no nível de conclusão do ensino médio, pelo sistema estadual e federal de acordo com a legislação vigente;

(...)

Essa disposição encontra amparo na Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) que, em seu art. 38, § 2º, dispõe que: “Os conhecimentos e habilidades adquiridos pelos educandos por meios informais serão aferidos e reconhecidos mediante exames”.

Vê-se, assim, que o documento que a agravante apresentou (fl. 58), consistente em certificado expedido pelo Superintendente de Desenvolvimento da Educação Básica do Estado da Bahia, autorizado pela Portaria n. 287/2011 da Secretaria de Educação do Estado da Bahia (fl. 39), há que ser admitido como suficiente para a comprovação de conclusão do ensino médio.

Noutro passo, tenho que também se encontra atendido o requisito para a candidata se matricular no sistema de cotas para alunos egressos de escola pública.

A Resolução n. 01/2004 da UFBA (fls. 61-63), que rege os concursos vestibulares da instituição, destina percentual de vagas a alunos que tenham cursado todo o ensino médio e pelo menos uma série entre a quinta e a oitava do ensino fundamental na escola pública, além de fazer exigência relativa à etnia.

Sobre o tema, a Sexta Turma deste Tribunal tem manifestado o entendimento de que não viola o princípio da isonomia a reserva de percentual de vagas dos cursos de graduação a alunos egressos de escola pública.

Em algumas situações submetidas ao crivo deste julgador, deferi o pleito formulado por alunos que, embora egressos de escola particular, ostentavam a condição de bolsista integral, razão pela qual equiparei a frequência em escola privada, com concessão de bolsa integral, à frequência em escola pública.

Considerarei, também, que a decisão não constituía meio de se invadir a seara da autonomia universitária, mas instrumento de adequação do texto do edital a uma hipótese particular e excepcional que não foi contemplada nas normas da instituição de ensino (Agravo de Instrumento n. 0014240-43.2011.4.01.0000).

A hipótese dos autos, a meu ver, também reclama a adoção de meios para se adequar as normas do vestibular da UFBA à peculiar situação em que se encontra a agravante.

Desse modo, se é permitido à estudante obter a certificação de conclusão do ensino médio, mesmo sem a regular frequência às aulas, mediante a submissão às provas do Enem e desde que atendidos os requisitos referentes à idade e à pontuação mínima, e tendo ela cursado todo o ensino fundamental e o primeiro ano do ensino médio em escola pública (fls. 47 e 56), a solução mais coerente é que seja a mesma considerada egressa de escola pública, nos termos da Resolução n. 01/2004 da UFBA.

Decidir de forma diversa e contrária ao pleito da agravante configuraria, a meu ver, frustração à mens legis, pois, como visto, a própria Lei n. 9.494/1996 reconheceu a necessidade de se valorizar os conhecimentos e habilidades adquiridos por meios informais.

Não se pode deixar de reconhecer, por isso, o êxito intelectual de pessoa de baixa renda, conforme se qualifica a ora agravante, que, vencendo todas as adversidades que lhe são impostas pelas vicissitudes da vida, logra aprovação, por méritos próprios, no exame do Enem e em vestibular concorrido. Tal reconhecimento, garantindo-lhe acesso ao nível superior de ensino, pode representar uma mudança no paradigma social de sua vida, questão que não pode ser obnubilada pela exegese meramente legalista da normatização administrativa da instituição de ensino superior.

Confira-se o que foi decidido pela egrégia Quinta Turma deste Tribunal, ao apreciar questão semelhante:

ENSINO. SISTEMA DE COTAS. ALUNA QUE CURSOU UM ANO DO ENSINO MÉDIO EM ESCOLA PARTICULAR COM BOLSA INTEGRAL.

1. A passagem da agravada pelo ensino particular por um ano e com bolsa integral não acarreta diferença significativa, pois continua caracterizada sua hipossuficiência. Não se pode negar-lhe o direito à matrícula, sob pena de se estar realizando uma interpretação literal e excessivamente estreita, em detrimento de um direito fundamental assegurado constitucionalmente.

2. Agravo regimental da UFRA improvido.

(Apelação Cível n. 0003827-47.2007.4.01.3900/PA – Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – e-DJF1 de 20.10.2010)

Mantenho meu entendimento acerca da matéria, razão por que acolho a pretensão da recorrente.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para conceder a segurança e garantir à apelante a matrícula definitiva no curso para o qual foi aprovada, de modo que possa prosseguir regularmente em seus estudos.

Sem custas e sem honorários.

É o meu voto.

Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
Relator

ANEXO C
DECISÃO SOBRE COTAS EM PÓS-GRADUAÇÃO DE UNIVERSIDADE
PÚBLICA



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Terceira Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

ACÓRDÃO

Classe : **Apelação n.º 0000086-04.2010.8.05.0099**
 Foro de Origem: Foro de comarca Ibotirama
 Órgão : Terceira Câmara Cível
Relator(a) : **Desª. Daisy Lago Ribeiro Coelho**
 Apelante : Uneb - Iniversidade do Estado da Bahia
 Advogado : Eduardo Lessa Guimarães (OAB: 5924/BA)
 Apelado : Alexsandro da Rocha Passos
 Advogado : Dominique Oliveira Novaes Teixeira (OAB: 28291/BA)
 Procª. Justiça : Ilona Márcia Reis

 Assunto : Responsabilidade Civil

APELAÇÃO CIVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA DE COTAS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ENTRETANTO IMPETRANTE QUE LOGROU APROVAÇÃO DENTRO DO NUMERO DE VAGAS. LIVRE CONCORRÊNCIA CONFIGURADA. OPINATIVO DO *PARQUET* PELO NÃO PROVIMENTO. APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1 – Em que pese a alegação de não preenchimento dos requisitos para a escolhida vaga de cotista, eis que o Impetrante, pela sua colocação, faz jus à vaga pelo sistema de livre concorrência, não se mostrando razoável que, após lograr sucesso no vestibular, a Impetrada negue a matrícula ao fundamento de inadequação da inscrição.

§ - Mostra-se hodierna e razoável a sentença de primeiro que concede a segurança para garantir, ao Impetrante, a matrícula no Curso de Pós Graduação em Gestão Pública Municipal à distancia da UNEB - Pólo de Ibotirama-Ba, por aprovação no sistema de livre concorrência.

§ - Opinativo do órgão ministerial de 2º. Grau pela manutenção na integra da sentença do juízo *a quo*.

APELO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº0000086-04.2010.8.05.0099, de Ibotirama, em que é apelante **Uneb - Universidade do Estado da Bahia** e apelado Alexsandro da Rocha Passos.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Terceira Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, e assim o fazem pelas razões adiante expostas.

Incorporo ao presente, o relatório constante da r. sentença de 1º grau (fls.68/69), acrescentando que se trata de apelação movida pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB contra decisão que deferiu a segurança em favor de Alexsandro da Rocha Passos.

Inconformada com a sentença de fls. 68/69 que *“concedeu a segurança requerida, determinando à Autoridade Impetrada que proceda a realização do cadastro e da matrícula do impetrante. E, por fim, extingo o processo com julgamento do mérito, nos termos do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicado. Sem condenação na verba honorária, nos termos das súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça. Encaminhe-se copia desta decisão à autoridade coatora. Fica desde já consignado que a sentença deve ser cumprida pela Autoridade Coatora imediatamente, sem que seja necessário aguardar o trânsito em julgado, pois não se aplica ao presente caso o efeito suspensivo”*.

Contrarrazões apresentadas às fls. 78/83, pugnando pelo improvimento do apelo e manutenção da sentença do juízo *a quo*.

Parecer do órgão ministerial de 2º grau às fls.90/95 pela manutenção da sentença de primeiro grau a integra.

É o relatório. **VOTO**.

A sentença de primeiro grau não merece ser reformada, eis que consonante largo entendimento jurisprudencial, não há fundamento legal ou razoável para a negativa de matrícula, em instituição de ensino, a aluno que, mesmo não tendo atendido aos requisitos para ingresso pelo sistema de cotas, logrou aprovação dentro do número de vagas pelo sistema de livre concorrência.

Nesse sentido, vale citar o ementário jurisprudencial que corrobora o entendimento:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO DO ALUNO INDEPENDENTEMENTE DO SISTEMA DE COTAS. DIREITO À MATRÍCULA. 1. Descabe negar matrícula em instituição de ensino a aluno que, mesmo não tendo atendido aos requisitos para ingresso pelo sistema de cotas, logrou aprovação dentro do número de vagas, independentemente



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Terceira Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

do aludido sistema. 2. Remessa oficial e apelação desprovidas. Veja também: AG 2005.01.00.021020-0, TRF1 AMS 2005.33.00.004321-9, TRF1. (TRF-1 - AMS: 699 TO 2007.43.00.000699-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Data de Julgamento: 18/04/2011, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.195 de 29/04/2011)

E mais:

ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR DA ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE PALMAS. EDITAL 07/2006. ALEGADA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA DE COTAS. MATRÍCULA INDEFERIDA POR AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS RESPECTIVOS REQUISITOS. CANDIDATO QUE FEZ PARTE DA AMPLA CONCORRÊNCIA E FORA APROVADO COM A MAIOR NOTA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Tendo em vista que a impetrante obteve, em empate com outro candidato, a maior nota na classificação geral, inclusive dentro da ampla concorrência, resta inequívoca a sua aprovação. 2. Se for considerado que o questionário e as respectivas respostas dos candidatos ficam em poder da Universidade, seria possível a ela verificar a ausência de pressupostos à disputa na condição de cotista, antes da realização da prova. Assim, as inscrições indevidas deveriam ser corrigidas desde logo, evitando-se o indeferimento das matrículas dos concorrentes, posteriormente à realização das provas, já que os candidatos, de boa-fé, prestaram informações verídicas, mas não conseguiram comprovar o preenchimento dos requisitos exigidos para o ingresso no curso pretendido. 3. Da análise das fichas de inscrição de cotistas para vestibulares em universidades públicas, não há nenhum campo específico onde o vestibulando possa indicar, de forma inequívoca, que, realmente, pretende participar do exame vestibular como cotista. Há apenas os questionamentos sobre a "Origem (rede de ensino)" - item 14 e "Etnia" - item 15, não ficando ele, por isso mesmo, restrito à classificação por esse sistema. Descabida, pois, a negativa ao seu legítimo direito à matrícula. 4. "Não havendo comprovação de que a aluna optou por concorrer o concurso vestibular como cotista e tendo ela logrado aprovação dentro do número de vagas, independentemente do sistema de cotas, não lhe pode ser negada a matrícula ao argumento de que ela não atendeu aos requisitos de tal sistema, nos termos



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Terceira Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

da Resolução nº 01/04. Em conseqüência, é de todo desprovida de utilidade a discussão travada nos autos quanto à aplicabilidade de tal Resolução" (AMS 2005.33.00.005922-4/BA, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ de 02/02/2006, p.104). 5. Remessa oficial improvida.

(TRF-1 - REOMS: 276 TO 2006.43.00.000276-3, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 18/06/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 04/07/2008 e-DJF1 p.179).

E ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. REGRAS DO VESTIBULAR/2005 DA UFBA. APROVAÇÃO DA ALUNA INDEPENDENTEMENTE DO SISTEMA DE COTAS. DIREITO À MATRÍCULA. 1. Não havendo comprovação de que a aluna optou por concorrer no vestibular como cotista, e tendo logrado aprovação dentro do número de vagas, independentemente do sistema de cotas, não lhe pode ser negada a matrícula, ao argumento de que não atendeu aos requisitos de tal sistema, nos termos da Resolução 01/2004. Em conseqüência, é de todo desprovida de utilidade a discussão travada nos autos quanto à aplicabilidade de tal Resolução. 2. Apelação da Impetrante provida para, reformando a sentença, conceder a segurança, assegurando-lhe a matrícula no curso de Artes Plásticas da UFBA. (TRF-1 - AMS: 6515 BA 2005.33.00.006515-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Data de Julgamento: 11/10/2006, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 09/11/2006 DJ p.57).

Em que pese a alegação de não preenchimento dos requisitos para a escolhida vaga de cotista, eis que o Impetrante, pela sua colocação, faz jus à vaga pelo sistema de livre concorrência, não se mostrando razoável que, após lograr sucesso no vestibular, a Impetrada negue a matrícula ao fundamento de inadequação da inscrição.

Demais disso, a adequação da inscrição deve ser apurada quando do próprio ato, e não após o sucesso do vestibulando.

Destarte, mostra-se hodierna e razoável a sentença de primeiro que concede a segurança para garantir, ao Impetrante, a matrícula no Curso

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

de Pós Graduação em Gestão Pública Municipal à distancia da UNEB - Pólo de Ibotirama-Ba, por aprovação no sistema de livre concorrência

Diante do exposto, acompanhando opinativo do *Parquet*, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se incólume a sentença hostilizada por seus próprios termos e fundamentos.

Sala das sessões, de de 2013.

PRESIDENTE

***DESA. DAISY LAGO RIBEIRO COELHO
RELATORA***

PROCURADOR(A) DA JUSTIÇA

ANEXO D

**DECISÕES SOBRE NATUREZA JURÍDICA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO
PARA FINS DE INSCRIÇÃO EM PROCESSO SELETIVO POR MEIO DAS
COTAS.**



ACÓRDÃO

Classe : **Apelação n.º 0008687-56.2010.8.05.0274**
Foro de Origem : Foro de comarca Vitória Da Conquista
Órgão : Quinta Câmara Cível
Relator : **Renato Ribeiro Marques Da Costa**
Apelante : Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - Uesb
Advogado : Maria Creuza de Jesus Viana (OAB: 7409/BA)
Advogado : Wilson Marcilio dos Santos (OAB: 92B/BA)
Apelado : Micaela Caires Pires
Advogado : Alan Gomes Fernandes (OAB: 18360/BA)
Proc. Justiça : Washinton Araujo Carigé

Assunto : Ensino Superior

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA DE COTAS. RECUSA EM EFETIVAR MATRÍCULA DE APROVADA ATRAVÉS DO REGIME ESPECIAL DE PROVIMENTO SOB ALEGAÇÃO DE NÃO PREENCHIMENTO DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO EDITAL E NA RESOLUÇÃO CONSEPE N° 037/2008, ALTERADO PELA RESOLUÇÃO CONSEPE N° 079/2009 POR TER ESTUDADO EM ENTIDADE BENEFICENTE, DE CARÁTER FILANTROPICO, MANTIDA PELA PODER PUBLICO E POR CONTA DISSO EQUIPARADA ÀS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO.

1. Na hipótese dos autos, o indeferimento da matrícula da impetrante/ recorrida se deveu ao fato dela ter cursado a 5ª, 6ª e 7ª séries do ensino fundamental em instituição privada.
2. Contudo, o ato administrativo que negou a matrícula da impetrante/apelada em universidade pública pelo sistema de cotas apenas por cursado parte do ensino fundamental em entidade beneficente de caráter social, se mostra ofensivo ao princípio da razoabilidade por não se compatibilizar com a concretização do sentido teleológico da política de inclusão, que é justamente o de assegurar, por meio de uma política compensatória de condições, o acesso à educação superior de alunos hipossuficientes ou oriundos de segmentos sociais historicamente marginalizados em razão da desigualdade educacional que enfrentam na concorrência com os alunos oriundos da rede privada.
3. Por essa razão a jurisprudência dos nossos Tribunais passou a reconhecer a equiparação das entidades educacionais de caráter filantrópico e assistencial, ainda que privadas, às instituições da rede pública de ensino.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro -

CEP: 41745971 - Salvador/BA

§ Como a Constituição impõe a vinculação imediata dos juízes e tribunais à efetivação dos direitos fundamentais, os critérios objetivos estabelecidos na Resolução nº 37/2008 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UESB, para o ingresso nos cursos de graduação por ela oferecidos, através do sistema de reserva de vagas, devem ser interpretados de forma a emprestar máxima efetividade aos artigos 205 e 206 da Constituição Federal de 1988, que asseguram a universalização do acesso ao ensino público.

§ Tal circunstância torna ilegal o indeferimento da matrícula de aluna aprovada pelo sistema de reserva de vagas apenas por ter cursado da 5ª a 7ª série do ensino fundamental em instituição beneficente, de caráter filantrópico, que, embora privada, proporcionava educação gratuita a estudantes carentes. Entender o contrário, a partir de uma interpretação meramente gramatical dos requisitos previstos para o ingresso de estudante pelo sistema de cotas, importa em esvaziar o objetivo das políticas de inclusão no ensino superior que não é outro senão o de facilitar o acesso à universidade dos estudantes pobres que não tiverem a chance de desfrutar da mesma qualidade de ensino ofertada aos alunos da rede privada.

§ DESPROVIMENTO DO APELO.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de nº 0008687-56.2010.8.05.0274 em que figuram, como apelante a UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA – UESB, e como apelada MICAELA CAIRES PIRES .

Acordam, os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, pelas razões que integram o voto condutor:

Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto pela UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA – UESB contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por MICAELA CAIRES PIRES em face de ato invecivado de portar lesividade, atribuído ao REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA – UESB, que indeferiu a matrícula da impetrante no curso de Bacharelado em Direito, para o qual foi aprovada através de regime especial de provimento, sob alegação de não preenchimento das exigências previstas no Edital e na Resolução CONSEPE nº 037/2008, alterado pela Resolução CONSEPE nº 79/2009.

Na *r.* sentença, o Magistrado de piso julgou procedente o pedido, concedendo a segurança postulada por constatar que a impetrante estudou da 5ª à 7ª séries do ensino fundamental em Escola Comunitária, mantida pelo Poder Público e que ministra ensino gratuito, sendo, por conta disso, equiparada às instituições públicas de ensino para o fim de habilitar seus alunos a concorrerem as vagas de graduação universitária pelo sistema de reservas de vagas.

Irresignada, a UNIVERSIDADE DO SUDOESTE DA BAHIA – UESB interpôs o presente apelo, sustentando, nas razões recursais (fls. 122/125), que o impetrante não atendeu os requisitos objetivos estabelecidos na Resolução CONSEPE nº 37/2008 e no Edital nº 038/2010, o que importou a inadmissibilidade de sua matrícula, não existindo direito líquido e certo que o ampare, porquanto a norma administrativa é clara quanto ao critério estabelecido previamente no edital para o ingresso de estudante na condição de cotista: *“a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares, ou ensino equivalente, em estabelecimento da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio”*.

Contrarrazoando às fls. 128/134, a apelada rebate o argumento utilizado pelo apelante para o indeferimento de sua matrícula, ao afirmar que acostou documentação comprobatória do caráter filantrópico e assistencial do Centro Educacional Cenecista Mons. Fernando Santana, em que cursou a 5ª, 6ª e 7ª séries, instituição que ao ser mantida com a ajuda da comunidade, da



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

Prefeitura e através de um convênio com o Governo do Estado, estaria equiparada a uma escola da rede pública de ensino.

Nesse diapasão, cita diversos precedentes jurisprudenciais reconhecendo a equiparação das entidades de ensino sem fins lucrativos, ainda que particulares, às entidades públicas, para fins de admissão de seus alunos pelo sistema de cotas.

Assim, defende a desconsideração da literalidade da exigência de estudo em rede pública enfatizando a finalidade social das políticas afirmativas, para amparar os alunos carentes que tenham frequentado entidade educacional de caráter filantrópico.

No pronunciamento de fls. 141/152, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do apelo.

Encaminhados os autos à Segunda Instância, distribuídos para a Quinta Câmara Cível, coube-me a relatoria, pelo que peço data para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, adentra-se o mérito recursal.

A forma de implementação de ações afirmativas no seio da universidade através da fixação de normas objetivas de acesso às vagas pelo sistema de cotas fazem parte da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, assegurada às universidades pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Possuindo autonomia didático-científica e administrativa, a universidade, dentro dos poderes que lhe são conferidos, pode estipular regras de acesso à instituição através de cotas aos estudantes egressos de escolas públicas ou que pertençam a grupos étnicos historicamente excluídos, como



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

afrodescendentes e indígenas, desde que sejam cumpridos determinados requisitos, garantindo a igualdade material estabelecido pelo art. 206 da Constituição Federal.

Com base neste princípio, foram estabelecidos na Resolução CONSEPE nº 37/2008 e no Edital nº 70/2008, os seguintes critérios objetivos para o ingresso na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia pelo sistema de cotas.

O art. 1º, da Resolução nº 37/2008, do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão – CONSEPE, com as alterações promovidas pela Resolução CONSEPE nº 79/2009 assim dispõe:

“Art. 1º Instituir reserva de vagas em todos os cursos de graduação da UESB, correspondente a 50% (cinquenta por cento) das vagas de cada curso e em cada turno, para estudantes que comprovem a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares (5ª, 6ª, 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e 1º, 2º e 3º ano do ensino médio), ou ter realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimento da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio, vetado aos portadores de diploma de ensino superior, a serem preenchidas de acordo com os percentuais e critérios abaixo, na seguinte ordem de prioridade:

- a) 70% (setenta por cento) destas vagas reservadas serão destinadas aos estudantes que se autodeclararem negros (somatório das categorias pretos e pardos, segundo classificação étnico-racial adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), o que corresponde a 35% das vagas regulares;*
- b) 30% (trinta por cento) das vagas reservadas adotarão apenas a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de*



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

estudos regulares, ou que tenham realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimentos da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio, sem qualquer outra condicionalidade ou recorte de composição de qualquer natureza, o que corresponde a 15% do total de vagas regulares.

(...).

§ 5º - Entende-se por escola da rede pública de ensino, as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público, na forma estabelecida no art. 19, I, da Lei 9.394/96, ficando vedado aos estudantes bolsistas de quaisquer modalidades da rede particular de ensino, concorrer às vagas do sistema de quotas.”

Por sua vez, o Edital nº 038/2010 que regeu o Concurso Vestibular 2010.2. da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia/UESB, estabelece:

“3.4. No quadro de vagas indicadas no Anexo Único está incluído o número correspondente ao sistema de reserva de vagas instituído pelo Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão – CONSEPE, através da Resolução nº 37/2008, publicada no Diário Oficial do Estado (DOE), de 18 de julho de 2008, alteradas pelas Resoluções nºs. 79/2009 e 21/2010, nas seguintes proporções:

- 50% (cinquenta por cento) das vagas de cada curso e em cada turno, para estudantes que comprovem a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares, ou ensino equivalente, em estabelecimentos da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio, vedado aos portadores de diploma de nível superior, a serem preenchidas de acordo com os



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

percentuais e critérios abaixo, na seguinte ordem de prioridade:

- a) 70% (setenta por cento) desta vagas reservadas serão destinadas aos estudantes que se autodeclararem negros (somatório das categorias pretos e pardos, segundo classificação étnico-racial adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), o que corresponde a 35% das vagas regulares;*
- b) 30% (trinta por cento) das vagas reservadas adotarão apenas a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares, ou que tenham realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimentos da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio, sem qualquer outra condicionalidade ou recorte de composição de qualquer natureza, o que corresponde a 15% do total de vagas regulares.”*

Observa-se, portanto, que para o ingresso na Universidade através do sistema de reserva de vagas para os egressos de escola pública exige-se o preenchimento seguinte requisito: *a) comprovação de procedência com aprovação, dos últimos 7 (sete) anos de estudos regulares (5ª, 6ª, 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e 1º, 2º e 3º ano do ensino médio) ou ter realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimento da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir da 5ª série, e todo o Ensino Médio;*

Na hipótese dos autos, o indeferimento da matrícula da impetrante/ recorrida se deveu ao fato dela ter cursado a 5ª, 6ª e 7ª séries do ensino fundamental em instituição privada.

Contudo, o ato administrativo que negou a matrícula da impetrante/apelada em universidade pública pelo sistema de cotas apenas por cursado parte do ensino fundamental em entidade beneficente de caráter social, se mostra ofensivo ao princípio da razoabilidade por não se compatibilizar com a concretização do sentido teleológico da política de inclusão, que é justamente o de assegurar, por meio de uma política



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quinta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

compensatória de condições, o acesso à educação superior de alunos hipossuficientes ou oriundos de segmentos sociais historicamente marginalizados em razão da desigualdade educacional que enfrentam na concorrência com os alunos oriundos da rede privada.

Por essa razão a jurisprudência dos nossos Tribunais passou a reconhecer a equiparação das entidades educacionais de caráter filantrópico e assistencial, ainda que privadas, às instituições da rede pública de ensino.

Nesse sentido cumpre citar os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. ESCOLA CENECISTA. ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO DE ENSINO GRATUITO. NATUREZA DO SERVIÇO EQUIPARADA AO PRESTADO PELA ESCOLA PÚBLICA. LIMINAR CONCESSIVA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. 1. PRETENDEU A AUTORA/IMPETRANTE, OBTER PROVIMENTO JUDICIAL QUE DETERMINASSE À UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS -UFAL, QUE SUSPENDESSE O BLOQUEIO DA SUA MATRÍCULA NO CURSO DE QUÍMICA, TENDO EM VISTA A SUA APROVAÇÃO NO EXAME VESTIBULAR, ATRAVÉS DO SISTEMA DE COTAS. 2. OS COLÉGIOS CENECISTAS, EMBORA SEJAM ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO, PRESTAM ATIVIDADE EDUCACIONAL GRATUITA, DE NATUREZA EQUIPARADA À PÚBLICA, PERMITINDO O ACESSO À ESCOLA DAS CAMADAS SOCIAIS MENOS FAVORECIDAS, E QUE NÃO TIVERAM A OPORTUNIDADE DE MATRICULAR-SE NA ESCOLA PÚBLICA PROPRIAMENTE DITA. A ATIVIDADE EDUCACIONAL EXERCIDA POR TAIS INSTITUIÇÕES, NA ÉPOCA EM QUE A IMPETRANTE FOI ALUNA, TINHA CARÁTER FILANTRÓPICO (ENSINO GRATUITO) ASSUMINDO, POIS, NATUREZA EQUIVALENTE AO ENSINO PÚBLICO, E



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

PRESTANDO RELEVANTE SERVIÇO DE INTERESSE COLETIVO, MUITAS VEZES SUPRINDO A FALTA DE VAGAS NA REDE OFICIAL DE ENSINO.

3. COM A LIMINAR CONCEDIDA, RATIFICADA NA SENTENÇA, ASSEGUROU-SE À IMPETRANTE O DIREITO DE TER EFETUADA A MATRÍCULA NO CURSO DE QUÍMICA, O QUE RENDEU ENSEJO AO SURGIMENTO DO FATO CONSUMADO.

4. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDAS. (TRF-5, APELREEX 8402-AL., TERCEIRA TURMA, REL. DES. GERALDO APOLIANO. DJE. 17/06/2010).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO CURSADOS EM ESCOLA PARTICULAR. ENTIDADE FILANTRÓPICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS MENSALIDADES. HIPOSSUFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO. I - A limitação imposta pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, quanto ao ingresso naquela instituição de ensino, pelo sistema de cotas, a alunos que tenham cursado o ensino médio e fundamental em escola pública, agride frontalmente a norma constitucional que proíbe qualquer forma de discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil, em flagrante violação ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput) e inviabiliza a realização de um dos objetivos fundamentais da Carta Magna, qual seja, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, IV), agredindo, também, a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, por não encontrar amparo legal para se sustentar. II - A todo modo, apesar de toda a controvérsia acerca da legitimidade, ou não, do sistema de cotas, o que se verifica, na sua essência, é que um de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

seus alardeados objetivos, seria propiciar ao aluno integrante de uma suposta minoria excluída, aí incluído aquele economicamente hipossuficiente, a possibilidade de acesso ao ensino superior. III - Em sendo assim, afigura-se ilegítima a recusa da Instituição de Ensino Superior em matricular o candidato hipossuficiente, aprovado com êxito dentro das vagas destinadas ao sistema de cotas sociais, sob o fundamento de que o ensino fundamental e médio foram cursados em escola particular, mormente em se tratando de hipótese, como no caso, que se trata de escola filantrópica, mantida pela Fundação Bradesco, sem fins lucrativos e que realiza as suas atividades sem a cobrança de mensalidades, equiparando-se, portanto, a impetrante aos alunos oriundos de escola pública. IV - Apelação e Remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.(TRF-1 - AMS: 34615920124013600 MT 0003461-59.2012.4.01.3600, Relator Des. Federal SOUZA PRUDENTE, julgado em 20/11/2013, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.43 de 27/11/2013).

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CONCURSO VESTIBULAR. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ. SISTEMA DE COTAS. CONCORRÊNCIA ÀS VAGAS RESERVADAS AOS ESTUDANTES QUE CURSARAM INTEGRALMENTE O ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO EM ESCOLA PÚBLICA. MATRÍCULA INDEFERIDA EM VISTA DO AUTOR NÃO PREENCHER CONDIÇÃO DO EDITAL DE INSCRIÇÃO. 1. O próprio autor informa que cursou parte do ensino fundamental em instituição de ensino privada, o que lhe retira a possibilidade de concorrer pelo sistema de cotas instituído pela Universidade, já que essas vagas estão reservadas para aqueles que cursaram integralmente o ensino fundamental e médio em escola pública. 2. As instituições de ensino filantrópicas são equiparadas às escolas privadas, uma vez que os candidatos carentes que ali cursaram o ensino médio ou



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

fundamental, ainda que com bolsa integral, poderão concorrer às vagas gerais das universidades públicas em igualdade de condições com os demais candidatos das escolas privadas, porquanto a razão do discrimen não é a condição econômica do aluno, mas a qualidade do ensino a que teve acesso. 3. Recurso de apelação e reexame necessário a que se dá provimento, ressaltando, porém, os efeitos dos atos acadêmicos realizados ao amparo das medidas judiciais deferidas em havendo conclusão, com êxito, dos componentes curriculares. (TRF-1 - AC: 2019 PI 0002019-56.2011.4.01.4000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, julgado em 18/03/2013, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.114 de 25/03/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). SISTEMA DE COTAS. ESCOLA INTEGRANTE DA CAMPANHA NACIONAL DE ESCOLAS DA COMUNIDADE (CNEC). EQUIPARAÇÃO A ESCOLA PÚBLICA. DIREITO À MATRÍCULA. 1. Ilegítimo o ato administrativo que nega matrícula de estudante em instituição de ensino federal pelo sistema de cotas da rede pública quando, no caso, é proveniente de instituição pertencente ao quadro de Escolas da Campanha Nacional de Escolas da Comunidade - CNEC, sendo entidade filantrópica declarada de Utilidade Pública Federal pelo Decreto 36.505/54 e registrada junto ao Conselho Nacional de Assistência Social, como Entidade Beneficente de Assistência Social. Com efeito, tal instituição de ensino, por prestar serviços educacionais gratuitamente, equipara-se a escola pública. 2. Agravo regimental da UFBA improvido. (TRF-1 - AGRAC: 3122 BA 0003122-35.2009.4.01.3300, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, julgado em 05/09/2012, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.395 de 14/09/2012).



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

Como a Constituição impõe a vinculação imediata dos juízes e tribunais à efetivação dos direitos fundamentais, os critérios objetivos estabelecidos na Resolução nº 37/2008 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UESB, para o ingresso nos cursos de graduação por ela oferecidos, através do sistema de reserva de vagas, devem ser interpretados de forma a emprestar máxima efetividade aos artigos 205 e 206 da Constituição Federal de 1988, que asseguram a universalização do acesso ao ensino público.

Tal circunstância torna ilegal o indeferimento da matrícula de aluna aprovada pelo sistema de reserva de vagas apenas por ter cursado da 5ª a 7ª série do ensino fundamental em instituição beneficente, de caráter filantrópico, que, embora privada, proporcionava educação gratuita a estudantes carentes. Entender o contrário, a partir de uma interpretação meramente gramatical dos requisitos previstos para o ingresso de estudante pelo sistema de cotas, importa em esvaziar o objetivo das políticas de inclusão no ensino superior que não é outro senão o de facilitar o acesso à universidade dos estudantes pobres que não tiverem a chance de desfrutar da mesma qualidade de ensino ofertada aos alunos da rede privada.

Ex positis, **voto pelo improvimento** do apelo, mantendo integralmente a sentença, inclusive em reexame necessário.

Salvador, de de 2014.

PRESIDENTE

RENATO RIBEIRO MARQUES DA COSTA
RELATOR

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº
2008.33.00.006860-8/BA
Processo na Origem: 68598020084013300

RELATOR : JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS
CONVOCADO
APELANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA
PROCURADORA : ADRIANA MAIA VENTURINI
APELADO : ENIO DE LIMA BARRETO
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS SOUZA FERREIRA E OUTROS(AS)
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA - BA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO CURSADOS EM ESCOLA MANTIDA PELO ERÁRIO. HIPOSSUFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO.

I – A limitação imposta pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, quanto ao ingresso naquela instituição de ensino, pelo sistema de cotas, a alunos que tenham cursado o ensino médio e fundamental em escola pública, agride frontalmente a norma constitucional que proíbe qualquer forma de discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil, em flagrante violação ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput) e inviabiliza a realização de um dos objetivos fundamentais da Carta Magna, qual seja, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV), agride, também, a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, por não encontrar amparo legal para se sustentar.

II - A todo modo, apesar de toda a controvérsia acerca da legitimidade, ou não, do sistema de cotas, o que se verifica, na sua essência, é que um de seus alardeados objetivos, seria propiciar ao aluno integrante de uma suposta minoria excluída, aí incluído aquele economicamente hipossuficiente, a possibilidade de acesso ao ensino superior.

III – Em sendo assim, afigura-se ilegítima a recusa da Instituição de Ensino Superior em matricular o candidato hipossuficiente, aprovado com êxito dentro das vagas destinadas ao sistema de cotas sociais, sob o fundamento de que o ensino fundamental e o médio foram cursados no Centro Educacional e Assistencial Quijinguense – CEAQ, mormente em se tratando de hipótese, como no caso, em que a referida escola é entidade filantrópica, sem fins lucrativos, mantida pelo Estado da Bahia e pelo Município de Quijinguense, equiparando-se, portanto, o impetrante aos alunos oriundos de escola pública.

IV – Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.
Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Em 05/09/2012.

Juiz Federal **CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS**

Relator convocado

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS

(RELATOR CONVOCADO):

Cuida-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Enio de Lima Barreto contra ato do Sr. Reitor da Universidade Federal da Bahia - UFBA, concedeu a segurança pleiteada, *“para reconhecer o direito do impetrante ao ingresso o curso de Engenharia de Minas da UFBA na condição de “cotista”, se para tanto não existir outro obstáculo que não os expressamente contemplados neste **decisum**.”* (fls. 181/188).

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, a legitimidade do ato impugnado, na medida em que teria sido praticado de acordo com o previsto no edital que rege o exame vestibular da UFBA, segundo o qual o ingresso na referida instituição de ensino, pelo sistema de cotas, somente é devido àqueles alunos oriundos de instituição pública de ensino, hipótese não ocorrida no caso em exame, eis que o impetrante cursou o ensino médio no Centro Educacional e Assistencial Quijinguense - CEAQ, entidade filantrópica, sem fins lucrativos. Requer, pois, o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença recorrida, denegando-se a segurança buscada (fls. 198/204-V).

Com as contrarrazões de fls. 207/213, subiram os autos a este egrégio Tribunal, por força, também, da remessa oficial interposta, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da Republica pelo desprovimento da apelação e da remessa oficial (fls. 218/219-v).

Este é o relatório.

VOTO

**O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS
(RELATOR CONVOCADO):**

I

No caso em exame, o juízo monocrático concedeu a segurança buscada, sob o fundamento de que o impetrante, embora tenha cursado o ensino fundamental e o médio no Centro Educacional e Assistencial Quijinguense - CEAQ, assim o fez em escola mantida pelo erário, sem fins lucrativos, equiparando-se, assim, o impetrante aos alunos oriundos de instituição pública de ensino, fazendo jus, portanto, ao ingresso no ensino superior, junto à instituição de ensino recorrente, pelo sistema de cotas, em virtude de regular aprovação em processo seletivo, para essa finalidade.

Compulsando os presentes autos, verifica-se que, efetivamente, o impetrante cursou o ensino fundamental e o médio em escola filantrópica, sem fins lucrativos, mantida pelo Estado da Bahia e pelo Município de Quijinguense.

Sobre o sistema de cotas para acesso ao ensino superior, tenho convicção formada, no sentido de que, não obstante a nobreza da intenção de que estão imbuídas as medidas dessa natureza, a sua instituição representa flagrante violação ao princípio da igualdade assegurado em nossa Constituição Federal (CF, art. 5º, *caput*) e inviabiliza a realização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV).

Há de se ver que a igualdade constitucionalmente protegida visa, a despeito do sistema de cotas, garantir a igualdade de recursos, condições e oportunidades das pessoas, a fim de possibilitar a disputa equânime e a concorrência leal entre os candidatos ao direito buscado, aqui, ao nível superior de ensino, afigurando-se desinfluyente, para fins de se alcançar esse tratamento isonômico, a circunstância do aluno ter cursado o ensino médio em escola particular, pois se assim o fez, certamente, é porque a atuação do Estado mostrou-se falha no cumprimento de um de seus deveres institucionais, insculpidos em nossa Constituição Federal (CF, art. 205)

Sob este enfoque, garantir-se tão-só o ingresso aos bancos universitários por meio de ações discriminatórias servem, a meu ver, para afirmar e perpetuar a

combatida "inferioridade" de méritos de parte substancial da população, a quem supostamente se pretende proteger.

A afirmação da dignidade da pessoa humana está, justamente, em garantir o desenvolvimento dos méritos pessoais próprios, resguardando-se, assim, a igualdade formal e material entre as pessoas. Restringir as ações sociais a somente uma parcela da sociedade, no sentido de reconhecer a defasagem do ensino público e conceder privilégios aos que o freqüentam afigura-se manifestamente contrário aos objetivos de construção de uma sociedade justa, de erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação, de qualquer natureza.

Especificamente com relação ao acesso à educação, mais claro ainda o objetivo do constituinte originário de determinar ações com fins a efetivar a aplicação do princípio do mérito, ao dispor, em seu art. 205, que;

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

Corroborando o que dispõe o artigo acima, segue o constituinte afirmando:

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

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

.....

VII - garantia de padrão de qualidade.

.....

Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

.....

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

.....

Mantendo o objetivo constitucional, em análise, a Lei nº. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, limitou-se a repetir os preceitos supra, conforme se vê da leitura dos arts. 2º, 3º, I e IX, e 4º, V e IX.

Posta a questão nestes termos, verifica-se que a própria implementação do sistema de cotas, ofende frontalmente a norma constitucional que proíbe qualquer forma de discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil,

bem como a garantia de acesso e permanência ao ensino público em igualdade de condições, mas também agride a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, por não encontrar amparo legal para sustentar-se.

Com efeito, a Constituição Federal, ao conceder o gozo de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (art. 207, caput) às universidades, outorga-lhes poderes para as seguintes atribuições:

Lei nº. 9.394/96 - Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

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

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

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente.

Apesar da enumeração acima não ser exaustiva, da leitura do artigo supra observa-se claramente que não se pretendeu, nem mesmo em legislação infraconstitucional, conferir-se qualquer competência às universidades para legislar sobre políticas sociais de inclusão de qualquer grupo social. Ao contrário, determinou-se rigor na observância ao princípio do livre acesso e do mérito do candidato, como já dito.

A todo modo, apesar de toda a controvérsia acerca da legitimidade, ou não, do sistema de cotas, o que se verifica, na sua essência, é que um de seus alardeados objetivos, seria propiciar ao aluno integrante de uma suposta minoria excluída, aí incluído aquele economicamente hipossuficiente, a possibilidade de acesso ao ensino superior.

Sob esse prisma, afigura-se manifesta a legitimidade da pretensão mandamental postulada pelo impetrante, na espécie em comento.

Com efeito, segundo noticiado nos autos, o recorrido, embora tenha cursado o ensino fundamental e o médio em escola filantrópica, assim o fez sem pagar as mensalidades, circunstância essa, contudo, que, longe de afastar, apenas confirma o estado de hipossuficiência do impetrante, caracterizando-se, assim, o preenchimento daquele requisito tido por descumprido pela autoridade impetrada.

Com estas considerações, **nego provimento** à apelação e à remessa oficial, mantendo-se a sentença recorrida, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

ANEXO E

DECISÕES SOBRE COTAS E PORTADORES DE DEFICIÊNCIA.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quarta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
 Salvador/BA

ACÓRDÃO

Classe : **Apelação n.º 0002081-23.2010.8.05.0141**
Foro de Origem : Salvador
Órgão : Quarta Câmara Cível
Relator(a) : **Desª. Gardenia Pereira Duarte**
Apelante : Arthur Trindade Fraga e Moura
Advogado : Osvaldo Bulhões (OAB: 2342/BA)
Apelado : Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - Uesb
Advogado : Maria Creuza de Jesus Viana (OAB: 7409/BA)
Advogado : Wilson Marcilio dos Santos (OAB: 92B/BA)

Assunto : Reserva de Vagas para Deficientes

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA-UESB. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE FREQUÊNCIA DE, NO MÍNIMO, 07 (SETE) ANOS EM ENSINO DA REDE PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. LEGALIDADE DO ATO. AUTONOMIA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PARA REGULAR SUAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS. NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

1 – A Carta Magna confere às Universidade Públicas autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, norma que fora regulamentada pela Lei de Diretrizes e Bases, cujo texto assegura a essas instituições a elaboração e reforma dos seus estatutos e regimentos.

2 – O artigo 28, do Decreto Lei nº 3.298/99, garante o acesso dos portadores de deficiência à educação profissional (curso profissionalizante) e não a curso de nível superior em Instituição Pública de Ensino. Observe-se que no § 2º do citado dispositivo legal fora previsto somente o oferecimento de cursos profissionais de nível básico.

3 – Os artigos 6º e 7º, da Lei nº 7.853/89, apenas tratam das políticas nacionais de integração das pessoas portadoras de deficiência, prevendo o acesso à educação, mas nada estatuem acerca das cotas em Universidades Públicas.

4 - A resolução da CONSEPE de nº 37/2008, em seu artigo 1º, estatui como requisito para o ingresso pelo sistema de reserva de vagas a comprovação de, no mínimo, 07 (sete) anos de estudos regulares no ensino da rede pública, regra expressamente prevista no edital nº 113/2009 do processo seletivo do vestibular da UESB.

5 - Impetrante conhecia os requisitos exigidos no edital desde o momento da inscrição no vestibular.

6 - O artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, utilizado pelo apelante como razões de recorrer, trata da reserva de cotas para ingresso em cargo público e não em Instituição de Ensino Superior.

7 - O ingresso do apelante no ensino superior se deu em face de decisão liminar, a

qual produziu mera expectativa de direito, haja vista sua precariedade.
8 - Recurso Conhecido e Improvido.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quarta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0002081-23.2010.8.05.0141**, de Jequié, em que são partes, como Apelante, **Arthur Trindade Fraga e Moura e**, como Apelada, **Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB**.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, pelas razões seguintes.

Adota-se o relatório da sentença de fls. 124/126, acrescentando tratar-se de apelação contra sentença proferida em Mandado de Segurança que julgou improcedente o pleito formulado no *writ*, denegando a segurança requerida.

Alegou o apelante que o magistrado julgou o feito sem a observância das normas jurídicas aplicáveis aos portadores de deficiência física, haja vista ter violado os artigos 203, inciso IV, 205 e 208, inciso III, todos insertos na Constituição Federal de 1988, bem como do Decreto Lei nº 3.298/1999.

Sustentou que o artigo 28, do referido Decreto Lei, prevê o acesso aos alunos portadores de deficiência, egressos do ensino fundamental ou médio, de instituições públicas ou privadas, à educação profissional, com o escopo de lhes proporcionar oportunidades no mercado de trabalho. Suscitou, ainda, que os artigos 6º e 7º, da Lei nº 7.853/89, versam acerca da inclusão dos portadores de deficiência nas iniciativas governamentais, inclusive no que tange a educação.

Aduziu que a legislação em comento não prevê que o acesso seja oportunizado somente aos portadores de deficiência que tenham cursado o ensino fundamental e médio em escola pública, mas também para aqueles egressos de ensino particular, como no caso do recorrente. Afirmou que a resolução CONSEPE de nº 037/2008, alterada pela resolução de nº 79/2009, não pode se sobrepor à Carta Magna e legislação federal acima citada, motivo pelo qual não há como prevalecer o indeferimento de matrícula por parte da apelada.

Afirmou, na oportunidade, que o art. 5º, §2º, da Lei nº 8.112/90, garante a reserva de 20% das vagas ofertadas em concurso público aos portadores de deficiência, bem como que a apelada teria ferido tal dispositivo pátrio, haja vista não ter matriculado os 20% de deficientes físicos. Isso porque a recorrida teria reservado 20% das vagas para grupos étnicos, não se atentando, portanto, à



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quarta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

questão da deformidade física.

Por fim, alegou que o indeferimento de matrícula do apelante, pautado em legislação estadual e resoluções do Estado, violou dispositivos da Constituição Federal e legislação federal, o que não se pode admitir.

Requeru, ao final, a reforma do *decisum* hostilizado com a consequente manutenção da liminar, de fls. 56, e a concessão definitiva da matrícula do recorrente no Curso de Odontologia da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – Campus de Jequié.

Devidamente intimada, a Apelada apresentou contrarrazões, fls. 161/164.

A Procuradoria de Justiça, em parecer, se manifestou pelo improvimento do Apelo.

É o Relatório.

A questão proposta no presente apelo foi muito bem analisada no Parecer Ministerial, ora adotado como razões de decidir:

Em relação às questões meritórias, cinge-se o objeto da contenda na discussão acerca da legalidade ou não da limitação da reserva de vagas para deficientes físicos aos estudantes que comprovem a frequência em no mínimo sete anos no Ensino Público.

A reserva de vagas em concursos públicos, como se qualifica o vestibular realizado pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, é uma política de ação afirmativa, que segrega para promover a inclusão dos grupos minoritários, como, por exemplo, os deficientes físicos no mercado de trabalho.

Assim, a reserva de vagas se ampara na diversidade e na promoção de oportunidades com o escopo de promover as capacidades humanas e a igualdade.

Tais ações afirmativas, entretanto, podem ou não ser empreendidas pelas Universidades Públicas que, a partir do princípio da autonomia didática, financeira e organizacional devem estabelecer os parâmetros e requisitos das políticas de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Quarta Câmara Cível
 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
 - Salvador/BA

inclusão.

Nessa esteira, aflora a legalidade do ato impugnado, pois cada instituição de ensino é livre para regular as suas políticas afirmativas, desde que em conformidade com a Constituição Federal e a legislação vigente, não cabendo ao Poder Judiciário intervir nesse poder-dever de auto-organização.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 207 traz contornos constitucionais à autonomia das universidades: [...]

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.394/96, que trata das Diretrizes e bases da educação nacional. O artigo 53 da referida lei cuida do alcance e dos limites da autonomia universitária:

[...]

O Ministro Humberto Martins explicita esse entendimento: [...]

Deste modo, oportuno observar que embora a Carta Magna preveja políticas públicas de inclusão dos portadores de deficiência, confere às Universidade Públicas autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, norma que fora regulamentada pela Lei de Diretrizes e Bases, cujo texto assegura a essas instituições a elaboração e reforma dos seus estatutos e regimentos. Logo, não há que se falar em violação a dispositivos de Constituição Federal, nem mesmo de legislação federal pátria.

Impende observar, ainda, que o mencionado artigo 28, do Decreto Lei nº 3.298/99, garante o acesso dos portadores de deficiência à educação profissional e não a curso de nível superior em Instituição Pública de Ensino, como quer fazer acreditar o recorrente. Prova disso é a redação do § 2º do citado dispositivo legal, no qual fora previsto o oferecimento de cursos profissionais de nível básico.

Ademais, saliente-se que os artigos 6º e 7º, da Lei nº 7.853/89, apenas tratam das políticas nacionais de integração das pessoas portadoras de deficiência, prevendo o acesso à educação, mas nada estatuem acerca das cotas em Universidades Públicas.

Vale ressaltar que a resolução da CONSEPE de nº 37/2008, em seu artigo 1º, estatui como requisito para o ingresso pelo sistema de reserva de vagas a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quarta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

comprovação de, no mínimo, 07 (sete) anos de estudos regulares no ensino da rede pública, regra expressamente prevista no edital nº 113/2009 do processo seletivo do vestibular da UESB, fl. 94. Senão vejamos os excertos do douto parecer ministerial:

A Resolução da CONSEPE Nº 37/2008, por seu turno, que dispõe sobre o sistema de reserva de vagas e quotas no processo seletivo para cursos de graduação da UESB, em seu artigo 1º, indica os requisitos exigidos para as referidas vagas:

[...]

Perfilhando esta diretiva, o edital nº 113/2009 (fl. 94) do processo seletivo do vestibular da UESB exige, no item 3.8, que **as vagas a título de quotas adicionais, que incluem os deficientes, só poderão ser utilizadas por estudantes que comprovem o estudo em instituição pública de acordo com os requisitos do item 3.7 e ss.**

Para o STJ, a exigência integral e exclusiva do curso em escola pública no ensino médio e fundamental é um critério objetivo e razoável não podendo ser interpretada extensivamente:

[...]

Neste sentido, a jurisprudência pátria também vem se manifestando sobre o tema, conforme se verifica nos precedentes extraídos do TRF da 2ª Região e TRF da 4ª Região, respectivamente, *in verbis*:

[...]

Não é demais salientar que o impetrante conhecia os requisitos exigidos no edital desde o momento da inscrição no vestibular, sabendo, portanto, que não os preenchia, como bem expressou o *Parquet*:

Outrossim, deve-se observar que o apelante, no momento da inscrição do vestibular, conhecia os requisitos exigidos no edital para concorrer a reserva de vagas esboçada pela UESB, **sabendo, de antemão, que não preenchia o requisito de frequência em instituição pública de ensino.**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quarta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971
- Salvador/BA

Oportuno esclarecer, ainda, que o artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, utilizado pelo apelante como razões de recorrer, trata da reserva de cotas para ingresso em cargo público e não em Instituição de Ensino Superior, como acredita o recorrente.

Por fim, vale observar que o ingresso do apelante no ensino superior, no caso em comento, somente fora possível em decorrência de decisão liminar, a qual produziu mera expectativa de direito, em face de sua precariedade. Nesse sentido o parecer ministerial:

Desta feita, o indeferimento de matrícula do apelante, portanto, não pode ser encarado como um ato ilegal, pois estava amparado em ato normativo substanciado pelas normas constitucionais.

Os Tribunais pátrios vêm reconhecendo a força vinculante dos Editais entre as partes, conforme se extrai do precedente do TRF da 2ª Região

[...]

De igual modo, consoante dicção do aresto supracitado, não há que se falar em aplicação da teoria do fato consumado, já que o ingresso no ensino superior pelo sistema de cotas só foi possível por força de decisão liminar, isto é, mera expectativa de direito em razão da natureza precária do *decisum*.

Por sua vez, o eg. STJ (RESP nº 1172643/SC) tem aplicado a referida tese, nas situações em que o estudante esteja em vias de conclusão do curso, o que não ocorre na hipótese dos autos.

Com a ulterior improcedência da ação, perde o acionante o direito de renovar a sua matrícula, devendo aproveitar os créditos das matérias já cursadas em outro curso idôneo, após aprovação em processo seletivo adequado (Enem e/ou vestibular).

Ex positis, pronuncia-se esta Procuradoria de Justiça **pelo conhecimento do recurso**, e, no mérito, pelo **improvemento** do apelo.

Assim sendo, fácil vislumbrar que não há qualquer reforma a ser realizada na sentença de piso, haja vista ter sido proferida conforme os preceitos



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quarta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

pátrios, observando-se tanto a Constituição como a legislação federal.

Confluyente às razões expostas, **NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO**, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada, por estes e pelos seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em
de de 2012.

PRESIDENTE

DESA. GARDÊNIA PEREIRA DUARTE

RELATORA

PROCURADOR DE JUSTIÇA