

Repensando o sistema de cotas à luz da teoria da separação de poderes

Geraldo Márcio Gonçalves Mendes

Professor de Direito Constitucional da UFJF

1. Introdução

Chegamos então à questão proposta: A segregação de crianças em escolas públicas puramente baseada na raça, apesar de as facilidades físicas e outros fatores “tangíveis” serem iguais, priva as crianças do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais? Nós acreditamos que sim. (Tradução livre)
Ministro Warren decidindo o caso *Brown v. Board of Education*¹

A implantação por algumas universidades públicas do sistema de reserva de vagas ofertadas no concurso “vestibular” para alunos oriundos de escolas públicas e outras parcelas da população consideradas excluídas, tais como os negros, os índios, é um ponto polêmico e bastante controverso no Brasil.

A adoção deste tipo de programa de ação afirmativa é recente em nosso país. A iniciativa pioneira partiu das universidades estaduais do Rio de Janeiro, merecendo destaque o grande debate público que cercou todo o processo de aprovação e implementação do chamado “sistema de cotas”.

Várias são as questões envolvidas na adoção de políticas de ações afirmativas. E no caso específico do acesso à Universidade a reflexão nacional tem girado em torno da preocupação acerca da ampliação, da democratização, da inclusão social, bem como do combate ao racismo, tema tão presente nas obras sobre as cotas.

Se por um lado a Universidade não se justifica *per se*, mas sim enquanto ente a serviço da “nação” (LESSA, 2004). Por outro, qualquer projeto nacional que lança mão das Instituições de Ensino Superior só faz sentido se houver respaldo jurídico para tanto.

¹ No original: “we come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does. CHIEF JUSTICE WARREN deciding *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (USSC+).

Na seara do direito, a discussão tem se voltado para a justificação da discriminação positiva, a partir das teses de justiça distributiva e princípio da igualdade material (GOMES, 2001; MELLO, 1993 e BARROSO, 2001).

No entanto, pouco se escreveu sobre uma questão preliminar: A quem compete a instituição de políticas públicas de ação afirmativa no âmbito do ensino superior?

O questionamento se desdobra em vários outros, podendo ser referido da seguinte forma: Pode o Legislativo regular os critérios de acesso às Universidades Públicas tendo em vista o princípio constitucional da autonomia universitária? Quais os limites dessa regulação? É possível que a própria Instituição de Ensino sem qualquer respaldo legal estabeleça discriminações no ingresso de seus alunos? Quais os critérios jurídicos a serem observados? Por fim, é cabível a imposição do sistema reserva de vagas através do Judiciário? Quais as prerrogativas deste Poder na escolha, na implementação e na revisão das políticas públicas de ação afirmativa?

O ponto apresenta-se como fundamental uma vez que não existe lei federal regulando a matéria. Nos sítios eletrônicos do Congresso Nacional, consta apenas a existência de um Projeto de Lei do Senado (PLS 215/03)² em tramitação. Desta forma, depreende-se que a Administração tem atuado sozinha, ou em outras palavras sem amparo legal, ao estabelecer o sistema de cotas, apesar de a concepção difundida do princípio da legalidade pressupor a existência de lei para a atuação Administrativa. Mais do que isto, ao criar “reserva de vagas” o Poder Público restringe direitos fundamentais, o que só deve ser feito através da “ponderação” dos princípios envolvidos de modo a garantir a máxima eficácia dos direitos em questão. Neste sentido, a relação Lei x Administração carece de uma reflexão mais aprofundada.

Finalmente, em recente decisão (Apelação Cível 1999.38.00.036330-8/MG), o TRF da 1ª Região³ determinou a reserva de 50%

² Disponível em www.senado.gov.br acesso em 09 de maio de 2007. O referido projeto de lei é de autoria da Senadora Íris de Araújo (PMDB/GO) e versa sobre a reserva de vagas nas universidades públicas para alunos carentes.

³ Disponível em www.trf1.gov.br acesso em 09 de maio de 2007. No julgamento o TRF da 1ª Região apreciou as apelações interpostas pelas Universidades Públicas de Minas Gerais contra sentença do Juízo de 1º grau, que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e determinou a reserva, em todos os cursos das rés apelantes, de 50% das vagas disponíveis a serem ofertadas aos alunos egressos do sistema público de ensino. No acórdão o Tribunal reformou a sentença do juízo *a quo* nos seguintes termos: a) A

das vagas disponíveis nas Universidades Públicas Federais do Estado de Minas Gerais aos alunos egressos do sistema público de ensino. O julgamento insere o Poder Judiciário no debate jurídico sobre as cotas e reafirma a urgência do enfrentamento da questão preliminar. A atuação do Judiciário também não possui respaldo legal (em sentido estrito) e compele diversas Instituições de Ensino Superior a adotar um sistema de seleção de estudantes contrariamente a sua vontade, apesar da previsão constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º inc. II, CF).

O mérito da questão é fundamental e tem sido debatido brilhantemente no Brasil e Exterior. No entanto, não se pode enfrentar a eficácia ou a validade do sistema de cotas sem que antes se discuta “a quem” nosso ordenamento conferiu poderes para a implementação de políticas públicas de ação afirmativa. É vital esclarecer quem pode fazer o que em um Estado Democrático de Direito para então se discutir o conteúdo daquilo que será feito.

2. Separação de poderes

O princípio da separação de poderes engloba duas dimensões. De plano a separação pode ser entendida como divisão, controle e limite do poder; por outro lado, a divisão busca ainda dar dinamismo e racionalidade a atividade estatal através da atribuição de funções distintas para órgãos diferenciados.

Para Zippelius (1997, p. 409) a separação de poderes é feita pela distribuição de competências (adequação funcional). Em suas palavras:

O poder do Estado é um poder político juridicamente estruturado. Assim, a distribuição do poder do Estado evendencia-se no essencial na distribuição das competências, ou seja, das competências para a adoção de regulações gerais e de decisões concretas juridicamente vinculativas. A doutrina da divisão dos poderes distingue os mais importantes âmbitos funcionais do Estado e as competências com

reserva de cinqüenta por cento de vagas é para os que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escola pública; b) A implementação da reserva de vagas será gradativa e, por isso, numa média de 10% de reservas por ano até completar cinco anos; c) As rés poderão estabelecer pontuação mínima para o preenchimento das vagas; d) As vagas reservadas não preenchidas poderão ser oferecidas aos alunos egressos da rede particular de ensino.

elas relacionadas, exigindo a criação de órgãos próprios para cada um destes âmbitos funcionais.

Nossa Constituição estabelece três funções de Estado e divide cada uma dessas funções entre os Poderes da União (art. 2º).

Classicamente a distribuição funcional é entendida nos seguintes termos: a) ao Poder Legislativo caberia a função de inovação do ordenamento jurídico, elaboração de leis gerais e abstratas; b) ao Poder Executivo, a função de executá-las e; c) ao Judiciário, a função de julgar, dirimindo com imparcialidade e independência os conflitos jurídicos, aplicando a lei.

No entanto, como observa Riani (2005), a possibilidade de um órgão realizar mais de uma função gera grandes dificuldades quanto à determinação das competências de cada Poder. Prosseguindo, o autor identifica dois critérios definidores das funções do Estado, o primeiro, orgânico, define a competência a partir do órgão que desempenha a função; o segundo, material, orienta-se pelo conteúdo do ato praticado; sendo que para a função administrativa existiria ainda um terceiro critério - residual.

Deste modo as atribuições dos Poderes são redefinidas nos seguintes termos:

Função Legislativa – Conjugando os critérios orgânico e material e com base nos arts. 5º, II; 44 e 48, da CF o Congresso Nacional tem a atribuição de inovar primariamente o ordenamento jurídico através da elaboração das leis, devendo respeito somente à Constituição. Não se inclui na espécie o exercício do poder regulamentar concedido a outros órgãos, pois neste caso a atividade estará vinculada à lei e terá, por conseguinte, papel secundário.

Função Judiciária – Ao Poder Judiciário compete decidir, de maneira imparcial, definitivamente sobre os conflitos de interesse e os processos objetivos, tendo sua decisão força de verdade legal. O exercício da função é garantido através do postulado da inafastabilidade da apreciação judicial e a imparcialidade é assegurada através das garantias funcionais do magistrado - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95, I, II e III). Cabe salientar que as decisões administrativas não se enquadram nesta função uma vez que estas decisões não são atingidas pelo

instituto da coisa julgada. Aqui também os critérios material e orgânico se combinam a fim de definir a competência do órgão.

Função Administrativa – Todas as demais funções estatais, que não a legiferante e a jurisdicional, são atividades administrativas. Assim a função se caracteriza por exclusão (critério residual) e por sua subordinação à lei e ao direito. A noção inclui a elaboração de normas infra-legais bem como as atividades exercidas pelo Poder Legislativo e Judiciário, não caracterizadas com função legislativa ou função jurisdicional.

Função Política – Alguns autores identificam ainda uma quarta função estatal ao lado da função administrativa (execução das leis). No magistério de Malberg (2000, p. 480):

A teoria do ato de governo supõe essencialmente que, junto a seu poder condicionado pela legislação e que se trata de um poder de execução das leis, possui a autoridade administrativa um poder autônomo que provém de uma concessão superior aos entes legislativos, e que conseqüentemente não pode ser considerada como mero poder executivo das leis, constituindo um verdadeiro poder de governo. A fonte superior de onde provem este poder é a Constituição mesma e a fonte não poderia ser outra.

Trata-se da função de governo, ou de direção do Estado através da determinação do fim de suas ações. O objetivo é explicar a autonomia e a capacidade de direção do país, dentre dos limites constitucionais, inerentes ao exercício do Poder Executivo. A previsão da função política é constitucional e não se confunde com a função administrativa.

2.1 O Poder Legislativo e as cotas

Ao Parlamento compete a função legiferante. E a capacidade de inovar o nosso ordenamento é uma das principais funções de Estado, em especial tendo-se em vista a reserva legal geral prevista no art 5º, II da CF - *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

O STF já se posicionou diversas vezes sobre a indispensabilidade da lei tanto para a criação de obrigações quanto para a implementação de políticas públicas⁴.

Deste modo, nosso país possui uma inclinação incontestável pela centralidade da lei. Existem reservas legais em diversas passagens do texto constitucional. A título exemplificativo podemos citar: 1) reserva legal geral (art. 5º, II); 2) reserva legal administrativa (art. 37, *caput*); 3) reserva legal para prestações do Poder Público (art. 165, art. 167, art. 194 par. único, art. 197, etc). Ou seja, o orçamento público e todos os programas que envolvem gastos públicos, a seguridade social, a saúde e diversas outras prestações serão por força de mandamento constitucional realizadas *na forma da lei*. Além disso, o art. 48 estabelece as matérias que cabe ao Congresso Nacional dispor com a sanção presidencial (*I – sistema tributário, arrecadação, e distribuição de rendas, II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado*, etc).

Em que pese as inúmeras limitações técnicas do Congresso, o Parlamento é o palco por excelência da democracia. Portanto, as principais questões de interesse público em especial as que envolvam restrições a direitos fundamentais podem e devem ser resolvidas pelo Poder Legislativo.

É imprescindível que as escolhas políticas fundamentais acerca da distribuição de bens sociais escassos, como é o caso das vagas das universidades, sejam fruto da vontade do povo (único titular do poder) ou de seus representantes legítimos. Ademais, como agentes políticos sujeitos a retroatividade democrática, os Congressistas não só representam o povo, eles

⁴ O Supremo, por exemplo, se manifestou sobre a questão no HC 71374-4 de novembro de 1994. No processo o Tribunal verificou o conflito entre direitos fundamentais. Em ação de investigação de paternidade em que se exigia realização de exame de DNA uma das partes invocava o direito de conhecer sua identidade biológica, condição para o desenvolvimento de sua personalidade, enquanto a outra parte alegava que ninguém poderia ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei – e não há lei que obrigue qualquer pessoa a realizar o exame de DNA – e que o exame violava sua integridade física, pois implicava em uma prática invasiva em seu corpo. As instâncias inferiores, recorrendo a um ordenamento valorativo objetivo, decidiram pela obrigatoriedade da realização do exame, fundamentando a decisão no seguinte raciocínio: o direito ao conhecimento de sua própria origem, enquanto uma das dimensões da dignidade humana, é um bem jurídico que tem prioridade em relação ao direito de não ser obrigado a fazer o exame, que, por sua vez, não significa violação da integridade física, já que se resolve com a retirada de um fio de cabelo ou uma gotícula de sangue. O STF não manteve as decisões. Recorrendo a sua concepção de direito fundamental enquanto esfera de liberdade privada que dever ser protegida das intervenções do poder público, a Corte Suprema, por 5 votos contra 4, modificou as decisões das instâncias inferiores. (CITTADINO, 2004, p.47).

também são responsáveis por suas ações perante todos (BÖCKENFÖRDE). Prova disto, através da vontade popular, manifestada pelo voto, os parlamentares podem simplesmente perder seus cargos.

A atividade legislativa só pode ser vedada⁵ ou a limitada⁶ pela própria Constituição. No entanto a possibilidade de inovação do ordenamento se subordina ao princípio da coerência, ou da observância dos preceitos constitucionais. Assim, a validade das deliberações do Congresso pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador (adequação constitucional), mas também a conformação dos meios escolhidos para a implementação dos fins almejados (razoabilidade).

Cabe salientar que só o Parlamento, através de lei, com a devida sanção presidencial, tem poderes e legitimidade democrática para compelir as universidades a adotarem o sistema de cotas (art 5º, II). E caso o Congresso efetivamente se decida⁷ pela adoção desta política de ação afirmativa deverá fazê-lo de forma proporcional.

Às Universidades nossa constituição assegura autonomia didático-científica⁸, no entanto tal princípio deve ser interpretado em conjunto com outras normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais. Em tese, não há incompatibilidade entre um possível sistema de cotas legal e o referido princípio. No entanto, face ao dever de obediência às normas constitucionais a regulação do acesso ao Ensino Superior pelo Congresso deve ser realizada de maneira abstrata, aberta e proporcional de modo a resguardar as peculiaridades do projeto pedagógico de cada Instituição. A atuação legislativa não pode ferir o núcleo essencial da autonomia universitária (proporcionalidade) que de acordo com o Supremo encontra seus limites na própria Constituição:

⁵ art. 5º, XXXV – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*

⁶ art. 150, III, b – *é vedado cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*

⁷ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 215/03 que dispõe sobre a reserva de vagas nas universidades públicas para alunos carentes. De acordo com a proposta as universidades públicas deverão reservar 30% do total de vagas em cada um de seus cursos para o ingresso de alunos comprovadamente carentes. Para efeitos do projeto considera-se carente o estudante cuja renda familiar seja inferior a cinco salários mínimos. E o ingresso dos alunos dependerá de aprovação em processo seletivo.

⁸ 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

O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização. ADI 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-98, DJ de 18-5-01. (Grifo próprio)

2.2 O Poder Executivo e as cotas

Classicamente o Executivo foi concebido como órgão executor de leis. Em nosso país, fulcro no art. 37 caput da Constituição, impera a noção de legalidade como submissão completa do administrador à legislação (CARVALHO FILHO, 2007 e MELLO, 2002). Neste sentido, a Administração só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e em caso de inexistência de norma prévia a atuação administrativa é vedada. A tese é confirmada em sua íntegra em julgados mais antigos do STF⁹.

Ocorre que tal concepção de legalidade não se coaduna mais com o escopo da função administrativa de nosso Estado. Conforme leciona Baptista (2003) existem duas correntes acerca do princípio da legalidade administrativa.

A corrente positiva, de origem francesa, entende a lei como fundamento da atividade administrativa. Administrar é executar a lei. Trata-se de atividade vinculada. Existe, portanto, vinculação positiva da administração. A corrente negativa, de origem alemã, estabelece que a lei é o limite da liberdade de ação do administrador. Logo a vinculação neste caso é negativa. Desta forma, a atividade administrativa é essencialmente livre desde que dirigida à persecução do interesse público.

⁹ No caso o Supremo opinou que: Administração Pública, em toda a sua atividade, está sujeita aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente amparo legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação, pois, a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei: na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, e só é permitido fazer o que a lei autoriza. STF RE 195.227 DF Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 27/09/1996.

No Brasil a doutrina majoritária defende a primeira corrente. No entanto uma interpretação constitucionalmente adequada (à luz dos princípios do sistema e da realidade do país) aponta no sentido diametralmente oposto.

Vivemos em um Estado Social que devido às diversas tarefas que lhe foram atribuídas não pode se orientar pelo tempo passado e sim pelos tempos presente e futuro. O próprio legislador em diversos momentos já reconheceu sua incapacidade de regular previamente todas as situações a serem enfrentadas. Desta forma, o Poder Legislativo, visando ampliar a liberdade de ação da Administração, passa admitir a concessão de poder regulamentar ao administrador ou o uso de novas formas legislativas tais como as leis experimentais de caráter temporário, as leis de regulação de prognóstico inseguro, a inserção de cláusulas gerais, as referências em branco e principalmente o uso de conceitos jurídicos indeterminados.

Ademais a complexidade dos assuntos contemporâneos inverte a relação de forças entre Legislativo e Executivo, sempre a favor deste. Em suma, a falta de domínio técnico, a lentidão do processo legislativo e o uso cada vez maior de legislações abertas fazem com que a liberdade de ação da Administração seja uma realidade.

No magistério de Duarte (2004, p. 36):

O princípio da legalidade sucumbe perante a análise da evolução do Estado mínimo para o Estado máximo, que ao trazer para sua esfera de atuação uma diversa gama de setores da vida social, acabou por agigantar suas atribuições o que lhe impede faticamente de aguardar sempre por uma previsão legal expressa que lhe autorize uma conduta necessária e legítima.

Do exposto, podemos concluir que a corrente negativa, enquanto proposta de percepção da realidade, é mais coerente com a liberdade de agir fático-jurídica do Poder Público em nosso país do que a corrente dominante. No entanto não se pode confundir liberdade com arbítrio. Além das leis, existem princípios constitucionais com força normativa a que todos devem obediência. Nos dizeres lapidares de Baptista (2003, p. 108):

O princípio da legalidade ganha, assim, a conotação de um princípio da juridicidade. Não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la

totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente do ordenamento constitucional.

A tese da juridicidade, defendida pela autora, porém deve ser vista com cautela em nosso ordenamento, pois há hipóteses em que a legalidade não pode ser afastada por força de disposições constitucionais. Conforme trabalhado no tópico supra, diversas matérias estão submetidas ao princípio da reserva legal. Em relação a tais matérias a administração carece de amparo da lei para uma atuação juridicamente válida. Cabe salientar que a reserva de lei também se aplica às condutas gravosas da Administração (criação de obrigações, limitação ou extinção de direitos dos administrados) por força do art. 5º, II.

No caso das cotas adotadas autonomamente pelas Universidades Públicas, inexistente vedação constitucional à ação administrativa uma vez que não há reserva legal sobre a matéria. Como política pública de ação afirmativa ela não se caracteriza como ação gravosa, o que afasta a incidência do art 5º, II (a Administração estaria criando uma obrigação para si mesma); tampouco se inclui nas matérias de competência do Congresso Nacional (art. 48); nem importa em qualquer ônus pecuniário para a Administração não havendo de se falar em previsão em lei orçamentária ou instituto semelhante (art. 165).

Também não existe lei federal regulando a questão. Logo com base no princípio da juridicidade, a Administração pode sim autonomamente estabelecer o sistema de reserva de vagas, mas deve se subordinar ao direito, implementando a medida restritiva de direitos fundamentais de maneira proporcional e reconduzindo sua ação a algum interesse público constitucionalmente tutelado.

2.3 O Poder Judiciário e as cotas

O Poder Judiciário é o guardião do direito. Sua função é decidir, de maneira imparcial e de forma definitiva sobre os conflitos de interesse e os processos objetivos com base no ordenamento. Politicamente o Judiciário é o árbitro do jogo político. Ele é o terceiro imparcial que garante a observância das regras para a tomada de decisões coletivas vinculantes e assegura o

cumprimento dessas mesmas decisões. Sua função precípua é resolver controvérsias e garantir a eficácia do direito.

No entanto atualmente o órgão passa por uma redefinição de seu papel. Dentre os motivos que apontam a nova dimensão deste poder destacam-se a redemocratização da sociedade e a promulgação de uma Constituição aberta informada pela positivação dos direitos fundamentais.

Contudo, nossa Constituição não permite ao Judiciário a criação do direito - função reservada ao legislador democrático. A ele compete somente decidir quando o direito foi elaborado de forma válida ou não – função legislativa negativa. No posicionamento do Supremo:

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. STF RE-AgR 322348 / SC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/11/2002. (Grifo próprio)

Ou seja, nas hipóteses em que há reserva legal é pacífico o posicionamento pela impossibilidade de atuação judiciária. Resta a pergunta: E nos casos em que não existe reserva legal, poderia o Judiciário agir livremente na promoção de direitos assegurados?

Quando uma ação judicial pode ser submetida a uma regra jurídica válida não existe dúvida – o juiz deve aplicar a regra. Porém nos casos difíceis em que não existem regras claras regulando a matéria os juízes só

devem decidir com base em argumentos de princípio e de maneira coerente com o ordenamento vigente.

Para Dworkin (2002) existem dois argumentos utilizados para a solução de casos difíceis: argumentos de princípio e argumentos de políticas públicas. Argumentos de políticas públicas justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Ao compelir as Universidades de Minas Gerais a adotarem um sistema de reserva de vagas para alunos oriundos de escolas públicas, o TRF da 1ª Região se pautou em argumentos de política pública (má distribuição dos recursos públicos da educação, caráter elitista do ensino superior), e em argumentos de princípio (princípio constitucional da igualdade material, etc). Ocorre que no caso o Tribunal não harmonizou os princípios jurídicos em questão (princípio da reserva legal geral, princípio da separação de poderes, princípio democrático) de modo a propor a solução razoável para o caso. O que demonstra que o Poder Judiciário agiu indevidamente, substituindo a vontade do povo, expressa nas decisões coletivas prévias e vinculantes (ordenamento jurídico), pela sua própria vontade.

A princípio, o Judiciário deve se limitar a aplicar o direito, subordinando-se às decisões do Poder Legislativo, e não participar da escolha das opções políticas acerca da distribuição de bens sociais como pretendeu o TRF da 1ª Região. Na máxima do direito administrativo este poder deve julgar a legalidade (juridicidade); jamais o mérito das opções políticas coletivas.

Só em casos muito excepcionais e se subsistirem motivos juridicamente relevantes é que as Cortes devem largar sua posição de neutralidade - deixando de meramente analisar a compatibilidade com o ordenamento - e entrar no jogo político, influenciando as decisões. Trata-se da doutrina do autocontrole judicial (*judicial self-restraint*). De acordo com a tese, a atuação Judiciária de ser autocontrolada, pois pela sua própria natureza (capacidade de decidir definitivamente), há um sério risco de o Estado-juiz substituir o Estado-democrático.

A doutrina mais elaborada do *autocontrole judicial* estabelece três regras para a atuação política das Cortes (CARTER, 2002, p. 114).

A primeira regra diz que o Judiciário deve agir quando houver alguma ofensa flagrante à norma constitucional (regras do jogo) na conduta dos outros poderes. Ou seja, aqui o Judiciário atua procurando resguardar o direito contra opções equivocadas do Executivo ou do Legislativo.

A segunda, que as Cortes devem agir para proteger o processo legislativo democrático, isto é, o processo de criação democrática do direito. Contudo, sem atuar como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, pois a legitimidade estatal não repousa no conteúdo, mas no próprio processo democrático.

Finalmente, na terceira hipótese, quando o sistema democrático funciona adequadamente, as Cortes só devem agir politicamente caso exista uma minoria sendo sistematicamente prejudicada pelo jogo político e que não tenha condições que reverter sozinha o quadro fazendo valer seus interesses (como é o caso dos presos, etc). Aqui a jurisprudência deve buscar a incorporação desses grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos. Grupos estes excluídos da participação democrática pela própria sistemática da condução do jogo político.

Recentemente o STF elaborou uma quarta regra para a atuação política da Suprema Corte. Trata-se dos casos em que existe uma omissão injustificável do Poder Público, que compromete a eficácia de direitos fundamentais, decorrente da manipulação da atividade financeira ou político-administrativa do ente. Como se vê a seguir:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou

esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (grifo próprio) ADPF 45 MC/DF. Rel. Ministro Celso de Mello - Informativo 345 de abril de 2004

Fora estes casos excepcionais, não existe motivo juridicamente relevante a justificar a atuação política dos Tribunais. A instituição de políticas públicas de ação afirmativa, como as cotas, é prerrogativa do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

A reserva de vagas via Poder Judiciário é inconstitucional, por força: 1) do princípio democrático, uma vez o povo não teve oportunidade de influenciar na tomada da decisão e o resultado não é capaz de retrotrair à sua vontade; e 2) do princípio da separação de poderes, pois não existe adequação funcional entre a medida e o exercício do poder judiciário dado que a este órgão não foi franqueada a possibilidade de inovar no ordenamento criando obrigações gerais sem a indispensável previsão legal (art 5º, II).

3. CONCLUSÃO

O sistema de cotas nas universidades públicas é o tema do momento. Vários setores da sociedade vêm discutindo a medida sob os mais diversos enfoques. Todavia, ainda não se enfrentou doutrinariamente uma questão fundamental: a quem compete a criação deste tipo de política pública de ação afirmativa no âmbito do Ensino Superior?

Do estudo do Direito Constitucional positivo brasileiro, concluímos que a Administração Pública pode atuar na adoção de medidas afirmativas sem amparo legal. Todavia sua ação só será juridicamente aceitável se subordinada às regras e aos princípios do direito vigente, bem como na persecução de interesse público constitucionalmente tutelado. Ressaltou-se, contudo, que a tese deve ser vista com cautela em nosso ordenamento, pois há hipóteses em que a legalidade não pode ser afastada por força de disposições constitucionais (reserva legal).

Com relação ao Parlamento, palco por excelência da democracia, a regulação do acesso ao Ensino Superior através das cotas é possível e desejável desde que realizada de maneira abstrata, aberta e proporcional de modo a resguardar as peculiaridades do projeto pedagógico de cada Instituição face ao princípio da autonomia universitária.

No entanto, tal prerrogativa não foi conferida ao Poder Judiciário por força do princípio democrático e da divisão de poderes, uma vez que ao juiz é vedado agir como legislador positivo, salvo em hipóteses muito excepcionais e com base em motivos jurídicos altamente relevantes.

4. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estúdios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CARTER, Lief. *Reason in Law*. 6th Edition. New York: Longman, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Revisão da Teoria do Poder de Autotutela da Administração Pública*. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1991.

_____. *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

LESSA, Carlos. *Democracia e Universidade. O desafio da inclusão social no Brasil*. In *Universidade e Democracia: experiências e alternativas para ampliação do acesso à Universidade Pública Brasileira*. Maria do Carmo de Lacerda (organizadora). Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004.

MALBERG, Carré de. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

RIANI, Frederico. *A Vinculação do Chefe do Executivo à Lei Orçamentária no Cumprimento das Determinações Constitucionais*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC, 2005.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. Disponível em <http://www.iuperj.br/site/carloscr/textos/raca.pdf> acessado em 30 de maio de 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

SÍTIOS CONSULTADOS

<http://www.trf1.gov.br>. *Apelação Cível 1999.38.00.036330-8/MG* acessado em 09 de maio de 2008.

www.senado.gov.br. *Projeto de Lei do Senado nº 215/03* acessado em 09 de maio de 2008.

www.stf.gov.br *Informativo 412, ADI 3305-1/DF, ADPF 45 MC/DF, RE-AgR 322348 / SC e RE 195.227 DF* acessado em 26 de maio de 2007.