

UERJ. Concurso vestibular. Sistema de quotas instituído em favor de candidatos egressos de escolas públicas e de candidatos negros e pardos pelas Leis estaduais 3524 e 3708. Inconstitucionalidade.

PROCURADORIA DE JUSTIÇA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
4ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível 200400103512

Apte: *Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Apdo: *Felipe Vieira de Araújo Corrêa*

Relator: *Des. Mario dos Santos Paulo*

UERJ. Concurso vestibular. Sistema de quotas instituído em favor de candidatos egressos de escolas públicas e de candidatos negros e pardos pelas Leis estaduais 3524 e 3708. Inconstitucionalidade. Parecer no sentido de que, reconhecido o vício, se suspenda o julgamento para exame da questão pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

PARECER

1. Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 402., que, em mandado de segurança, impetrado por Felipe Vieira de Araújo Corrêa, ora Apdo., em face da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ora Apte., declarou, *incidenter tantum*, inconstitucionais as normas que estabeleceram o sistema de quotas para negros e pardos, e julgou procedente o pedido, concedendo a segurança, para determinar que o Impetrante seja matriculado no curso de Direito da UERJ, de acordo com o grau obtido, respeitando-se a ordem de sub-opções e o direito de, sob os mesmos parâmetros, participar de eventuais reclassificações, tendo condenado a UERJ nas custas.

O recurso é tempestivo, foi oferecida resposta e a Promotoria de Justiça se manifestou pelo conhecimento e pelo provimento da apelação.

2. Registro, em primeiro lugar, que a afirmação feita pela Promotoria de Justiça quanto à classificação do Apdo., que não lograria ingresso mesmo que não vigorasse o sistema de quotas, está, data venia, se não me engano, desmentido pela prova constante dos autos, como frisa expressamente a sentença, em termos a que ora me reporto.

3. Resta-me examinar o mérito.

Sem desconhecer a complexidade e a delicadeza das questões envolvidas na solução da causa, e sem firmar aqui compromisso definitivo com as conclusões adotadas, começo por observar que na ADIN 2858, ajuizada perante o Supremo

Tribunal Federal, já extinta, a douta Procuradoria-Geral da República, por seu titular de então, se manifestou no sentido da inconstitucionalidade formal das leis estaduais (Leis 3524, de 2000, 3708, de 2001 e 4061, de 2003), com base na consideração de que a disciplina do acesso a entidades de ensino superior constitui matéria de competência privativa da União (CF, art. 22, XXIV), que só se estenderia ao Estado na hipótese de outorga por lei complementar federal (art. 22, p. único), inexistente.

É verdade que a Procuradoria-Geral da República, depois de tecer considerações sobre a amplitude da disciplina contida na Lei de Diretrizes e Bases, termina aparentemente por reconhecer às universidades o poder de instituir normas de acesso:

“25. Observa-se, no ponto, que, ao tratar da Educação Superior nos seus arts. 43 ao 57, aquela lei federal define as finalidades, os princípios, e, de maneira geral, traça normas acerca de cursos e programas, de reconhecimento dos cursos, de duração do ano letivo, frequência de alunos e professores, reconhecimento de diplomas, transferências, corpo docente, sobre vagas a serem preenchidas por alunos não-regulares mediante processo seletivo prévio, porém, em momento algum refere-se à estipulação de cotas para minorias, ainda quando consagra a autonomia universitária assegurada no art. 207 da Constituição da República, e nessa parte determina que às Universidade compete fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio.

26. Válido transcrever o teor do art. 53, IV, a Lei federal nº 9.394/96, *in verbis*

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

...*omissis*

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio. “

27. Diante disto, justo concluir que a reserva de vagas insere-se no âmbito de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, que gozam as universidades, por força do art. 207, caput, da Carta Magna, nos moldes em que definida e delimitada pela lei federal em destaque, enquanto

não sobrevier lei federal determinando a obrigatoriedade de instituição no âmbito das universidades, de um sistema de cotas como meio de garantir o acesso de minorias ao ensino superior.”

É possível considerar que a instituição de quotas constitua matéria de competência privativa da União. Mas a conclusão não é indisputável – a disciplina da educação figura como objeto, tanto do art. 22, XXIV, quanto do art. 24, IX (competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do DF), cumprindo observar que, no âmbito da competência concorrente, a União estabelece normas gerais, mas os Estados e o DF exercem competência suplementar.

Além disso, com a devida vênia, seja qual for a relevância da questão na espécie, não creio que a autonomia universitária tenha na Constituição Federal o alcance de permitir que universidades criem reserva de vagas para determinado grupo de pessoas, não se compreendendo a disciplina do acesso às instituições, nem na autonomia “didático-científica”, nem “na autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (art. 207, *caput*).

4. Não quero limitar-me, contudo, ao exame formal das Leis.

Creio serem as Leis 3524, de 2000, e 3708, de 2001 – excluída a que reserva quota para deficientes físicos – materialmente inconstitucionais.

É que contrariam, em primeiro lugar, o princípio da isonomia, que a Carta da República inseriu em várias passagens, mas sintomaticamente cuidou de especificamente inscrever no capítulo dedicado à educação.

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

Objetar-se-á que a isonomia constitucional, inclusive a do dispositivo transcrito, é material, e não formal, e que as leis, ao invés de vulnerá-la, lhe dão, ao contrário, aplicação.

Não me parece necessário enfrentar extensamente aqui a objeção.

É que, no tocante ao **ensino superior**, a Constituição Federal previu expressamente o **critério** que deve exclusivamente nortear o sistema de acesso: *a capacidade dos candidatos*.

É o que resulta do disposto no art. 208, V:

“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;...*”

“Capacidade de cada um” dos candidatos significa, ao meu ver, inexoravelmente, na falta de ressalva constitucional, capacidade da *totalidade dos candidatos* que se inscreverem no vestibular do estabelecimento de ensino, estando vedados quaisquer outros fatores que pudessem substituí-la ou complementá-la, como a origem de sua formação escolar, a cor de sua pele, o seu sexo, as suas orientações políticas, ideológicas ou religiosas, a sua opção sexual e assim sucessivamente.

Noto que a Constituição Federal ressalva, no capítulo próprio, tratamento diferenciado apenas para deficientes (art. 208, III), como a confirmar que, no tocante ao ensino superior, nenhum outro fator de discriminação será admitido: é a capacidade, e só ela, que configura critério constitucionalmente apto ao ingresso nos estabelecimentos universitários.

Trata-se de opção que, segundo me parece, plenamente se justifica.

Não há dúvida de que é princípio fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” – sem prejuízo, diga-se desde logo, da promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, I, III e IV).

Para isso, no capítulo dedicado à educação, prevêem-se a obrigatoriedade do ensino fundamental gratuito e a progressiva universalização do ensino médio também gratuito (art. 208, I e II).

Normas e metas análogas não se encontram, porém, em relação ao ensino superior. E não por acaso. O ensino superior não integra e não pode integrar uma etapa necessária da formação escolar; é estágio que se reserva a uma minoria, identificável, como acertadamente proclama a Constituição Federal, por critério de merecimento intelectual, ou de capacidade, sendo inconcebível, no tocante a ele, a universalização que a Lei Maior impõe ou promete em relação ao ensino fundamental e médio – em preceitos freqüentemente descumpridos ou ignorados não raro pelos mais ardorosos defensores de quotas.

5. A necessária aspiração de promover redução de desigualdades econômicas, sociais e culturais, ou de combater a discriminação racial não guarda a necessária proporção, ademais, com uma política de estabelecimento de quotas para o acesso à universidade, afigurando-se-me esta última, portanto, despida da necessária razoabilidade ¹.

¹Na esteira de doutrina constitucional assente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fornece exemplos freqüentes de casos em que, em nome da falta de proporcionalidade ou razoabilidade, foram consideradas inconstitucionais leis ou outros atos normativos; *cf.*, *v.g.*, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1753 MC/DF - Distrito Federal, Relator (a): Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 16/04/1998, DJData: 12-06-1998 pp 00051 EMENT Vol 01914-01 pp-00040 RTJ Vol 00172-01 PP-00032.

EMENTA: *Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art.*

Parece-me não constituir a providência caminho adequado para resolver ou atenuar, em *locus* próprio, as graves desigualdades que se fazem presentes na sociedade brasileira, e, portanto, não configurar o meio próprio para buscar a realização da isonomia material em que ele aparentemente se apóia.

A reserva de vagas para alunos formados por escola pública parte da suposição de que esta não é apta a fornecer-lhes formação adequada para concorrerem, em igualdade de condições, com alunos de escolas particulares.

Sem negar ser esta uma realidade freqüentemente presente nos dias atuais, resultante de décadas de sucateamento do ensino público fundamental e médio, é de observar-se, *primo*, que existe na premissa uma generalização indevida, porque ainda há escolas públicas de boa qualidade.

Mais do que isso: a solução do problema, se se pretendesse realmente resolvê-lo sem demagogia, estaria em elevar a qualidade do ensino público fundamental e médio, e não em levar para a universidade alunos mal formados, que, ou não conseguirão acompanhar o ritmo dos estudos universitários, frustrando-se com a ilusória possibilidade que só na aparência lhes abre o legislador, ou forçarão o ensino superior a rebaixar – ainda mais – a sua qualidade, em claro detrimento dos propósitos que devem inspirá-lo e dos fins a que deve servir.

Não seria sequer esta, aliás, a única solução concebível. Uma alternativa mais modesta – que não afastaria a necessidade de melhorar-se o ensino fundamental e médio, mas apresentaria resultados mais rapidamente –, estaria em, como consta ter sido especificamente cogitado no Rio de Janeiro, implantarem as universidades cursos preparatórios gratuitos de boa qualidade para a prestação do exame vestibular, que se destinassem a público específico, e que, suprindo as deficiências de ensino a que se encontram sujeitas as camadas menos favorecidas da população, as colocassem, desse modo, em condições de igualdade para disputar, pelo merecimento, como determina a Constituição, as vagas do ensino superior.

4º, pará. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. 2. A igualdade das partes é imanente ao "*procedural due process of law*"; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.

Votação: unânime.

Resultado: deferida.

6. O estabelecimento de quota para negros e pardos envolve, à primeira vista, distorção mais grave.

Uma de duas: ou ela se justifica pela má formação cultural de seus beneficiários, decorrente do ensino fundamental e médio deficiente que receberam por força de precárias condições econômicas, sociais e culturais em que negros e pardos em geral vivem em nossa desigual sociedade, por conhecidas razões históricas, ou a quota se insere numa política de combate à discriminação "racial".

No primeiro caso, a questão termina desembocando na anterior: para quem acredite, como parece imperioso, ante hoje pacífico reconhecimento científico, que a cor da pele não carrega nenhuma deficiência de capacidade intelectual, basta fornecer a negros e pardos ensino público fundamental e médio adequados para que se mostrem eles aptos – como ocorre sempre que a condição se verifica – para disputar com quaisquer pessoas, pelo puro e simples critério de merecimento, lugar na universidade.

Se, ao contrário, se trata de pugnar contra discriminação "racial", será preciso convir em que se está atacando, neste ponto, com a instituição de quotas em concursos para ingresso no ensino superior, mal inexistente, com a agravante de gerar o risco de terminar criando ou exacerbando sentimentos "raciais" ou "racistas" numa sociedade em que eles existem em grau infinitamente menor do que alhures, onde talvez quotas se justifiquem: o processo de seleção de candidatos no exame vestibular não enseja absolutamente nenhuma possibilidade e nenhum risco de que nele se introduza qualquer elemento de discriminação, capaz de privilegiar "brancos" em detrimento de "negros" ou "pardos".

7. Ainda que não procedessem as razões expostas nos itens anteriores, haveria uma última a considerar: a mais absoluta falta de razoabilidade da quantidade de vagas reservadas no vestibular de 2003 para alunos oriundos da escola pública e para negros e pardos – ausência que a doutrina constitucional e autorizada jurisprudência a que já se aludiu autorizam ser considerada no exame das leis, como motivo de sua inconstitucionalidade.

Uma quota de 50% para aqueles, e outra de 40% para estes, ainda que justapostas, como deveriam ter sido – e não o foram inteiramente pela UERJ, que adotou, segundo me parece, procedimento irregular –, extrapolam, ao meu ver, em larga medida, e *primo ictu oculi*, a moderação minimamente adequada a qualquer política de acesso ao ensino superior: de um universo hipotético de 100 vagas, apenas 30, de acordo com o critério empregado pela UERJ, estariam fora da reserva e poderiam ter sido, a considerarem-se constitucionais as leis, objeto de disputa por candidatos não privilegiados por quotas.

Em face do exposto, opino no sentido de que, reconhecendo essa Câmara inconstitucionalidade das Leis estaduais 3524, de 2000, e 3708, de 2001, suspenda o julgamento e remeta os autos ao E. Órgão Especial para julgar incidentalmente a questão, com o desprovimento do recurso, ao retomar-se o julgamento, na hipótese de vir a ser declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 2004.

HELICIO ALVES DE ASSUMPTÃO
Procurador de Justiça