



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO
DINTER UNB/UFAC

**A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE BONIFICAÇÃO
REGIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE O INGRESSO NOS CURSOS DE
MEDICINA DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA REGIÃO NORTE
DO BRASIL**

Isla Maria Amorim de Souza Mansour

Brasília
2024

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Doutorado em Direito, Estado e Constituição
DINTER UNB/UFAC

ISLA MARIA AMORIM DE SOUZA MANSOUR

**A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE BONIFICAÇÃO
REGIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE O INGRESSO NOS CURSOS DE
MEDICINA DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA REGIÃO NORTE
DO BRASIL**

Tese apresentada para obtenção do título de Doutora pelo
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.
Área de Concentração: Estado, Direito e Constituição.
Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia.
Orientador: Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira
Martins.

Brasília
2024

ISLA MARIA AMORIM DE SOUZA MANSOUR

**A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE BONIFICAÇÃO REGIONAL:
UMA ANÁLISE SOBRE O INGRESSO NOS CURSOS DE MEDICINA DAS
UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA REGIÃO NORTE DO BRASIL**

Tese apresentada para obtenção do título de Doutora pelo
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Professor Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
Orientador – Faculdade de Direito/UnB

Professor Dr. Mamede Said Maia Filho
Membro – Faculdade de Direito/UnB

Professor Dr. Sérgio Urquhart Cademartori
Membro Externo– UFSC

Professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro Externo– UFSC

Professor Dr. Menelick de Carvalho Netto
Membro Suplente – Faculdade de Direito/UnB

A minha família, que durante a caminhada da vida é quem nos acolhe nos momentos difíceis e nos celebra nas nossas vitórias. É amor que incentiva e fortalece.

AGRADECIMENTOS

Nesse momento de grande alegria, tantas lembranças tomam meus pensamentos e me fazem expressar minha imensa gratidão. Não foi fácil, mas posso garantir que foi intenso e inspirador. A realização do sonho do doutoramento é uma satisfação que não cabe em palavras. As dificuldades nos desafiam a não desistir e cada passo que nos aproximava da finalização do doutorado era celebrado com muito entusiasmo. Tenho a real dimensão do árduo trajeto, mas também a certeza de que tudo valeu a pena, cada lágrima, cada noite sem dormir e cada uma das muitas leituras que cansavam, mas que me trouxeram tanto conhecimento. Por isso, reconhecer e agradecer é uma forma de não esquecer o quanto cada um contribuiu para eu estar aqui contando essa história.

Agradeço sempre a Deus pela vida, pela família, por fortalecer minha fé e por ter permitido alcançar um sonho tão grandioso como o doutorado, sem Deus não seria possível.

Agradeço de maneira especial ao meu orientador, Professor Argemiro Martins, que pela segunda vez aceitou o convite para minha orientação. Me sinto privilegiada por ter tido mais uma oportunidade de ser orientada por um professor que incentiva nosso crescimento intelectual e acadêmico. Agradeço todos os momentos de ensinamentos proporcionados. Certamente foram momentos de grandes transformações.

Agradeço também a todas as professoras e todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, que ministraram disciplinas no DINTER UnB/Ufac, por todo o entusiasmo, dedicação e valiosos ensinamentos durante as aulas inesquecíveis que tivemos a honra de vivenciar.

Agradeço aos Professores Mamede Said, Sérgio Cademartori, Luiz Henrique Cademartori e Menelick Carvalho por aceitarem participar da banca examinadora, destinada a avaliar o trabalho de conclusão de doutoramento. É enriquecedor a oportunidade de tê-los como avaliadores, apresentando suas contribuições.

Agradeço à Universidade Federal do Acre por ter envidado esforços e empenho para viabilizar grandes oportunidades de pós-graduação no Estado do Acre, especialmente, com a realização deste Doutorado em Direito pela UnB, através do DINTER.

Agradeço à Universidade de Brasília – UnB e à Coordenação do Dinter em Direito UnB/Ufac pela generosidade de reduzir as barreiras da distância, apoiando todo o processo de execução do doutorado.

Agradeço a toda a equipe técnico-administrativa da secretaria da UnB, na pessoa da Secretária Euzilene Moraes, que sempre nos atende prontamente e nos auxilia com carinho, presteza e cordialidade.

Agradeço aos colegas, amigas e amigos doutorandos, por compartilharem dessa importante trajetória. Foram muitos os momentos juntos de crescimento, desenvolvimento, aprendizado e de companheirismo nessa árdua e gratificante jornada.

Faço um agradecimento especial à Reitora da Ufac, Guida Aquino, por entender a importância do processo de qualificação dos servidores da Ufac, especialmente por ter sempre me apoiado para a realização do Curso de Doutorado.

Agradeço aos meus companheiros da Assessoria Especial da Reitoria, que foram fundamentais nesse processo de doutoramento, sempre me apoiando na execução das atividades da assessoria, com responsabilidade e compromisso.

Agradeço aos meus queridos familiares e a todos os amigos e amigas que torceram e estiveram juntos acompanhando a difícil jornada do doutorado.

Agradeço ao meu pai, por ser um grande incentivador na qualificação acadêmica e por acreditar no meu potencial.

Agradeço a minha querida mãe, que no turbilhão dos acontecimentos da vida, nunca deixou de se preocupar, torcer e me incentivar para a conclusão do doutorado, especialmente quando sua preocupação deveria se voltar somente para si. Sua coragem e força me fazem ainda mais sua admiradora.

E por último, faço um agradecimento muito especial aos meus queridos companheiros, meu esposo Elísio e minha filha Isabella, com quem compartilho todos os momentos da vida, agradeço todo o apoio e incentivo nos momentos de cansaço, por serem minha fonte de energia, por acreditarem que tudo daria certo. Obrigada pelo carinho, amor e compreensão de sempre, que nos une e fortalece cada vez mais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A POLÍTICA DE BONIFICAÇÃO REGIONAL E AS DESIGUALDADES NOS SISTEMAS EDUCACIONAIS E DE SAÚDE NA REGIÃO NORTE.....	15
1.1 A Demografia médica no Brasil e as desigualdades regionais na distribuição de médicos.....	15
1.2 Das vagas ofertadas para os Cursos de Medicina nas Universidades Públicas do Brasil.....	22
1.3 Os desníveis educacionais existentes na região Norte do Brasil – uma análise sob a perspectiva do desempenho dos candidatos nas edições Enem 2019 e os motivos para a política de bonificação regional.....	25
1.4 A Bonificação Regional para ingresso nos Cursos de Graduação da Universidade Federal do Acre: um estudo de caso sobre o ingresso no curso de medicina em uma universidade da região Norte do Brasil.....	29
1.4.1 Das desigualdades e desníveis educacionais no estado do Acre	35
 CAPÍTULO 2 – A JUDICIALIZAÇÃO DA BONIFICAÇÃO REGIONAL – UMA POLÍTICA PÚBLICA NO ALVO DO DEBATE JURÍDICO	 46
2.1 As decisões judiciais e a fundamentação aplicada à inconstitucionalidade do bônus regional.....	47
2.2 As decisões judiciais favoráveis à legalidade e constitucionalidade da Política do Bônus Regional	53
2.3 O Posicionamento do Ministério Público Federal.....	58
2.4 A Advocacia Geral da União e a defesa da Bonificação Regional nas Universidades Federais.....	63
2.5 O STF e as políticas de ação afirmativa no âmbito das Universidades Públicas.....	65
2.5.1 O STF e o julgamento da constitucionalidade da Política de Cotas Étnico-Raciais – ADPF 186	66
2.5.2 O STF e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4868/DF.....	68
2.5.3 O Julgamento do Recurso Extraordinário nº. 614.873/AM – O Caso da reserva de vagas na Universidade Estadual do Amazonas	70

2.5.4 O STF e as decisões em matéria da bonificação regional no âmbito das reclamações de precedentes	73
---	----

CAPÍTULO 3 – A CONSTITUCIONALIDADE DA BONIFICAÇÃO REGIONAL NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA REGIÃO NORTE DO BRASIL – UMA ANÁLISE DE PRINCÍPIOS.....76

3.1 Políticas públicas – instrumentos de combate às desigualdades sociais.....	76
--	----

3.1.1 As ações afirmativas – uma política pública de discriminação positiva	79
---	----

3.2 A autonomia universitária em jogo: a implementação de políticas de ação afirmativa por ato administrativo próprio das Universidades.....	83
--	----

3.2.1 A ilegalidade e inconstitucionalidade da política de bonificação regional sob o fundamento da ausência de lei.....	88
--	----

3.3 Que igualdade? O Princípio da igualdade na esteira do debate.....	92
---	----

3.3.1 A igualdade nos casos de políticas afirmativas, na perspectiva de Ronald Dworkin.....	96
---	----

3.3.2 O conteúdo jurídico da igualdade – quando é permitido se estabelecer discriminações?	104
---	-----

3.4 Regras e princípios: conceitos e distinções na teoria de Dworkin e Alexy.....	115
---	-----

3.4.1 O direito como integridade e a coerência no contexto brasileiro.....	126
--	-----

3.5 A discricionariedade judicial no direito brasileiro e a Teoria do Direito de Dworkin.....	129
---	-----

3.5.1 O livre convencimento motivado permanece vivo como instrumento de discricionariedade judicial	129
---	-----

3.5.2 A crítica de Dworkin à discricionariedade judicial positivista.....	133
---	-----

3.6 A racionalidade da decisão judicial em Habermas	138
--	-----

3.6.1 A segurança jurídica e sua resignificação procedimental.....	139
--	-----

3.6.2 A pretensão de decisão correta e a relação entre direito e moralidade.....	141
--	-----

3.6.3 A simultaneidade entre segurança jurídica e correção normativa no âmbito da decisão judicial.....	144
---	-----

CONCLUSÃO	146
------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154
---	------------

RESUMO

Com o advento do Sistema de Seleção Unificada – Sisu, que se constitui em um sistema eletrônico onde são reunidas as vagas ofertadas por várias instituições públicas de ensino superior de todo o Brasil para ingresso nos cursos de graduação, utilizando como base de classificação a nota do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, ocorreu a universalização da oferta das vagas nas Instituições Públicas de Ensino Superior, ampliando a movimentação e a concorrência de candidatos entre as unidades federativas do Brasil. Diante dessa realidade, ocorreu um fenômeno verificado em universidades de estados periféricos, da região Norte, em que os cursos de graduação mais concorridos, o curso de medicina, passaram a ter suas vagas majoritariamente ocupadas por candidatos de outros estados brasileiros, enquanto candidatos do próprio estado de localização da universidade não conseguiam ingressar, em função do melhor desempenho daqueles candidatos no Enem.

Nesse contexto, os estudantes dessas localidades mais periféricas não acessavam em igualdade de condições as vagas nos cursos de medicina, em função dos desníveis educacionais identificados entre as regiões, a partir do desempenho verificado nas provas do Enem. Essa situação agravou o problema já existente, que é a dificuldade de fixação de profissionais médicos nessas regiões do Brasil, afetando sobretudo a oferta dos serviços de saúde, considerando a pouca adesão de profissionais recém formados oriundos de outros estados para permanecerem na região em que se formaram.

Diante da exclusão na ocupação das vagas, as Universidades situadas nessas localidades implementaram políticas de ação afirmativa de bonificação regional, que consiste em um incremento às notas do Enem para candidatos que comprovadamente tenham estudado todo o ensino médio na própria região. A medida possibilitou um equilíbrio no acesso às vagas ofertadas pelos candidatos do próprio estado da Universidade. A partir disso, a presente pesquisa pretende examinar a controvérsia que se instaurou em função da judicialização da política afirmativa, verificando contradições argumentativas entre as decisões judiciais emanadas dos juízos de primeira instância e dos tribunais sobre a constitucionalidade da política de bonificação regional nas universidades da região Norte, cujo déficit de médicos por habitantes é alarmante e os desníveis educacionais verificáveis, comparativamente às demais regiões brasileiras.

Palavras-Chave: Bonificação Regional. Constitucionalidade. Igualdade. Política Afirmativa. Autonomia Universitária. Discrecionalidade.

ABSTRACT

With the advent of the Unified Selection System – Sisu, which is an electronic system where vacancies offered by various public higher education institutions across Brazil are gathered for entry into undergraduate courses, using as a basis for classification and grade of the National High School Examination – Enem, there was a universalization of the offer of vacancies in Public Higher Education Institutions, increasing the movement and competition of candidates between the federative units of the Brazil. Faced with this reality, a phenomenon occurred in universities in peripheral states, in the North region, in which the most popular undergraduate courses, the medical course, began to have their vacancies mostly occupied by candidates from other Brazilian states, while candidates from the state where the university was located were unable to enter, due to the better performance of those candidates in the Enem.

In this context, students from these more peripheral locations did not access places in medical courses on equal terms, due to the educational differences identified between the regions, based on the performance verified in the Enem tests. This situation aggravated the already existing problem, which is the difficulty in retaining medical professionals in these regions of Brazil, mainly affecting the supply of health services, considering the low adhesion of newly trained professionals from other states to remain in the region in which they were formed.

Faced with exclusion in the occupation of vacancies, Universities located in these locations implemented affirmative action policies for regional bonuses, which consist of an increase in Enem grades for candidates who have proven to have studied all of secondary education in the region. The measure enabled a balance in access to vacancies offered by candidates from the University's own state. From this, the present research intends to examine the controversy that arose due to the judicialization of the affirmative policy, verifying argumentative contradictions between the judicial decisions emanating from the first instance courts and the courts on the constitutionality of the affirmative policy. regional bonus in universities in the North region, where the deficit of doctors per inhabitant is latent and the educational gaps are verifiable, compared to other Brazilian regions.

Keywords: Regional Bonus. Constitutionality. Equality. Affirmative Policy. University Autonomy. Discretion

INTRODUÇÃO

Com o advento do Sistema de Seleção Unificada – Sisu - que se constitui em um sistema eletrônico que reúne as vagas ofertadas por instituições públicas de ensino superior do Brasil, objetivando a seleção de candidatos para os cursos de graduação das instituições participantes, em que é utilizada a nota do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, instituído pelo Ministério da Educação, no ano de 2010, houve a universalização da oferta das vagas das Instituições Públicas de Ensino Superior, ampliando a movimentação de candidatos entre as unidades federativas do país.

Diante da nova realidade, cursos de graduação mais concorridos, a exemplo do curso de medicina, passaram a ser bastante cobiçados nas universidades de regiões periféricas, por candidatos de outros estados, de modo que as vagas antes ofertadas no âmbito dos vestibulares nos estados de localização dessas universidades, passaram a ser amplamente disputadas por estudantes de todo o país, a partir do desempenho que obtinham nas provas do Enem.

Nesse contexto, em algumas universidades, observou-se um fenômeno de ocupação das vagas dos cursos de medicina por estudantes, majoritariamente de outros estados, dificultando o ingresso de estudantes dos estados das regiões menos desenvolvidas na ocupação dessas vagas, em função do menor desempenho obtido nas provas do Enem, comparativamente aos estudantes das regiões com maiores índices de desempenhos educacionais.

A situação aprofunda outra problemática existente, a dificuldade de fixação de profissionais médicos nessas regiões do Brasil, especialmente na região Norte, onde há carência de médicos, afetando sobretudo a oferta dos serviços de saúde. A pouca adesão de profissionais recém-formados oriundos de outros estados para permanecerem na região em que se formaram e a migração desses estudantes, enquanto ainda estão estudando, para universidades mais próximas de seus estados de origem são fatores preocupantes.

Diante da dificuldade na ocupação das vagas, algumas instituições públicas de ensino superior, situadas nessas localidades, implementaram políticas de ação afirmativa de bonificação regional, que consiste em um incremento às notas do Enem para candidatos que comprovadamente tenham cursado todo o ensino médio na região da própria instituição de ensino. A medida elevou a nota desses candidatos beneficiados pela ação afirmativa, possibilitando um maior equilíbrio para concorrência às vagas ofertadas e ampliando o acesso desses estudantes ao curso de medicina das instituições situadas no próprio Estado.

A mencionada política de ação afirmativa foi implementada sob o manto da autonomia universitária e em consonância com as normas regulamentadas pelo Ministério da Educação,

que autoriza a implementação de outras políticas de ação afirmativa, além das instituídas pela Lei n. 12.711/12, conhecida como Lei das Cotas Raciais.

Com a implementação da política afirmativa, candidatos de outros estados não beneficiados pela ação afirmativa passaram a questionar judicialmente a validade da bonificação regional nas instituições públicas de ensino, tendo em vista que a ausência do critério de bônus regional poderia possibilitar o ingresso no curso de medicina da instituição pretendida.

Nessa perspectiva, o problema a ser estudado é sobre a constitucionalidade da política de ação afirmativa do bônus regional para ingresso nos cursos de medicina das universidades públicas da região Norte do país, em razão da temática estar em pauta no âmbito dos tribunais do país, com amplo e acalorado debate jurídico da matéria em função da inexistência de um posicionamento em definitivo do Supremo Tribunal Federal - STF. Para tanto, analisaremos especialmente as decisões judiciais no âmbito da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1, em função de englobar os estados da região Norte do Brasil.

O debate tem se acirrado em função das decisões judiciais apresentarem posicionamentos diametralmente opostos, abordando a questão da constitucionalidade a partir de aspectos centrais como, tais como o princípio da igualdade, da legalidade, da autonomia universitária, da discricionariedade administrativa e da meritocracia.

No âmbito da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1, por exemplo, há centenas de decisões judiciais com entendimentos divergentes sobre a constitucionalidade da política. Nos demais tribunais federais também existem posicionamentos discordantes, o que revela falta de consenso na análise jurídica da matéria, especialmente ao tratar de questões ancoradas em princípios constitucionais. Daí a relevância de aprofundarmos o estudo, abordando aspectos determinantes para a implementação da política afirmativa e considerando as dimensões e circunstâncias motivadoras do caso concreto.

O tema da pesquisa é indiscutivelmente atual e necessário para ampliar o debate jurídico que circunda a questão da constitucionalidade da bonificação regional para acesso aos cursos de graduação nas universidades públicas, localizadas em regiões com menores índices de desenvolvimento. Essa política de ação afirmativa visa diminuir a exclusão à educação superior desses candidatos que, ao longo do tempo, são afetadas por desníveis educacionais que impactam a concorrência por vagas de cursos mais desejados.

Evidentemente, o problema de pesquisa está atrelado ao abismo educacional entre as regiões do país, que se revelou ainda mais cruel a partir do uso do Sistema de Seleção Unificada

– SiSU. É assim, que a bonificação regional surge como opção para reduzir os impactos negativos desse abismo na concorrência pelas vagas no curso de medicina.

A insegurança jurídica provocada pelas decisões judiciais antagônicas, que mais aparentam revelar opiniões pessoais dos julgadores, divididos entre os que defendem a constitucionalidade da política afirmativa e aqueles que a rejeitam, diminui a credibilidade do sistema jurídico brasileiro, por não apresentar uma resposta jurídica pautada em uma interpretação constitucional, fundada em um sistema íntegro e coerente.

Reforça a importância desse estudo aprofundado, a inexistência de manifestação em definitivo do Supremo Tribunal Federal - STF, especificamente sobre a bonificação regional nas universidades públicas de estados mais periféricos, como os da região Norte, que tem diferenças importantes para a implementação da ação afirmativa, muitas vezes desconsideradas na análise judicial.

Ressalta-se que o STF julgou, em 2023, a política de cotas implementada no Amazonas, no Recurso Extraordinário nº. 614.873/AM, que tratava da constitucionalidade de lei amazonense em que foi estabelecida a reserva de 80% das vagas no vestibular da Universidade Estadual do Amazonas para egressos de escolas de ensino médio daquele estado. No referido processo havia sido declarado o tema 474 para repercussão geral. No entanto, não havendo convergência para definição de uma tese, o STF, por unanimidade, cancelou o tema de repercussão geral, de modo que a decisão no caso, deve ser aplicada tão somente à lei amazonense.

Assim, considerando as especificidades e peculiaridades das circunstâncias sociais e educacionais da região Norte, o presente estudo pretende avaliar a política afirmativa aplicada naquela região do país, com vistas a identificar se existem distorções que justifiquem e legitimem a medida implementada pelas universidades públicas daquela região e avaliar as divergências jurídicas apontadas nas decisões judiciais, sob os aspectos que indicam sua inconstitucionalidade.

A pesquisa traz em seu bojo discussões relevantes, que impactam a vida e o futuro de um número indeterminado de pessoas, a grande repercussão e interesse público dizem respeito ao fato de revelarem graves problemas sociais, com a necessidade de promover a satisfação de direitos fundamentais à educação, em primeiro plano, e à saúde, em uma perspectiva à médio e longo prazo.

Apresentada a controvérsia sobre a constitucionalidade da bonificação regional, o desenvolvimento da pesquisa está organizado em três capítulos, assim divididos para melhor encaminhamento do problema e compreensão da matéria.

O primeiro capítulo aborda os fatos que motivam a implementação da política de bonificação regional nas universidades da região Norte do país e as circunstâncias concretas marcadas pelas assimetrias educacionais entre as regiões do Brasil. Assim, são apresentados os dados de pesquisa sobre a demografia médica, evidenciando a ausência de médicos em estados da região norte, a desigualdade na distribuição de médicos nos estados brasileiros; após isso são explicitados os dados sobre a distribuição da oferta de vagas de universidades públicas do curso de medicina pelo país e a existência de severa desproporcionalidade entre as regiões.

Ainda no primeiro capítulo, apresentamos o caso da Universidade Federal do Acre – Ufac, como estudo de caso, para avaliarmos minuciosamente como a política de bonificação regional foi implementada, os motivos para a ação afirmativa, bem ainda examinaremos o desempenho dos estudantes do estado do Acre, a partir dos dados do resultado do Enem 2023, de modo a verificar se há assimetrias educacionais entre estados das demais regiões.

No capítulo 2, abordaremos a questão da judicialização da política de bônus regional, apresentando e analisando uma amostra do conjunto de decisões judiciais exarada nos tribunais federais, considerando primeira e segunda instâncias, a fim de verificar as divergências argumentativas no tocante à constitucionalidade da medida implementada nas universidades públicas. Além disso, apresentamos as discordâncias de entendimento no âmbito do Ministério Público Federal - MPF e a posição da Advocacia Geral da União – AGU sobre a constitucionalidade da ação afirmativa.

Por fim, no capítulo 2, analisaremos também as decisões do STF em casos de políticas de ação afirmativa em universidades, a exemplo do caso do julgamento da constitucionalidade da Política de Cotas Étnico-Raciais – ADPF 186, o caso do Recurso Extraordinário nº. 614.873/AM, que trata da reserva de vagas na Universidade Estadual do Amazonas, o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4868/DF, que trata da reserva de vagas nas universidades do Distrito Federal e os casos das reclamações de precedentes, ao STF, nos processos de bonificação regional.

Na sequência, o terceiro capítulo aborda as questões teóricas relativas aos fundamentos que circundam a questão central do problema de pesquisa, ou seja, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Neste tópico do trabalho, discutiremos sobre o conceito de políticas públicas, avaliando se a bonificação regional se insere como uma política de ação afirmativa.

Após, passamos à avaliação da autonomia universitária e a possibilidade de implementação da bonificação regional por ato administrativo próprio das universidades.

Ainda no capítulo 3, examinamos a igualdade constitucional, de modo a verificar se a política de bônus regional viola o princípio isonômico. Abordamos a diferença entre a igualdade formal e material, a tensão existente na avaliação da constitucionalidade sob aspectos e critérios do conteúdo jurídico da igualdade, e avaliamos como a igualdade é compreendida nas ações afirmativas, na perspectiva de Ronald Dworkin.

Por fim, o capítulo abordará a questão da discricionariedade administrativa *versus* a discricionariedade judicial, a partir do controle judicial das políticas públicas, bem como faremos uma análise crítica das decisões judiciais de inconstitucionalidade, abordando a teoria do direito como integridade de Dworkin e a racionalidade da decisão judicial em Habermas.

A conclusão traz a análise do problema de pesquisa, com a avaliação sobre a constitucionalidade da bonificação regional nas universidades públicas da região Norte do país, considerando todo o arcabouço teórico e os dados coletados para a pesquisa. A intenção é a de provocarmos uma avaliação aprofundada do tema e podermos discutir sobre como o judiciário tem analisado os casos concretos de bonificação regional.

Os resultados da pesquisa podem contribuir para uma prática mais assertiva na fundamentação das decisões judiciais, que, de certa forma, repetem argumentos asseverando a inconstitucionalidade do bônus regional, e desconsideram a realidade fática e as circunstâncias que impulsionaram a implementação da medida em determinadas universidades públicas da região Norte do país.

Dada as assimetrias existentes nos níveis sociais, econômicos e educacionais, entre as regiões, é inadmissível que, em casos submetidos à exame de constitucionalidade, decisões sejam exaradas pautadas em fundamentações retóricas ou de mera proclamação de princípios constitucionais, desprezando fatores e problemas sociais identificados.

Como metodologia para composição do trabalho utilizamos o exame de decisões judiciais, análise de dados coletados dos portais oficiais e nos sítios eletrônicos de órgãos e instituições públicas, análise documental, revisão bibliográfica e análise estatística de dados, verificando se há elementos de fato e de direito para corroborar a hipótese de constitucionalidade da política de bonificação regional nas universidades da região Norte do Brasil.

A pesquisa não pretende esgotar a análise promovida sobre o tema. No entanto, pretende que o debate ganhe novos contornos, especialmente por ainda não haver análise definitiva, no

âmbito do STF. Além disso, a reflexão exige rever as práticas decisionistas, ainda enraizadas na cultura do judiciário brasileiro, de modo a promover decisões mais coerentes e fundamentadas, não por mera proclamação de princípios constitucionais, mas da verdadeira *práxis* de exame do caso concreto e do direito como integridade.

CAPÍTULO 1 – A POLÍTICA DE BONIFICAÇÃO REGIONAL E AS DESIGUALDADES NOS SISTEMAS EDUCACIONAIS E DE SAÚDE NA REGIÃO NORTE.

A política de bonificação regional, implementada por universidades públicas brasileiras, foi criada com o objetivo de reduzir o abismo entre candidatos de diferentes regiões brasileiras para ingresso nos cursos de graduação mais concorridos, com maior ênfase no curso de medicina, que é o mais cobiçado em função de ter maior prestígio social e ter maior custo de investimento.

Nessa senda, o bônus regional vislumbra possibilitar melhores condições de acesso aos candidatos das regiões da própria universidade, tendo em vista que os motivos para a criação da política de bonificação se concentram essencialmente na desigualdade de acesso ao curso de medicina, considerando os desníveis educacionais, bem como a baixa fixação de profissionais médicos nessas regiões periféricas do país, resultando em um sistema de saúde com maior comprometimento para atendimento da população, especialmente em determinadas especialidades médicas.

Diante disso, no intuito de examinar a constitucionalidade da política, é indispensável constataremos se as desigualdades apontadas são fatos verificáveis, que possam legitimar a ação afirmativa objeto desta pesquisa.

1.1 A Demografia médica no Brasil e as desigualdades regionais na distribuição de médicos.

Uma importante dimensão para análise da questão apresentada como problema de pesquisa é a situação da distribuição de médicos no país, considerando os índices regionais para identificarmos a existência das disparidades que possam suscitar políticas públicas para mitigar efeitos negativos nos sistemas públicos de saúde.

Assim, o estudo da densidade médica no país é um instrumento legítimo para avaliar a quantidade de médicos disponíveis para atuar no sistema de saúde, de modo a identificar regiões desassistidas, objetivando que sejam projetadas políticas capazes de contribuir para o avanço nos serviços de saúde prestados à população.

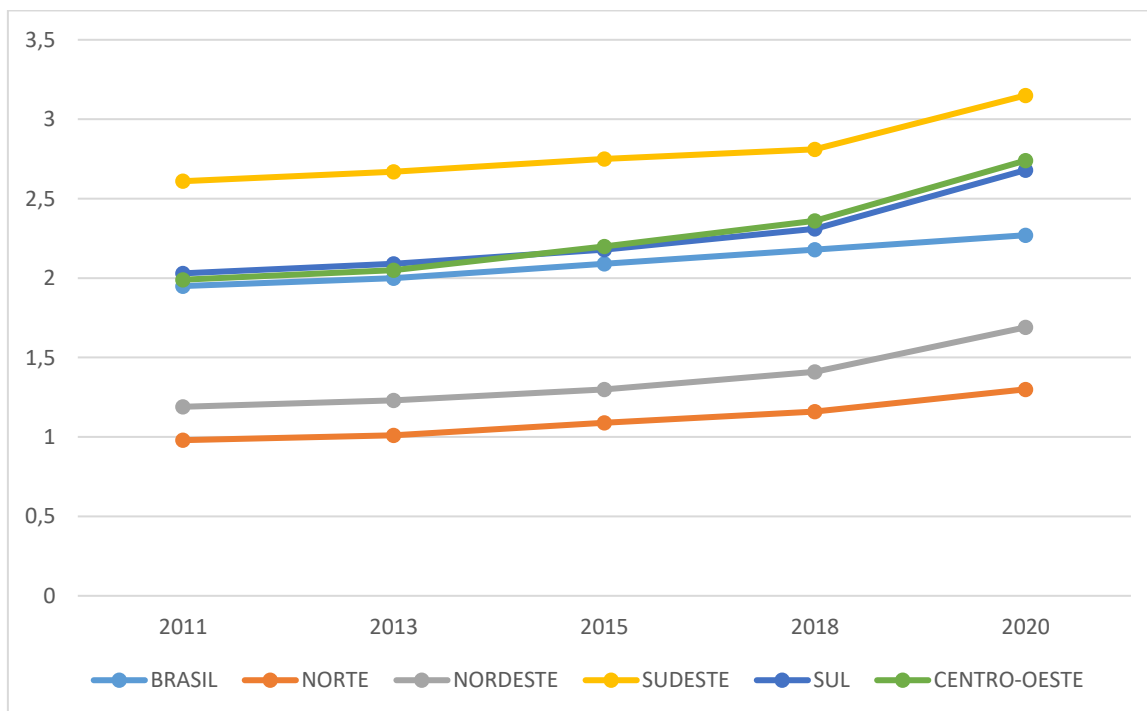
Nesse contexto, o Conselho Federal de Medicina (CFM) elabora a Demografia Médica no Brasil, apresentando um estudo com dados sobre a evolução da população médica no país. Ao longo dos anos, seis publicações foram disponibilizadas, com informações essenciais para um diagnóstico da situação pelas regiões e estados brasileiros.

As edições anteriores da Demografia Médica no Brasil foram publicadas nos anos de 2011, 2013, 2015, 2018, 2020, e, por último, a edição de 2023 foi publicada em fevereiro de 2023, sem considerar os dados populacionais recentes do Censo demográfico do Brasil de 2022, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Nesse cenário, os dados de 2023 publicados pelo CFM previa hipoteticamente um quantitativo populacional de 10 milhões de pessoas a mais do que realmente foi contabilizado no país, a partir do recenseamento realizado e publicado no Censo 2022.

Quanto a isso, a Associação Médica Brasileira - AMB, instituição sem fins lucrativos, em parceria com a Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - USP também lançou a Demografia Médica no Brasil 2023, em fevereiro de 2024. No entanto, em setembro do mesmo ano, atualizou as informações e os dados da densidade médica no Brasil e nos estados, considerando a já publicação mais recente do Censo 2022, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Diante disso, em relação ao estudo Demografia Médica no Brasil, referente ao ano de 2023, utilizaremos os dados publicados pela Associação Médica Brasileira, considerando a maior precisão das informações para determinar a disponibilidade de médicos, em função da atualização realizada a partir da publicação do quantitativo populacional pelo IBGE.

De acordo com as edições dos anos de 2011, 2013, 2015, 2018 e 2020, publicados pelo Conselho Federal de Medicina, é possível traçarmos uma série histórica da densidade médica no país e por região, a fim de avaliarmos as condições de disponibilidade de médicos comparativamente entre as regiões e a média nacional.

GRÁFICO 1 – Demografia médica no Brasil – série histórica 2011 -2020

Fonte: Elaborado a partir dos dados publicados pelo Conselho Federal de Medicina na Demografia Médica no Brasil, edições 2011, 2013, 2015, 2018 e 2020.

O índice da demografia médica é a razão da quantidade de médicos por 1.000 habitantes. A partir do gráfico acima representado, é possível observar que a região Norte do Brasil tem se mantido com os piores índices ao longo dos anos e estando abaixo da média brasileira.

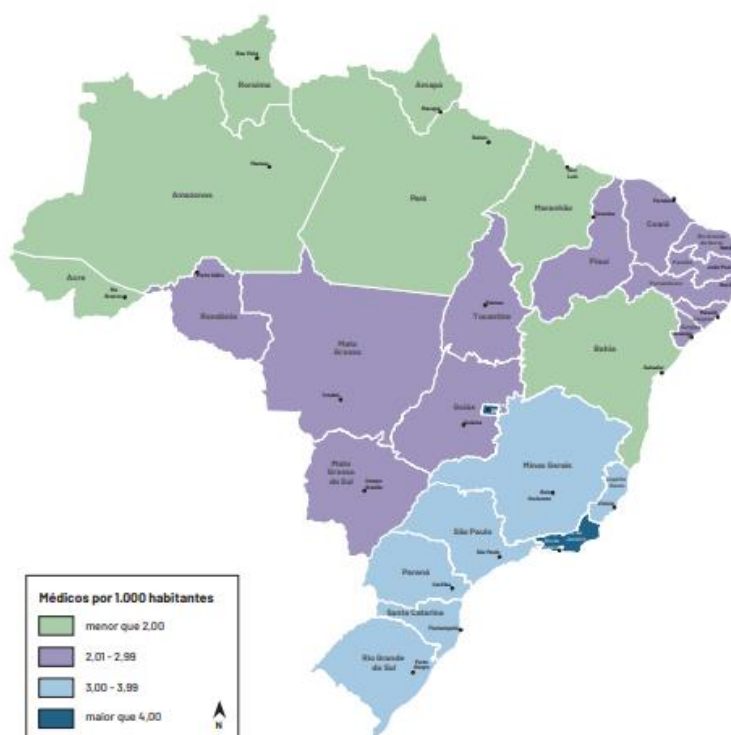
Pela série histórica fica evidenciado o abismo que se acentuou entre a região Norte comparativamente à região Sudeste, que figura no topo da densidade médica do país, durante todo o período. Em 2011, o índice na região Norte era de 0,98 médicos por mil habitantes, enquanto na região Sudeste o índice era de 2,61. Já em 2020, a região Norte possuía 1,30 médicos por mil habitantes e a Sudeste já contava com um quantitativo de 3,15 médicos por mil habitantes. A diferença entre os índices que era de 1,63 médicos, em 2011, ampliou para 1,85, em 2020.

A publicação atualizada da Demografia Médica 2023, pela Associação Médica Brasileira em parceria com a Faculdade de Medicina da USP, expôs um crescimento considerável do quantitativo de médicos disponíveis no país. No entanto, a desigual distribuição desses médicos, por região, continua se acentuando severamente, o que demonstra uma

incapacidade do poder público em equiparar a oferta dos serviços médicos de saúde para a população de regiões mais desassistidas.

Os dados indicam que o Brasil conta com 545.767 médicos para um pouco mais de 203 milhões de habitantes, o que significa uma razão de 2,69 médicos por 1.000 habitantes. Nesse contexto, a razão nacional saiu de um patamar de 1,95 médicos por mil habitantes em 2011, ampliando a razão em 0,74 para a densidade de profissionais de medicina em 2023.

FIGURA 1 – Razão de médicos por 1000 habitantes – por unidade de Federação em 2022.



FONTE: Scheffer M. et al. Radar da Demografia Médica no Brasil nº. 1/2023 (FMUSP/AMB). Fontes: IBGE E CFM.

Conforme a figura 1, a região Norte permanece tendo o pior cenário das médias nacionais do índice, não chegando nem a ter dois médicos por mil habitantes, com uma razão de 1,65 médicos, enquanto o Sudeste ampliou sua densidade médica para 3,62, seguido das regiões Centro-Oeste com 3,28 e Sul com 3,12. A região Nordeste também apresenta um índice abaixo da média nacional, mas já alcançou 2,09 de densidade médica em 2023.

Essa taxa de densidade médica do Brasil aproximou-se da densidade de países como Estados Unidos, Japão, Canadá e Chile. No entanto, ainda permanece abaixo da média dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, que é de 3,7 médicos por 1.000 habitantes. Ressalta-se que não há um padrão mundial de densidade recomendada, de modo que comparações devem ser analisadas com cautelas, principalmente em função de como são contados esses profissionais pelos demais países. (SCHEFFER; ALMEIDA; CASSENTE, 2023.)

No caso, o que salta aos olhos são as disparidades nas taxas de densidade médica entre as regiões brasileiras. Enquanto vimos uma concentração de profissionais nas regiões centro-sul, com ênfase na região Sudeste, regiões mais periféricas, como Norte e Nordeste sofrem com a escassez desses profissionais, o que gera limitações nos sistemas de saúde daquelas regiões, inclusive em relação às especialidades médicas.

Destacamos abaixo as taxas de densidade médica por estado da Federação, de modo que possamos, ao longo do estudo, organizar os dados para uma adequada compreensão das realidades locais e regionais, que serão as bases para justificar a implementação de políticas públicas com o intuito de reduzir os efeitos negativos existentes há décadas.

TABELA 1 – Taxa de demografia médica por unidade de Federação

UF	Médicos por 1.000 habitantes	UF	Médicos por 1.000 habitantes
Distrito Federal	6,13	Sergipe	2,44
Rio de Janeiro	4,19	Piauí	2,34
São Paulo	3,57	Pernambuco	2,31
Espírito Santo	3,47	Rio G. do Norte	2,31
Minas Gerais	3,30	Mato Grosso	2,23
Rio Grande do Sul	3,25	Alagoas	2,14
Paraná	3,07	Ceará	2,14
Santa Catarina	3,01	Bahia	1,97
Mato Grosso do Sul	2,93	Roraima	1,79
Paraíba	2,89	Acre	1,74
Goiás	2,81	Amazonas	1,54
Rondônia	2,67	Amapá	1,45
Tocantins	2,56	Pará	1,33
		Maranhão	1,17

FONTE: Dados coletados de Scheffer M. et al. Radar da Demografia Médica no Brasil nº. 1/2023 (FMUSP/AMB).
Fontes: IBGE E CFM.

Considerando que o Brasil registra uma taxa da densidade médica de 2,69 médicos por 1.000 habitantes, da análise da tabela 1, observamos que dezenove unidades da Federação têm taxa abaixo da média nacional, incluídos os sete estados da região Norte. Em situação oposta, nenhum dos estados das regiões Sul e Sudeste possuem taxa abaixo de 2,69, o que revela uma distribuição desigual de médicos no país. Ademais, sete estados possuem taxa abaixo de 2 médicos por 1.000 habitantes, dentre eles cinco estados da região Norte do país.

Outro indicador das disparidades pode ser mensurado quando comparamos o percentual de médicos disponíveis por região e o percentual de população concentrado na mesma. De acordo com os dados do Censo 2022, publicados pelo IBGE¹, o Brasil conta com uma população de 203.062.512 habitantes, dos quais 84.847.187 estão na região Sudeste; 29.933.315 estão na região Sul; 16.287.809 estão na região Centro-Oeste; 54.644.582 na região Nordeste e 17.349.619 estão na região Norte.

Neste cenário, 41,78% da população vive no Sudeste e possui à disposição 56,25% do total de médicos no Brasil, enquanto a região Norte tem apenas 5,24% dos médicos para atender 8,54% da população do país².

Os recentes estudos da demografia médica no Brasil 2023, elaborados a partir de dados de 2022, demonstram que houve uma considerável ampliação na quantidade de médicos no Brasil, resultando em uma maior taxa de densidade nas regiões e na média nacional do país.

No entanto, em relação aos dados de 2020 indicados no gráfico 1, a taxa de densidade médica no Brasil saltou de 2,27 para 2,69, em 2023, um incremento na ordem de 0,42 médicos por 1.000 habitantes. A velocidade de ampliação dos números, no período, foi maior na região Centro-Oeste que saiu de 2,74, em 2020, para 3,28, em 2023, um aumento de 0,54 na taxa de médicos/habitantes, enquanto a região com menor índice de aumento foi a Norte, que saiu de

¹Disponível em:

https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Populacao_e_domicilios_Primeiros_resultados/POP_2022_Municipios_Primeiros_Resultados.pdf

² A região Sul possui 14,74% da população brasileira e concentra 17,12% dos médicos; a região Centro-Oeste possui 8,02% da população brasileira e conta com 9,77% dos médicos disponíveis; enquanto a região Nordeste possui 26,91% da população e 20,96% de médicos.

1,30 para tímidos 1,65, em 2023, uma ampliação de apenas 0,35 no índice da razão de médicos por habitantes.

O distanciamento entre as taxas das regiões Sudeste, com maior densidade médica, e da Norte, com o menor índice, tem se aprofundando cada vez mais, consolidando uma situação bastante crítica e de difícil solução. É necessário um conjunto de medidas e de políticas públicas que se integrem no enfrentamento das desigualdades já consolidadas. Em 2020, a diferença estava em 1,85 na razão de médicos/hab e se ampliou para 1,97 médicos/hab.

A questão é tão grave, especialmente quando observamos a proporção de médicos especialistas. Segundo o Radar da Demografia Médica 2023, o Brasil conta com 1,58 médico especialista por 1.000 habitantes, considerando todos os profissionais titulados em pelo menos uma das especialidades médicas reconhecidas. Sob esse contexto, assim como a distribuição de médicos é desigual no território brasileiro, a de especialistas é ainda mais, e, em alguns casos específicos, de maneira mais cruel.

Os dados da DMB 2023 indicam o quantitativo de médicos especialistas em cada unidade da Federação. Dentre as especialidades médicas mais frequentes da rotina médica de atenção básica à saúde, temos a cardiologia e a clínica médica. Observando os dados relativos a essas especialidades, utilizaremos para fins de comparação das distorções, o estado de São Paulo, que possui o maior quantitativo de especialistas das áreas e o estado do Acre, um dos estados da região Norte, com menores quantitativos de especialistas.

Em relação à especialidade médica de cardiologia, São Paulo possui 5.432 médicos da área, enquanto o Acre conta com apenas 24 cardiologistas. Essa informação isolada talvez não seja tão impactante, como quando identificamos a razão de habitantes/médico cardiologista em cada um desses estados. Assim, considerando a população existente em cada estado³, São Paulo possui 8.177 habitantes para cada cardiologista, enquanto o Acre possui absurdamente 34.584 habitantes por cardiologista, ou seja, as dificuldades por atendimentos com cardiologista são amplificadas diante dessa realidade alarmante.

Em relação à especialidade de clínica médica, São Paulo possui 15.860 profissionais da área, enquanto o Acre possui apenas 85. Ao aplicarmos novamente a proporção de

³ Segundo o Censo 2022, publicado pelo IBGE, São Paulo possui uma população de 44.420.459 pessoas e o Acre possui uma população de 830.026 pessoas.

habitantes/especialidade médica, temos que em São Paulo existem 2.800 habitantes/clínico médico e o Acre possui 9.765 habitantes/clínico médico.

As distorções são muitas e impactam na saúde da população dessas localidades mais periféricas, que sofrem com as desigualdades relacionados às garantias de direitos fundamentais, tais como a saúde e também a educação, como veremos mais a frente.

Por fim, as projeções não são tão animadoras, as questões relativas às constatações verificadas tem se aprofundado ao longo do tempo e possuem estreita relação com a quantidade de vagas nos cursos de medicina que se concentram nas regiões já com grandes concentrações de médicos, conforme poderemos verificar.

1.2 Das vagas ofertadas para os Cursos de Medicina nas Universidades Públicas do Brasil

Para a análise do objeto de pesquisa deste estudo é salutar avaliarmos como as vagas dos cursos de medicina de universidades públicas estão distribuídas no país e especialmente, nas regiões.

Segundo dados obtidos a partir do Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior – Cadastro e-MEC⁴, temos hoje, no Brasil, 93 Instituições Públicas de Ensino Superior ofertando vagas para o Curso de Medicina, dentre as quais 59 são instituições federais, 31 estaduais e 3 municipais. Algumas dessas instituições ofertando em mais de um *campus*, o que amplia para 125 cursos de medicina, totalizando 9.627 vagas ofertadas anualmente e 438 vagas já autorizadas, mas ainda não iniciadas.

Todos os estados da região Norte juntos têm à disposição 1.132 vagas de medicina, já iniciadas, com previsão de ampliação de mais 138 vagas, quantidade menor que as vagas ofertadas só em Minas Gerais que são 1.405 vagas de medicina, o estado com maior quantidade de vagas e de instituições públicas, sendo 9 federais e 2 estaduais.

Ou seja, é fundamental para compreensão desse fenômeno, que observemos a quantidade de vagas públicas dos cursos de medicina, ofertadas anualmente, por estado da Federação, identificando como essas vagas estão distribuídas e a que grupo majoritário atendem, conforme quadro abaixo.

⁴ Disponível em: <https://emec.mec.gov.br/emec/nova>

TABELA 2 – Quantitativo de vagas públicas de medicina por unidade de Federação

UF	Quantidade de vagas públicas	Vagas autorizadas não iniciadas
Minas Gerais	1.405	--
São Paulo	916	180
Bahia	694	--
Rio de Janeiro	694	--
Rio Grande do Sul	688	--
Paraná	550	40
Pernambuco	510	--
Ceará	400	--
Pará	370	--
Maranhão	330	80
Rio Grande do Norte	280	--
Mato Grosso do Sul	268	--
Tocantins	260	60
Paraíba	250	--
Goiás	244	--
Amazonas	242	48
Mato Grosso	240	--
Piauí	240	--
Alagoas	210	--
Santa Catarina	200	--
Sergipe	160	--
Distrito Federal	156	--
Acre	80	--
Espírito Santo	80	--
Roraima	80	30
Amapá	60	--
Rondônia	40	--

Fonte: Dados coletados do cadastro nacional de cursos e Instituições de Educação Superior – Cadastro e-MEC, Disponível em: <https://emec.mec.gov.br/emec/nova>. Acesso em: setembro de 2023

Da análise dos dados, observamos que o estado do Acre, que será estudo de caso, possui somente 80 vagas anuais ofertadas pela única universidade pública do estado, a Universidade Federal do Acre - Ufac, estando nas mais baixas posições, juntamente com estados predominantemente da região Norte.

Nota-se que os menores quantitativos de vagas estão localizados predominantemente em estados da região Norte, de modo que os estados nessa situação devem dispor de mecanismos de análise e de estudos para um diagnóstico que viabilize identificar eventual exclusão de estudantes de seus próprios estados.

Os dados começam a desvendar um cenário muito desfavorável, pois enquanto a densidade médica na região Norte é baixa, as vagas públicas de medicina também são poucas, limitando bastante que a situação possa ser revertida a curto prazo, principalmente quando essas poucas vagas, especialmente em alguns dos estados da região Norte, são disputadas universalmente por candidatos de outras unidades da Federação, inclusive de regiões com alta taxa da razão de médicos/habitantes e também com elevado quantitativo de vagas públicas para medicina.

A densidade médica não é determinada tão somente pelo resultado da distribuição de vagas públicas do Curso de Medicina no território brasileiro, mesmo que bastante relevante, por estarem essas vagas no centro do debate da implementação de políticas afirmativas, é importante ponderar que a razão de médicos por habitantes também tem relação com a quantidade de médicos formados nas instituições de ensino da iniciativa privada.

Quanto a isso, o maior quantitativo de vagas de medicina das instituições de ensino particulares também está concentrado na região Sudeste, com uma oferta de 15.229 vagas anuais e a região Norte possui uma oferta de 2.654 vagas. Considerando o total de vagas públicas e privadas, a região Sudeste oferta atualmente 43,83% de todas as vagas disponíveis no Brasil. No entanto, é de se ressaltar que o Curso de Medicina é um curso de elevado valor em instituição particular. Assim, a população de regiões mais periféricas tem predominantemente um poder econômico mais limitado, e maiores dificuldades na ocupação dessas vagas.

1.3 Os desníveis educacionais existentes na região Norte do Brasil – uma análise sob a perspectiva do desempenho dos candidatos nas edições Enem 2019 -2022 e os motivos para a política de bonificação regional.

O ingresso nas universidades públicas, que utilizam o SiSU como sistema de seleção, tem como base de avaliação o desempenho dos candidatos nas provas do Enem. Assim, considerando as notas dos candidatos, as universidades fazem a seleção para ocupação das vagas ofertadas, de acordo com as melhores notas obtidas.

Nesse cenário, a implementação da política de bonificação regional nas universidades públicas da região Norte do país é justificada em função de desníveis educacionais existentes entre as regiões brasileiras, que acarretam a forte exclusão dos estudantes da região nos cursos de medicina da própria localidade.

A excessiva judicialização contra a política de bonificação regional das universidades públicas exige do poder judiciário uma postura de analisar a constitucionalidade, verificando se há violação a princípios constitucionais, mas também deve considerar as questões fáticas e circunstanciais, a partir da análise dos motivos que determinaram a escolha administrativa pela criação da ação afirmativa implementada.

O ato administrativo que expediu norma interna, com a finalidade de implementar a política de ação afirmativa de bonificação regional nas universidades está ancorada no exercício da discricionariedade administrativa. Esta pode ser compreendida como sendo:

[...] margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2017, p. 48).

Ressalta-se que a atuação discricionária possibilita um espaço para que a Administração Pública tome decisões, sem que esteja alheia à legalidade e, ainda, à constitucionalidade e à

aplicação de todo o arcabouço principiológico que caminha ao lado dela, de modo que a avaliação e deliberação pela autoridade administrativa deve ocorrer a partir de uma análise criteriosa da situação concreta, com vistas a possibilitar a fiel satisfação da finalidade legal que atenda ao interesse coletivo. (CADERMATORI; OLIVEIRA, 2016)

No caso das universidades, a discricionariedade administrativa para edição de normas de política afirmativa está atrelada ao exercício da autonomia universitária, que será tratada em tópico específico.

Nessa senda, as razões que ensejaram a expedição da norma da política de bonificação regional ganham especial importância para análise de sua constitucionalidade pelo Judiciário. Isso porque os motivos são pressupostos de fato e de direito que servem de fundamento para o ato administrativo. Especificamente em relação aos pressupostos de fato, estes correspondem ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. (DI PIETRO, 2012)

Isto posto, considerando o exame de constitucionalidade da bonificação regional e especialmente os motivos consignados para sua implementação, evidente que não haverá como fugir da conclusão de que o controle dos atos administrativos, pelo judiciário, se estende, invariavelmente, ao exame dos motivos. Do contrário, não haveria como se garantir a legitimidade dos atos administrativos. (MELLO, 2017, p. 88)

E, conforme entendimento manifestado pelo jurista Celso de Mello (2017, p. 88), “*negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle de legalidade por um processo de referenda extrínseco.*”

Assim sendo, perante o ato administrativo é essencial questionar, desde logo, se existem ou não os motivos, ou eventos ou circunstâncias alegadas para a prática do ato que normatizou a bonificação regional.

Sob esse contexto, impera avaliar o desempenho dos candidatos no Enem, de modo a verificar se de fato existem desníveis, que impactam no ingresso desses estudantes, por região, e que justifique uma ação afirmativa editada por ato administrativo.

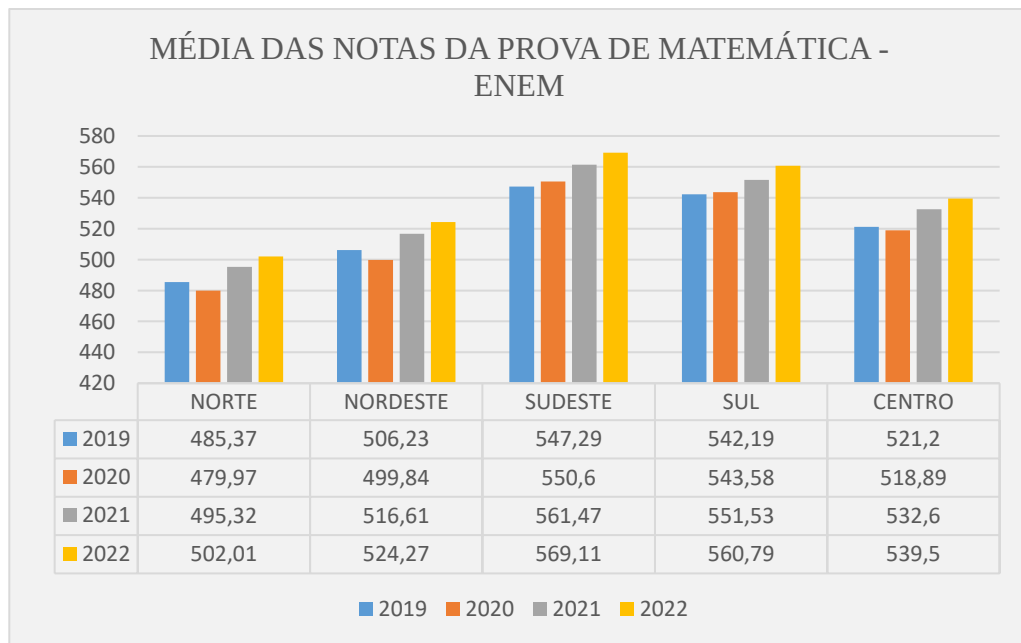
Para tanto, utilizamos os dados publicados na Sinopse Estatísticas do Exame Nacional de Ensino Médio, referente aos anos de 2019 a 2022⁵, pelo Instituto Nacional de Estudos e

⁵ Durante a escrita da tese, o INEP divulgou em 30 de abril de 2024, os dados do Enem 2023. Na edição, a região Norte do Brasil permaneceu obtendo as menores médias em todas as provas (Ciências da Natureza, Ciências Humanas, Linguagens, Matemática e Redação), mantendo o desempenho dos candidatos abaixo da média das outras regiões brasileiras. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/enem>.

Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, de maneira a trabalhar uma análise mais abrangente do desempenho dos estudantes da região Norte, comparativamente aos demais estudantes de outras regiões.

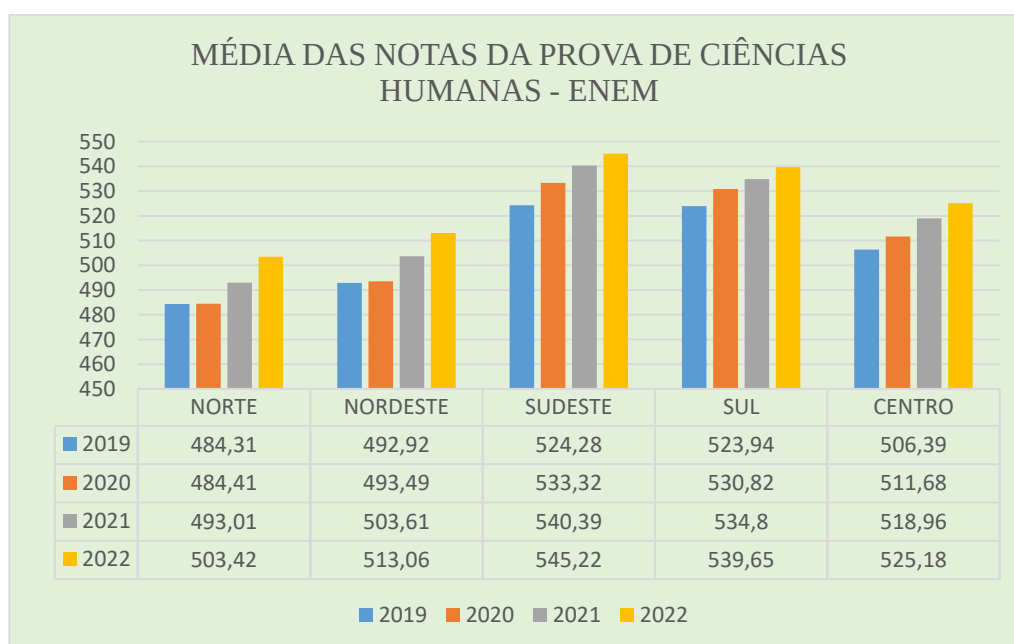
Nos anos de 2019 a 2022, a média das notas dos candidatos no Enem, por região e por área de conhecimento demonstrou que os estudantes da região Norte tiveram as menores médias em todas as provas (ciências da natureza, ciências humanas, linguagens, matemática e redação), quando comparadas às médias dos estudantes das demais regiões brasileiras. Para exemplificar, escolhemos duas áreas do conhecimento para demonstrar as disparidades identificadas ao longo dos anos. Nos gráficos abaixo apresentamos o desempenho dos candidatos, por região, considerando as médias nas notas das provas de Matemática e de Ciências Humanas, nos anos de 2019 a 2022.

GRÁFICO 2 – Média das notas da prova de matemática do Enem, por região brasileira – série histórica 2019 -2022



Fonte: Gráfico elaborado a partir dos dados da Sinopse Estatística do Enem – INEP (2019 – 2022)

GRÁFICO 3 – Média das notas da prova de ciências humanas do Enem, por região brasileira – série histórica 2019 -2022



Fonte: Gráfico elaborado a partir dos dados da Sinopse Estatística do Enem – INEP (2019 – 2022)

Dos exemplos, é notório que existem disparidades entre as regiões brasileiras, a região Norte apresenta os piores desempenhos nas provas do Enem em todos os anos verificados. Os dados comprovam a existência do problema que motivou a criação e implementação de políticas afirmativas em universidades da região Norte, como forma de mitigar a exclusão desses candidatos de cursos concorridos, especialmente o de medicina.

Já os candidatos da região Sudeste obtiveram as maiores médias em todas as provas, em todos os anos do período pesquisado, entre 2019 e 2022, seguidos imediatamente pelos candidatos da região Sul, na sequência pelos candidatos da região Centro-Oeste e, em penúltima posição do ranking das médias, os candidatos da região Nordeste.

Comparando as médias da prova de matemática entre os candidatos da região Sudeste, com os candidatos da região Norte, figurando na última posição do ranking, observamos uma grande disparidade. A diferença na pontuação no ano de 2019 foi de 61,92 pontos; ampliando para 70,63 pontos, em 2020; em 2021, foi de 66,15 pontos e em 2022, foi de 67,10 pontos.

Os candidatos da região Norte notadamente têm os piores desempenhos nas provas, comparativamente, situação que impacta a competitividade pelas vagas dos cursos de medicina em qualquer universidade pública brasileira, para esses estudantes. Assim, se não houver nenhuma política afirmativa para reduzir o déficit verificado, o objetivo de ingressar em um curso de medicina passa a ser uma tarefa bastante complexa para os estudantes da região Norte.

Tal situação de exclusão pode ser melhor verificada a partir do estudo de caso que faremos no próximo tópico, utilizando como parâmetro a bonificação regional implementada pela Universidade Federal do Acre.

Nesse caso, a utilização de um estudo de caso é bastante relevante, pois permite conhecer mais detalhadamente as questões relevantes para análise do problema de pesquisa, se constituindo em uma ferramenta indispensável para compreensão da realidade empírica e para examinar um problema contemporâneo dentro do contexto da realidade a ser pesquisada.

1.4 A Bonificação Regional para ingresso nos Cursos de Graduação da Universidade Federal do Acre: um estudo de caso sobre o ingresso no curso de medicina em uma universidade da região Norte do Brasil.

A Universidade Federal do Acre - Ufac - é uma instituição pública de ensino superior, sendo a única universidade pública do estado do Acre, criada em 25 de março de 1964, pelo Decreto Estadual nº 187, quando da implantação da Faculdade de Direito e federalizada em 05 de abril de 1974, pela Lei nº 6.025 e pelo Decreto nº 74.706, de 17 de outubro de 1974, oferta atualmente 50 cursos de graduação com 2.500 vagas anuais⁶.

O Curso de Graduação em Medicina da Ufac foi criado pela Resolução nº.17, de 29 de novembro de 2001, do Conselho Universitário, inicialmente com 40 vagas, e autorizado pela Portaria Ministerial do MEC n. 763, de 20 de março de 2002, com a primeira turma ingressando em junho de 2002.

Na ocasião, para autorização de funcionamento pelo Ministério da Educação, o pedido foi submetido à análise da Câmara de Educação Superior, do Conselho Nacional de Educação e precedida de visita técnica para avaliação das condições de oferta, que ao final foi elaborado relatório favorável à autorização do curso

O parecer CNE/CES 0087/2002⁷ recomendou a autorização, embasado no relatório de visita técnica, em que consignava importantes motivos pela necessidade de criação do Curso de Medicina no estado do Acre, conforme podemos observar do trecho abaixo:

⁶ Dados extraídos da publicação do “Ufac em Números 2022” – Disponível em: <https://www.ufac.br/site/ufac/proplan/ufac-em-numeros/ufac-em-numeros-2022.pdf/view>.

⁷Disponível em: https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/pdf/CNE_PAR_CNECESN872002.pdf

A exemplo do nosso parecer quando da visita a Universidade Federal de Rondônia “Entendemos que, de certa forma, a criação de uma faculdade/curso de medicina é mais do que criar uma instituição que produz médicos. **Ela traz uma missão de melhoria dos padrões de qualidade de saúde na região, onde será implantada.** Portanto, para uma formação adequada deve-se dispor não só de profissionais qualificados e dedicados à docência/assistência, mais também de condições de trabalho e de ensino, traduzidos em laboratórios, biblioteca e, sobretudo, em uma rede de hospitais e centros de saúde comunitários adequados à docência/assistência que permitam uma retroalimentação positiva entre a faculdade criada e a rede de saúde da região, com consequente benefício para sociedade.” (CNE, 2002)

Evidente que a criação do Curso de Medicina, naquele momento, já tinha fortes apelos pela possibilidade de melhorias dos sistemas de saúde da região, em função da maior disponibilidade médica que poderia proporcionar.

No contexto local, destaca-se, ainda, o Projeto Pedagógico Curricular do Curso de Medicina da Ufac⁸, reformulado em 2017, documento mais recente, que ainda mantém as perspectivas de melhorarias dos indicadores de saúde na região, a partir da formação de médicos pela Ufac, que reconheçam as necessidades regionais, exercitando a prática geral da medicina de acordo com esse reconhecimento.

É possível inferir o entendimento consignado a partir do que extraímos de uma das justificativas para o funcionamento do curso:

A existência de Escolas Médicas em áreas mais distantes dos grandes centros do país pode contribuir para a melhoria do sistema de saúde e, conseqüentemente, nos indicadores de morbimortalidade da região, mas também para o desenvolvimento regional, com aumento da qualidade de vida da população que habita o Norte do país. (UFAC, 2017)

⁸ Disponível em: <http://www2.ufac.br/medicina/documentos/projeto-pedagogico-do-curso.pdf>

Feitas as devidas contextualizações do surgimento do Curso de Medicina da Ufac, necessário conhecermos como ocorreram os processos seletivos dos estudantes do curso, ao longo do tempo. Desde o surgimento do curso até o ingresso de estudantes no ano de 2011, o processo seletivo se deu por meio do antigo vestibular. Nesse modelo de seleção, a organização e a elaboração das provas do concurso eram realizadas pela própria instituição. De modo que os candidatos interessados nas vagas ofertadas deveriam se deslocar no intuito de participar do certame.

No ano de 2012, a Ufac, por meio da Resolução CONSU nº. 16/2011, adotou as notas do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem como critério de seleção para ingresso nos cursos de graduação, em substituição ao vestibular. Essa modalidade de seleção facilitava bastante a participação de candidatos de outras unidades da Federação, em função de não mais exigir o deslocamento dos candidatos para a realização das provas de vestibular.

A partir do ano de 2013⁹, a Ufac também aderiu ao Sistema de Seleção Unificada – SiSU, que utiliza como base as notas obtidas no Enem. Esse novo modelo de seleção mudou completamente a dinâmica de concorrência nas universidades, ampliando em elevado grau a disputa pelas vagas de cursos mais concorridos, como no caso de medicina.

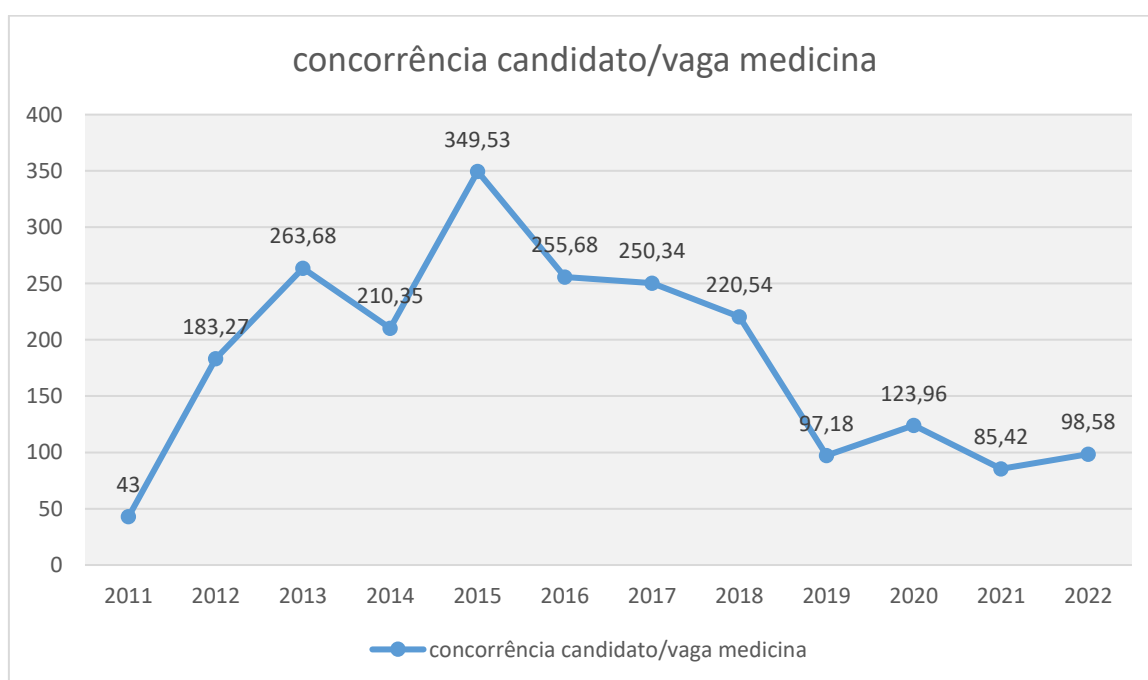
Com o Sisu, a Ufac se viu diante de um fenômeno preocupante, que foi a escassez de estudantes oriundos das escolas acreanas nos cursos mais concorridos, como o de medicina, conforme demonstraremos mais à frente. Tal situação impulsionou a universidade a elaborar estudos e instituir para o ingresso a partir do ano de 2019, a política afirmativa denominada de “Argumento de Inclusão Regional”, que se traduz em incrementar uma bonificação de 15% sobre a nota do Enem, de candidatos que tivessem concluído integralmente o ensino médio em escolas da regional do Acre, compreendendo todos os municípios do estado do Acre, bem como Guajará e Boca do Acre, no estado do Amazonas e os vilarejos de Vista Alegre e Vila Extrema, no estado de Rondônia.

A decisão disposta na Resolução nº. 25/2018, pelo Conselho Universitário da Ufac foi embasada por estudos realizados por uma comissão especial, que observou a viabilidade de implementar a referida ação afirmativa, em conformidade com o disposto no Decreto nº. 7.824/2012 e Portaria Normativa MEC n. 18/2012.

⁹ Resolução CONSU nº. 019, de 27 de junho de 2012, exceto para o Curso de Música.

A compreensão de como ocorreram as formas de seleção de candidatos para as vagas do Curso de Medicina, ao longo do tempo, é extremamente relevante para identificarmos o fenômeno que ocorreu a partir do uso das notas do Enem e da adesão ao Sisu, como forma de ingresso, e os impactos já decorrentes da instituição da política afirmativa de bonificação regional, conforme se observa do gráfico do índice de concorrência, por ano, no Curso de Medicina da Ufac.

GRÁFICO 4 – Índice de concorrência candidato/vaga em medicina de 2011/2022.



Fonte: Elaborado a partir dos dados extraídos das publicações do documento “Ufac em Números”, edições 2015, 2018, 2021 e 2022.¹⁰ Dados referente ao ano de 2011 extraídos do site agencia.ac.gov,¹¹. Dados referente ao ano de 2012 extraídos do site UOL¹²

¹⁰ Disponível em: <https://www.ufac.br/site/ufac/proplan/ufac-em-numeros/ufac-em-numeros>

¹¹ Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/ufac-divulga-lista-de-concorrncia-dos-cursos-no-vestibular-2011/>

¹² Disponível em:

<https://s3.static.brasilecola.uol.com.br/vestibular/arquivos/44bbf7b076d1fca68c979a09f7422294.pdf>

A partir da análise do Gráfico 2¹³ é possível observar um crescimento exponencial na concorrência pelas vagas de medicina entre os anos de 2011 e 2012, exatamente na transição entre o modelo de seleção do vestibular para a seleção por meio da nota do Enem, quando a concorrência saltou de 43 candidatos/vaga para 183,27 candidatos/vaga. Quando da adesão ao Sisu, em 2013, houve novo salto, elevando a concorrência para 263,68 candidatos/vaga, se mantendo nesse patamar entre 220 e 260 candidatos/vaga até 2018, com exceção do ano de 2015, que houve extraordinários 27.962 candidatos inscritos, elevando a concorrência para surpreendentes 349,53 candidatos/vaga.

Observemos, porém, que a partir do ano de 2019, ano da implementação da política afirmativa de bonificação regional, a concorrência apresentou uma queda significativa, indo para 97,18 candidatos por vaga e mantendo, desde então, a concorrência em torno deste patamar, que já pode ser um reflexo da implementação da bonificação regional.

De acordo com dados levantados e apresentados no Relatório sobre a implementação de Bônus do Argumento de Inclusão Regional para promover o acesso de candidatos aos Cursos de Graduação da Ufac, elaborado pela Pró-Reitoria de Graduação – Prograd/Ufac, é possível verificar um desequilíbrio nos formandos no Curso de Medicina (se estudantes da regional do Acre ou de outras unidades da Federação).

A partir do que podemos extrair das informações constantes no mencionado relatório, podemos analisar, a título exemplificativo, que do total de ingressantes do ano de 2015, somente 65 estudantes concluíram regularmente o curso em 2020. Desses, 14 concluintes eram do estado do Acre e 51 de outras unidades da Federação, o que corresponde que 78,46% são profissionais formados oriundos de outros estados.

Além disso, dados coletados junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Acre – CRM/AC e inseridos no relatório elaborado pela Prograd/Ufac, demonstraram que do total de formandos em 2020, somente 14 mantém atualmente registro no CRM/AC, sendo 8 originariamente do estado do Acre e 6 dos demais estados, ou seja, 57,14% se mantiveram na região, enquanto dos formandos originários de outras localidades, somente 11,76% permaneceram no Acre.

¹³ Até o ano de 2013 eram ofertadas 40 vagas anuais de medicina na Ufac, a partir de 2014 houve ampliação na oferta para 80 vagas anuais.

No que pese esses dados terem muito a nos evidenciar, não é possível determinar uma causa simples sobre os motivos pelos quais os formandos pela Ufac, em sua maioria, sobretudo aqueles oriundos de outros estados, não permanecem atuando como profissionais no estado. Existem vários fatores que podem influenciar nessa decisão. No entanto, a estatística nos permite inferir que os formandos do próprio estado tendem a permanecer em maior proporção, possivelmente em função das relações familiares existentes, bem como da relação de afeto com a própria região.

Corroborando com a hipótese, o fato de que todos os formandos originariamente do Acre se registraram, em algum momento, no CRM/AC, mesmo que posteriormente, alguns poucos tenham se transferido para outros estados, provavelmente, para fazer residência médica em outros estados, conforme especialidade escolhida. Esse dado demonstra em certa medida, que por um período, esses profissionais prestaram seus serviços em seu estado de formação, de modo que ainda podem retornar após a conclusão da residência, fixando sua residência profissional.

QUADRO 1 – Formados do Curso de Medicina da Ufac em 2020, conforme o local de registro do CRM.

Local de Registro	Naturalidade dos Concluintes				Total Geral	
	Acre	%	Demais estados	%	Quant.	%
ACRE	8	57,14%	6	11,76%	14	21,54%
ACRE - CANCELADO	1	7,14%		0,00%	1	1,54%
ACRE - TRANSFERIDO	5	35,71%	7	13,73%	12	18,46%
DEMAIS ESTADOS		0,00%	37	72,55%	37	56,92%
SEM REGISTRO		0,00%	1	1,96%	1	1,54%
Total Geral	14	100,00%	51	100,00%	65	100,00%

Fonte: Nurca/Ufac e CRM/AC

FONTE: Quadro extraído do Relatório sobre a implementação de Bônus do Argumento de Inclusão Regional para promover o acesso de candidatos aos Cursos de Graduação da Ufac, elaborado pela Pró-Reitoria de Graduação – PROGRAD/Ufac, 2023.

Outra dimensão revelada nessa pesquisa, que reforça aspectos sobre a necessidade de implementação da política afirmativa do bônus regional, diz respeito ao fato de que nitidamente o processo de seleção unificado, pelo Sisu, universalizou a disputa pelas vagas do Curso de Medicina, a mais concorrida da instituição, impondo maior dificuldade aos candidatos do próprio estado e região de inserção da instituição, para acesso a essas vagas.

Esse fato não pode ser desprezado, especialmente quando se trata de uma região fora do eixo político-econômico nacional. As maiores dificuldades de candidatos do estado do Acre em acessar essas vagas, em função de um processo seletivo que se baseia nas notas obtidas no Enem, denota aspectos relacionados aos desníveis educacionais potencialmente existentes entre as regiões.

Há evidências de que a universalização da disputa pelas vagas de cursos mais concorridos, a exemplo do Curso de Medicina, que possui custos bastante elevados, expôs uma realidade há muito já conhecida, porém ainda não enfrentada com rigor necessário.

Diante disso, a partir do próximo tópico, verificaremos se as distorções, tão mencionadas ao longo dos anos, são verificáveis de fato e se atestam desigualdades existentes nos níveis educacionais entre as regiões, que potencialmente justifiquem a instituição de política afirmativa.

1.4.1 Das desigualdades e desníveis educacionais no estado do Acre.

Com o intuito de avaliarmos o panorama das desigualdades educacionais é indispensável a análise dos índices de desempenho dos estudantes nas provas do Enem, por estado, considerando ser ele a base de avaliação para ingresso nas universidades públicas. Assim, a partir dos dados publicados na Sinopse Estatísticas do Exame Nacional de Ensino Médio 2022¹⁴, publicada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio

¹⁴ A pesquisa utilizou os dados mais atualizados publicados. Assim, a análise dos dados para este tópico da pesquisa utilizou os dados referentes ao Enem 2022, considerando que o INEP publicou em 02 de maio de 2023 os microdados da Edição 2022 do Enem e somente publicou os microdados da Edição do Enem 2023, em 30 de abril de 2024.

Teixeira – INEP¹⁵, buscamos comprovar a existência de um déficit educacional entre os estados e conseqüentemente entre as regiões do país.

Os índices de rendimento nas avaliações das provas do Enem, no ano de 2022, são bastante impactantes e podem auxiliar no diagnóstico da situação dos estudantes da região Norte e especificamente do estado do Acre, que está sendo objeto de estudo de caso. Inicialmente, observemos na tabela abaixo as maiores notas obtidas pelos candidatos de cada estado da Federação, por área de conhecimento.

TABELA 3 - Apresenta as maiores notas obtidas em cada estado da Federação, para cada prova da área do conhecimento, conforme indicado na legenda, considerando as informações sobre o desempenho no ENEM /2022.

UF	PROVA A	PROVA B	PROVA C	PROVA D	REDAÇÃO
Acre	799,30	744,00	705,30	898,60	980,00
Alagoas	797,40	817,60	752,30	975,00	1000,00
Amazonas	785,70	811,30	743,50	979,70	1000,00
Amapá	781,60	798,80	720,70	961,90	980,00
Bahia	847,20	829,10	785,20	978,00	1000,00
Ceará	841,30	827,20	770,00	985,70	1000,00
Distrito federal	857,40	817,70	759,90	983,20	1000,00
Espírito santo	843,10	817,70	754,30	985,70	980,00
Goiás	868,70	839,20	782,50	983,90	1000,00
Maranhão	820,30	802,80	735,60	983,90	980,00
Minas Gerais	868,70	839,20	784,20	985,70	1000,00
Mato Grosso do Sul	868,70	800,00	762,70	981,70	980,00
Mato Grosso	803,40	787,90	738,90	981,70	980,00
Pará	831,70	817,60	768,20	980,00	980,00
Paraíba	847,20	829,70	768,80	985,70	1000,00
Pernambuco	826,50	839,20	801,00	981,70	1000,00
Piauí	819,70	817,60	781,70	985,70	1000,00
Paraná	868,70	817,60	779,90	981,70	980,00
Rio de Janeiro	830,50	839,20	775,90	985,70	1000,00
Rio Grande do Norte	875,30	827,20	797,00	971,50	980,00
Rio Grande do Sul	816,30	817,60	769,30	981,30	1000,00
Rondônia	768,10	808,20	731,40	981,70	980,00
Roraima	766,20	794,40	738,80	945,00	980,00
Santa Catarina	875,30	794,40	764,50	977,00	980,00
Sergipe	812,10	817,60	761,10	979,70	980,00
São Paulo	875,30	829,10	789,20	985,70	1000,00
Tocantins	783,00	779,40	718,50	955,80	980,00

Fonte: Elaborada a partir dos dados coletados na Sinopse Estatísticas do Exame Nacional de Ensino Médio 2022

¹⁵ Disponível em: <<https://www.gov.br/inep/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/enem.>>

LEGENDA:

PROVA A - Ciências da Natureza e suas Tecnologias.

PROVA B – Ciências Humanas e suas Tecnologias

PROVA C – Linguagens, Códigos e suas Tecnologias

PROVA D – Matemática e suas Tecnologias

Analisando os dados das notas máximas dos participantes de cada estado da Federação, é possível constatar que o estado do Acre possui as menores notas máximas em três, das quatro provas aplicadas, excluía a redação, das quais: a de Ciências Humanas e suas Tecnologias; Linguagens, Códigos e suas Tecnologias e Matemática e suas Tecnologias. Já na prova de Ciências da Natureza e suas Tecnologias obteve a sétima menor nota entre as maiores notas.

O exame a partir das notas máximas é relevante, porque demonstra as diferenças regionais nos rendimentos dos estudantes que obtiveram as melhores avaliações, ou seja, o desempenho dos melhores candidatos no estado do Acre não supera os melhores desempenhos em relação aos candidatos dos demais estados. Ademais, considerando o maior quantitativo de candidatos inscritos nos demais estados brasileiros, as chances por uma quantidade maior de candidatos alcançando as maiores notas são bastante prováveis, de modo que o acréscimo de 15%, instituído como bônus regional na nota do Enem se justifica, também, em virtude da análise conjunta de outros indicadores que passaremos a apresentar, tais como a média das notas dos estudantes acreanos, comparativamente às médias das notas dos candidatos de todo o país e também, comparativamente às médias do estado com maior candidatos participantes.

A escolha pelo estado com maior número de candidatos participantes do Enem, se justifica em função de que quanto maior o número de candidatos em determinada análise de desempenho, maior será a possibilidade de avaliação dos impactos a ser considerada.

A partir dos indicadores das médias e medianas, observaremos na tabela abaixo, dados que desvendam a existência dos desníveis educacionais no estado do Acre em relação ao restante do país.

TABELA 4 – Comparativo entre as médias e medianas das notas, por área de conhecimento do ENEM 2022, do Brasil e dos estados do Acre e São Paulo.

ENEM 2022	CIÊNCIAS DA NATUREZA		CIÊNCIAS HUMANAS E TECNOLOGIAS		LINGUAGENS, CÓDIGOS E TECNOLOGIAS		MATEMÁTICA		REDAÇÃO	
	MÉDIA	MEDIANA	MÉDIA	MEDIANA	MÉDIA	MEDIANA	MÉDIA	MEDIANA	MÉDIA	MEDIANA
BRASIL	495,93	485,60	526,95	529,90	517,44	525,50	542,50	530,80	652,45	640,00
ACRE	476,79	466,45	504,74	507,80	497,03	503,50	504,38	490,00	616,34	600,00
SÃO PAULO	510,84	502,00	547,36	551,00	542,45	550,50	573,30	571,70	661,38	640,00

Fonte: Elaborada a partir dos dados coletados na Sinopse Estatísticas do Exame Nacional de Ensino Médio 2022

Pelas informações constantes na tabela 4, observamos que as médias das notas de todas as provas, por área de conhecimento, dos candidatos do Acre estão abaixo das médias dos candidatos de todo o Brasil. A média das notas, como indicador único, já seria suficiente para identificar os níveis educacionais. Entretanto, outros dados conjugados, devidamente interpretados, demonstram de forma inequívoca as dificuldades educacionais que os estudantes egressos do ensino médio do estado Acre enfrentam para acessar cursos de graduação mais concorridos, a exemplo do Curso de Medicina, sem a aplicação do argumento de inclusão regional, como passaremos a explicar:

Conforme dados divulgados pelo INEP, o Enem de 2022 obteve em todo o Brasil a inscrição de 3.476.105 candidatos, havendo a participação efetiva nos dois dias de provas, o total de 2.344.823 candidatos, ou seja, quantitativo de concorrentes pelas vagas em todo o país. Desses candidatos, somente 14.100 são candidatos inscritos no estado do Acre. Buscando melhor compreender os impactos para a implementação do argumento do bônus regional às vagas da Ufac, analisamos comparativamente os dados do estado da Federação com maior quantidade de candidatos inscritos, isto é, o estado de São Paulo, que teve 372.053 candidatos concorrentes às vagas do ensino superior do país.

As médias das notas dos candidatos de São Paulo, em todas as avaliações do Enem, são maiores que a média das notas dos candidatos de todo o Brasil e, conseqüentemente, maiores também que a de todos os candidatos do Acre.

A título de exemplo, partiremos das análises da avaliação da prova de matemática por dois motivos: 1) porque foi a melhor nota máxima dos candidatos do Acre dentre as demais

provas (exceto a nota de Redação, em que as máximas notas foram bastante equilibradas entre todos os estados); e 2) porque é uma das provas que contém todos os indicadores que serão utilizados para a presente análise, devidamente apresentados e publicados na sinopse do Enem 2022, pelo INEP.

A análise que faremos também poderá ser realizada considerando as demais provas do Enem, de modo que os resultados muito se aproximarão para demonstrar as disparidades dos níveis educacionais existentes. Assim, temos que a nota média de matemática dos candidatos de São Paulo é 573,30 pontos, enquanto a média dos candidatos do Estado do Acre é 504,38, a diferença entre as médias é de 68,92 pontos, que representa um acréscimo de 13,66% da média acreana.

A exemplo de algumas decisões judiciais, é possível que seja questionado o percentual de 15% de acréscimo na nota do Enem, por meio do bônus regional aos estudantes do Acre, para garantir igualdade de condições e oportunidades de acesso no ensino superior. Todavia, ao aprofundarmos a análise e conjugarmos outros dados, passamos ao indicador da **mediana**. Esta, conforme conceito no glossário da Sinopse 2022, consiste no valor da variável que ocupa a posição central do conjunto de dados. Assim, utilizando ainda o exemplo da prova de matemática, a mediana dos candidatos de São Paulo é 571,70 pontos, ao passo que a mediana dos candidatos do Acre é 490,00, uma diferença de 81,70 pontos, que representa 16,67% de acréscimo da nota mediana dos candidatos do Acre.

Da análise dos dados, a média das notas é um valor relativo, porque busca o conjunto de notas de todos os candidatos de determinado grupo e divide entre a quantidade de candidatos deste grupo. No entanto, por esse indicador não é possível inferir, com maior precisão, como foi o desempenho do grupo, da mesma maneira como o indicador da mediana nos revela. Considerando que o total de participantes concorrentes no Enem/2022 de São Paulo foi de 372.053, saber que o valor da nota mediana daquele grupo foi 571,70, significa dizer que essa nota é o valor central da lista de todas as notas do grupo de candidatos de São Paulo, organizados de forma crescente ou decrescente, ou seja, a mediana representa o valor do meio do conjunto de notas dos candidatos de São Paulo, que podemos traduzir da seguinte maneira:

1. Sendo o universo de notas igual a quantidade de candidatos que concorreram, em São Paulo temos 372.053 notas no conjunto de dados. Assim, a nota do meio sendo 571,70, significa que 186.026 candidatos tiveram notas iguais e superiores a 571,70 e que outros 186.026 candidatos tiveram notas iguais e inferiores a 571,70.

2. Em relação ao diagnóstico dos candidatos do Acre, considerando a nota mediana de matemática ser 490,00, e sendo o universo de candidatos, bem como o de notas, um total de 14.100, temos que 7.049 candidatos obtiveram notas iguais e superiores a 490,00, enquanto outros 7.049 candidatos tiveram notas iguais e inferiores a 490,00.
3. Se ampliarmos para o grupo de candidatos de toda a região Sudeste no Brasil, que conta com um grupo de 799.421 candidatos, correspondendo por 34,09% de participantes do Enem, a nota mediana desse grupo, foi de 565,80. Assim, 399.710 candidatos obtiveram notas iguais e superiores a 565,80, enquanto outros 399.710 candidatos obtiveram notas iguais e inferiores a 565,80.
4. Observem que na comparação com São Paulo, os 7.049 candidatos do Acre que tiveram notas iguais e superiores a 490,00 não necessariamente terão notas superiores a mediana dos candidatos de São Paulo, que foi de 571,70. Ou seja, dada a superioridade numérica de candidatos de São Paulo e a distância entre as notas medianas dos dois estados, é muito provável que haja muitos candidatos do Acre com notas entre 490,00 e 571,70 e não haja tantos candidatos que superaram as maiores notas de candidatos de São Paulo.
5. Transportando a avaliação acima para os candidatos da região Sudeste, esse abismo cresce sobremaneira, isso porque o universo de candidatos aumenta exponencialmente. Assim, a concorrência entre candidatos com notas superiores a mediana de 565,80 da região Sudeste é na ordem de 399.710 candidatos, e a quantidade de candidatos com as maiores notas do estado do Acre ainda é de somente 7.049 com notas iguais e superiores a somente 490,00 pontos.

Outrossim, além desses indicadores utilizados para interpretar o desempenho dos candidatos por estado, o INEP também apresenta a **moda**, que se constitui em um indicador estatístico que aponta o valor que ocorre com maior frequência no conjunto de dados. Esse indicador não é apresentado para todas as provas, a exemplo da prova de ciências humanas, e, em algumas provas, não é apresentado o valor para todas as unidades Federativas, sem qualquer esclarecimento sobre os motivos. Todavia, no caso da prova de matemática que está sendo utilizada como parâmetro de análise do desempenho comparativo entre os estados do Acre e de São Paulo, a moda consta informado para ambos. Nesse contexto, o INEP informou que a moda para os candidatos de São Paulo foi na ordem de 628,80 pontos, contra 445,70 pontos dos participantes do Acre.

Assim, a nota que mais se repete no conjunto de notas dos candidatos de São Paulo foi 628,80, acima da mediana que já era considerada elevada em comparação à dos candidatos do

Acre, enquanto que a nota que mais se repete no universo de candidatos do estado do Acre é 445,70. Se compararmos as notas que mais se repetem no conjunto de notas de cada estado, a diferença entre as notas foi de 183,10 pontos, ou seja, 41,13% de acréscimo do valor da moda do estado do Acre.

Ademais, no universo das notas de matemática entre todas as unidades da Federação, o Acre figura na 5ª posição das menores médias, 5ª posição das menores medianas, 3ª posição do menor número de candidatos inscritos e em 1ª posição da pior nota máxima.

É importante que se esclareça que os estados com médias e medianas menores que a do Acre são, em ordem crescente das menores notas médias, respectivamente os estados do Amapá (494,94); Amazonas (496,06); Pará (499,55) e Maranhão (502,88).

Por óbvio que a existência de desníveis educacionais é evidenciada especialmente em relação aos estados localizados nas regiões Norte e Nordeste. Entretanto, ao analisarmos o conjunto de dados e indicadores indispensáveis para validarmos uma política de ação afirmativa, poderemos observar que os estados do Amazonas, Pará e Maranhão têm disponíveis, no âmbito de seus respectivos estados, quantitativos muito superiores de vagas ofertadas para o Curso de Medicina em instituições públicas, como já verificado no quadro de vagas ofertadas já apresentado.

Diante desse diagnóstico, as universidades públicas situadas em estados de menor desempenho devem avaliar a necessidade de instituir uma política pública que vislumbre reduzir as diferenças regionais e as consequências da exclusão de seus cidadãos no acesso ao ensino público superior. Este processo histórico de exclusão provocado por inúmeros fatores, como econômicos, sociais, educacionais, geográficos, dentre outros, amplia as desigualdades e os abismos existentes, expandindo sobremaneira um processo de perpetuação de eventos discriminatórios, como num círculo que se retroalimenta.

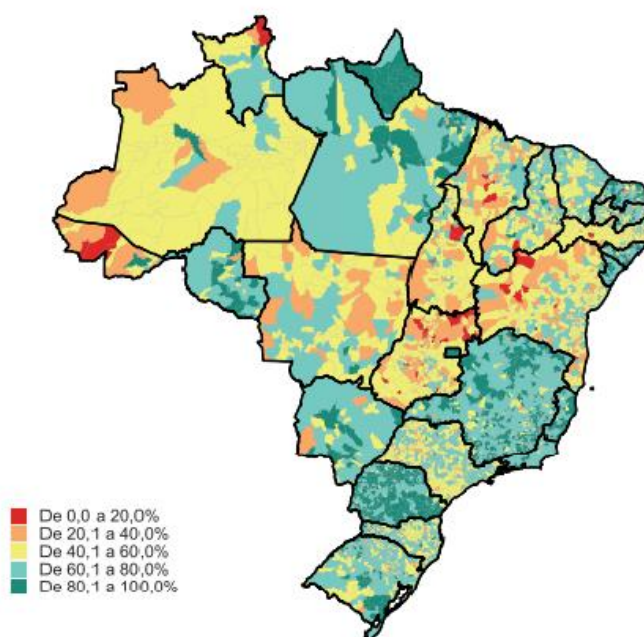
Dos incontáveis fatores que produzem o déficit educacional, destacamos uma medida de referência, que certamente tem relação direta e influência nas variáveis que explicam um desempenho comparativamente menor a outros estados.

Trata-se do indicador de adequação da formação docente para o ensino médio, apresentado no resumo técnico do Censo Escolar da Educação Básica 2022¹⁶.

Por este indicador, a formação acadêmica desejável e ideal dos professores que atuam no ensino médio é a do grupo 1, que consiste no percentual de docentes com formação superior de licenciatura (ou bacharelado com complementação pedagógica), na mesma área da disciplina que leciona.

Assim, por meio desses dados, é possível avaliar o percentual de disciplinas ministradas por professores com formação adequada (grupo 1 do indicador), no ensino médio, por município, conforme a figura abaixo.

FIGURA 2 - Percentual de disciplinas que são ministradas por professores com formação adequada (grupo 1 do indicador de adequação da formação docente) no ensino médio, por município – Brasil – 2022



Fonte: Elaborado pela Deed/Inep com base nos dados do Censo Escolar da Educação Básica. Figura extraída do resumo técnico do Censo Escolar da Educação Básica 2022, pág. 48.

¹⁶Disponível em:

https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_censo_escolar_2022.pdf.

Pela imagem da figura 2 e observando os percentuais da legenda, é possível inferir que nas regiões Centro-Sul do país, basicamente não se identificam muitos padrões de cores vermelha e rosa, prevalecendo predominantemente a cor azul, que significa que naquelas regiões de 60,1 a 80,0% das disciplinas do ensino médio são ministradas por professores pertencentes ao grupo 1, ou seja, com formação adequada

Em situação oposta, no estado do Acre, as cores predominantes são exatamente as cores vermelha e rosa, revelando percentuais bem menores de disciplinas ministradas por professores com formação superior de licenciatura (ou bacharelado com complementação pedagógica), na mesma área da disciplina que leciona. Esse é um retrato que diagnostica um cenário não ideal para o melhor desenvolvimento educacional dos estudantes do ensino médio na região.

Ao contrário disso, temos que o grupo 5 do indicador de adequação da formação docente aponta o percentual de disciplinas que são ministradas por professores sem formação superior, ou seja, cenário que não privilegia a melhor qualidade das condições de ensino. No Acre, há 12,80% de disciplinas ministradas nessas condições do grupo 5, figurando na posição de vice-liderança, em todo o Brasil, conforme podemos observar da tabela abaixo.

TABELA 5 – Percentual de disciplinas ministradas por professores sem formação de nível superior, por unidade da Federação.

UF	GRUPO 5
Roraima	13,00%
Acre	12,80%
Santa Catarina	11,40%
Piauí	7,60%
Maranhão	3,80%
Bahia	2,90%
Rio Grande do Sul	2,80%
Tocantins	2,70%
Mato Grosso	2,60%
Paraíba	2,30%
Amazonas	2,00%
Ceará	1,70%
Goiás	1,70%
Pernambuco	1,30%
Amapá	1,10%

Distrito Federal	0,90%
Mato Grosso do Sul	0,90%
Paraná	0,90%
Alagoas	0,70%
Minas Gerais	0,70%
Rio Grande do Norte	0,70%
Rondônia	0,60%
Pará	0,40%
Rio de Janeiro	0,40%
Espírito Santo	0,30%
Sergipe	0,10%
São Paulo	0,10%

Fonte: Elaborada a partir dos dados extraídos do Painel Educacional Estadual – INEP¹⁷.

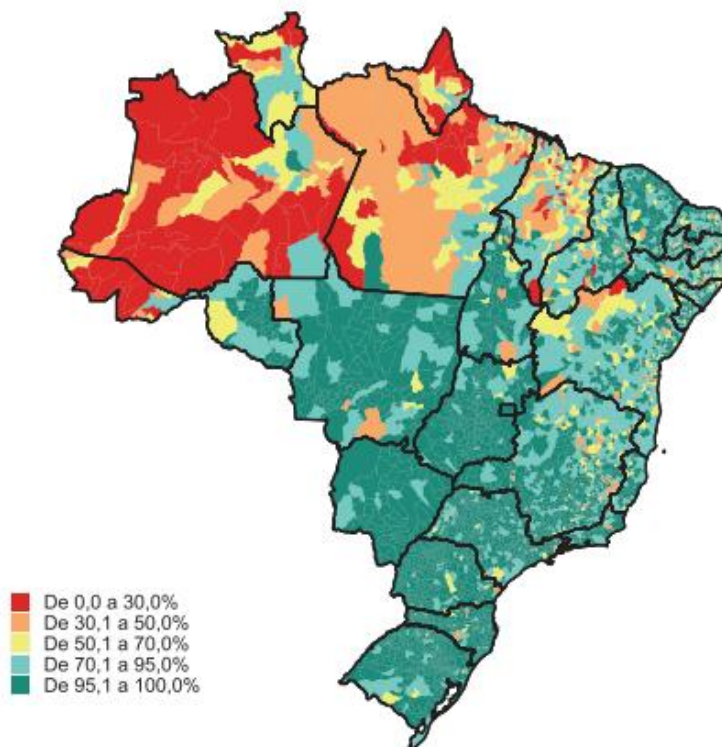
Os desníveis educacionais identificados no estado do Acre, que justificam uma das dimensões para a implementação da política de ação afirmativa do argumento de inclusão regional, no âmbito da Ufac, não advêm somente dos problemas relacionados ao ensino médio, essa realidade é anterior, se inicia no Ensino Fundamental, na base do processo de ensino-aprendizagem, refletida nas condições entre escolas das diferentes regiões do país.

Abaixo, a exemplo disso, observamos um dos índices que avalia o processo educacional atualmente e que faz referência ao acesso à internet nas escolas, como ferramenta de educação inclusiva. É um importante instrumento para o desenvolvimento do ensino, posto que sua universalização fomenta o uso pedagógico das tecnologias educacionais.

¹⁷Disponível em:

https://inepdata.inep.gov.br/analytics/saw.dll?Dashboard&PortalPath=%2Fshared%2FIntegra%C3%A7%C3%A3o%2FPain%C3%A9is%20UF%2FPainel%20Educacional%20Estadual&Page=Contexto%20-%20Ensino%20M%C3%A9dio%20-%20forma%C3%A7%C3%A3o_docente&P1=dashboard&Action=Navigate&col1=%22Localidade%20Uf%22.%22Nome%22&val1=%22ACRE%22&psa1=%22INEP%20-%20Integra%C3%A7%C3%A3o%22. Acesso em: outubro de 2023.

FIGURA 3 - Percentual de escolas da educação básica com acesso à internet, por município – Brasil – 2022



Fonte: Elaborado pela Deed/Inep com base nos dados do Censo Escolar da Educação Básica. Figura extraída do resumo técnico do Censo Escolar da Educação Básica 2022, pág. 52.

A imagem acima, extraída do resumo técnico do Censo Escolar da Educação Básica 2022, demonstra um quadro alarmante de desproporcionalidade entre as escolas da região Norte do país e as das demais regiões. É inequívoca as desigualdades das condições de ensino em escolas da educação básica, e especificamente, no estado do Acre, observamos que o percentual majoritário é de que somente de 0,0% a 30,0 % das escolas possuem acesso à internet. Essa conjuntura, comparativamente às demais regiões do país, evidencia nítida exclusão digital, que reverbera na qualidade das condições de ensino a esses estudantes.

Diante da análise dos dados agrupados, existe uma realidade de grande desigualdade suportada pela população da região Norte do país. A ausência de políticas educacionais que combatam efetivamente as discrepâncias existentes não podem impedir que políticas afirmativas sejam implementadas, sob a justificativa de quebra da isonomia, quando não se promove igualdade de condições a essa parcela da população.

Há anos essa região está à margem das decisões políticas e econômicas. Não há perspectivas de alteração profunda desse cenário e se políticas públicas não forem implementadas para reduzir os efeitos negativos da exclusão, os abismos serão maiores e as dificuldades de resolução ainda mais.

No estado do Acre, objeto do estudo de caso, esses desníveis contribuíram para uma maior exclusão dos estudantes ao ensino superior público, especialmente quando houve a adesão da Ufac, única universidade pública do estado, ao Sistema de Seleção Unificada – Sisu. Com a adesão, acirrou-se a competitividade e ampliou o interesse de estudantes de outras regiões do país por vagas no Curso de Medicina da Ufac. Dada essa nova realidade, os estudantes do Acre foram fortemente excluídos do acesso ao curso, em virtude das desigualdades de condições. Notoriamente esses estudantes não estão nas mesmas condições de disputa pelas vagas. Sob esse contexto, se não conseguem acessar as vagas do Curso de Medicina ofertadas no seu próprio estado, o que dirá nas vagas ofertadas nas demais unidades da Federação.

CAPÍTULO 2 - A JUDICIALIZAÇÃO DA BONIFICAÇÃO REGIONAL – UMA POLÍTICA PÚBLICA NO ALVO DO DEBATE JURÍDICO.

O cerne do problema de pesquisa está na análise da constitucionalidade da política de bonificação regional nas universidades públicas da região Norte do Brasil. Esse tema se tornou polêmico em razão da judicialização da ação afirmativa em face das Universidades Federais Brasileiras, especialmente pela ausência de consenso nas decisões judiciais e seus fundamentos.

O quantitativo de processos que discutem a legalidade e constitucionalidade da política de bonificação para acesso às vagas das universidades públicas, ajuizados por candidatos que não possuem o perfil estabelecido por cada instituição é bastante expressivo. No âmbito de jurisdição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que compreende os Estados da região Norte e alguns da região Nordeste, além de outros, há centenas de processos tramitando com decisões em primeira instância e em grau de apelação ou de agravos de instrumento. A insatisfação em função da política de bônus nessas instituições é o motor para a grande quantidade de ações judiciais existentes no país.

No Brasil, muitas universidades estabeleceram alguma medida para mitigar a dificuldade identificada na ocupação das vagas por estudantes da própria região. São instituições públicas de todo o Brasil. No caso desta pesquisa, privilegiaremos a análise quanto à constitucionalidade da política, tendo em vista a situação da região Norte do Brasil e suas peculiaridades.

No entanto, antes disso, é indispensável analisarmos como o judiciário brasileiro tem enfrentado a questão, que se tornou bastante controversa a partir das decisões antagônicas e, especialmente, pela ausência de manifestação definitiva sobre a bonificação regional no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF.

2.1 – As decisões judiciais e a fundamentação aplicada à inconstitucionalidade do bônus regional.

O bônus regional é uma política implementada em diversas universidades brasileiras que consiste em aplicar um percentual de bonificação à nota do Enem para candidatos que tenham estudado todo o ensino médio em escolas da região da Instituição. O perfil exigido para fazer jus à política se assemelha em sua maioria nas universidades, havendo algumas distinções relacionadas ao valor percentual, à região contemplada e aos anos exigidos de estudos naquela localidade estabelecida. No entanto, a maioria exige todo o ensino médio na localidade.

A mencionada política foi implementada em sua grande maioria nas universidades localizadas nas regiões Norte e Nordeste¹⁸, de modo que considerando somente o universo das universidades federais são 23 universidades das duas regiões que implementaram a política de um total de 31 universidades federais existentes.

Das 11 universidades federais na região Norte, as instituições que implementaram a bonificação regional foram: Universidade Federal de Rondônia (UNIR)¹⁹, Universidade

¹⁸ As universidades federais da região Nordeste com bonificação regional são: Universidade Federal da Bahia; Universidade Federal do Sul da Bahia; Universidade Federal da Lusofonia Afro-Brasileira; Universidade Federal da Paraíba; Universidade Federal do Cariri; Universidade Federal de Alagoas; Universidade Federal de Campina Grande; Universidade Federal de Pernambuco; Universidade Federal do Sergipe (atualmente a bonificação está suspensa por força de decisão judicial); Universidade Federal do Maranhão; Universidade Federal do Oeste da Bahia (possui política de reserva de vagas); Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Universidade Federal do Vale do São Francisco; Universidade Federal Rural de Pernambuco; Universidade Federal do Agreste de Pernambuco e Universidade Federal do Delta do Parnaíba.

¹⁹ A bonificação Regional da UNIR: Disponível em:

https://secons.unir.br/uploads/ato/SEI_UNIR_1502793_Resolucao_1024528058.pdf

Federal do Acre (UFAC)²⁰, Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)²¹, Universidade Federal do Amazonas (UFAM)²², Universidade Federal do Pará (UFPA)²³, Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA)²⁴ e Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA)²⁵.

A partir da implementação da política afirmativa, candidatos de outros estados passaram a questionar judicialmente a validade da bonificação regional nas instituições públicas de ensino, tendo em vista que a ausência do critério de bônus regional poderia garantir o ingresso deles no curso pretendido.

Diante disso, o Judiciário Brasileiro passou a apreciar a matéria questionada por candidatos não elegíveis para a política de bonificação que contestam a legalidade e constitucionalidade da medida.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1²⁶, que engloba todos os estados da região Norte, dentre outros, há centenas de processos judiciais com decisões em sede de agravo de instrumento e de apelação, face as decisões de primeira instância por vezes favoráveis ao bônus regional e outras tantas contrárias a legalidade da política.

Considerando a necessidade de analisarmos os fundamentos das decisões contrárias à legalidade e constitucionalidade da ação afirmativa, além das decisões no âmbito do TRF1, analisaremos comparativamente também decisões eventualmente adotadas nos processos judicializados nos tribunais federais das demais regiões.

Conforme já mencionado, existem centenas de ações judiciais questionando a constitucionalidade e legalidade do bônus regional espalhadas nos tribunais federais brasileiros.

²⁰ A bonificação regional da UFAC: Disponível em: <http://www2.ufac.br/site/ocs/conselho-universitario/resolucoes/resolucoes-2018/resolucao-no-025-de-11-de-outubro-de-2018>

²¹ A bonificação regional da UNIFAP: Disponível em: <blob:https://depsec.unifap.br/47dfb1a6-6c3a-4a15-8b32-459b9a27bad3>

²² A bonificação regional da UFAM: Disponível em: https://edoc.ufam.edu.br/bitstream/123456789/898/1/RESOLU%c3%87%c3%83O%20044_2015_BONIFICA%c3%87%c3%83O.pdf

²³ A bonificação Regional da UFPA: Disponível em: https://ceps.ufpa.br/images/conteudo/Vestibular/PS%202024/editais%20avisos/Edital_N_03_2023_COPERPS-PS2014_abertura.pdf

²⁴ A bonificação regional da UFRA: Disponível em: https://proen.ufra.edu.br/images/SISU/SISU_2024/Edital_2_SISU_UFRA_2024.pdf

²⁵ A bonificação regional da UNIFESSPA: Disponível em: https://www.unifesspa.edu.br/images/documentos/Institucionais/RESOLUO_N_541_SOLICITAO_DE_AD_REFE_RENDUM_DOS_PARMETROS_DO_SISTEMA_DE_SELE.pdf

²⁶ O Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem sede em Brasília e possui jurisdição sobre o Distrito Federal, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

Em alguns casos, os tribunais estaduais também são instados a julgar matéria de natureza semelhante, como na hipótese de a reserva de vagas para estudantes da região da instituição ser implementado em universidades estaduais, a exemplo da Universidade Estadual do Amazonas (UEA). O caso da UEA será tratado em tópico específico em função de já ter sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, para o momento, vamos concentrar nossa análise nos processos judiciais na esfera federal.

Para identificarmos parte desses processos judiciais fizemos buscas nos sites eletrônicos dos tribunais regionais federais, a partir da pesquisa livre de jurisprudência, utilizando os termos: “bonificação regional” e “universidade” e “bônus regional”, tanto no âmbito das decisões de 1ª instância como também de 2ª instância. A partir dos resultados com a indicação do número dos processos e ementas, buscamos a tramitação e o inteiro teor das decisões no link de consulta pública das páginas dos tribunais federais.

Adicionalmente, utilizamos também como ferramenta de buscas por processos judiciais, o site JusBrasil²⁷, tendo em vista que a depender de como as ações judiciais são cadastradas é possível não identificar o quantitativo exato dos processos existentes, de modo que buscamos o máximo de ferramentas disponíveis para acesso ao conteúdo das decisões judiciais de interesse para a pesquisa.

A partir dos processos judiciais identificados, fizemos a análise dos fundamentos das decisões contrárias ao bônus regional, tanto em sede de 1ª instância, como nas decisões de 2ª instância de agravo de instrumento, como também nas apelações.

A análise de uma quantidade significativa de decisões nos permitiu observar que todas possuem fundamentos de decidir com base em argumentos semelhantes, excluindo uma ou outra questão pontual do caso concreto, as razões que determinaram efetivamente a decisão contrária ao bônus regional foram efetivamente as mesmas, conforme poderemos verificar nas decisões a serem apresentadas abaixo:

1. Mandado de Segurança – Processo nº. 1013020-89.2022-4.01.3400 – 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal²⁸. A sentença concedeu a segurança à autora que pleiteava o reconhecimento da ilegalidade do ato instituído pela Universidade

²⁷ Disponível em: www.jusbrasil.com.br

²⁸ Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e0040939ee72a3db3f11e18b2829c25c06aea73044f59e6fe149634d70928bc0dfb17b1c52c9db44c7ed12b2e921476db957bd99fc05356f&idProcessoDoc=1058404788>. Acesso em: julho de 2024.

Federal do Acre - Ufac de implementar a bonificação regional, declarando a nulidade do critério de inclusão regional e garantindo a matrícula no curso de Medicina. A decisão de mérito consignou que a ação positiva pretende que o indivíduo socialmente fragilizado seja munido de instrumentos eficazes para promover a sua inclusão no seio da sociedade. Diante disso, entendeu o magistrado que foi editada a Lei n. 12.711/2012, prevendo a reserva de vagas a estudantes oriundos de escolas públicas, pretos, pardos ou indígenas e portadores de deficiência, sem contudo, fazer qualquer tipo de menção à bonificação por classificação territorial, como determinado nas Resoluções UFAC n. 025/2018.

Assim, o juízo afirmou que ao incluir discriminação por critério territorial, bonificando somente os alunos acreanos, sem autorização legal, incorreu em ato viciado, afrontando a Constituição Federal, especialmente no que tange ao princípio da reserva legal e da igualdade.

Por fim, fundou a decisão em caso que entendeu semelhante, em que o STF apreciou uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual a Lei Distrital 3361/2004 instituiu sistema de cotas para ingresso nas Universidades e faculdades públicas do Distrito Federal, reservando 40% das vagas para alunos que comprovem ter cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escolas públicas do Distrito Federal. Na ocasião, o STF julgou pela inconstitucionalidade da lei.

2. Apelação Cível - Processo nº 1001705-53.2020.4.01.3200²⁹ – TRF1 – 5ª Turma. A Quinta Turma deu provimento à apelação por unanimidade, nos termos do voto do relator, reformando a sentença por não considerar legítimo, nem razoável, a bonificação regional implementada pela Universidade Federal do Amazonas. O Desembargador relator manifestou que a igualdade constitucionalmente protegida pretende garantir a igualdade de recursos, condições e oportunidades das pessoas, de modo a possibilitar a disputa equânime e a concorrência leal entre os candidatos ao direito ao nível superior de ensino. De modo que, garantir apenas o ingresso por meio de ações discriminatórias serviria, no seu entender, para afirmar e perpetuar a combatida "inferioridade" de méritos de parte substancial da população, a quem supostamente se pretende proteger. O entendimento defendido pelo relator é bastante polêmico e controverso.

²⁹ Disponível em:

<https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=a667b29225dd5ccf3c929351733b5187eeb0756051e21813ef7cba1faab9f2bc87b2f93b0719a8df3199d178555ae3ad62415f527cfb07fc&idProcessoDoc=122752030>. Acesso em: julho de 2024.

3. Apelação Cível – Processo nº. 08002770620234058308 – TRF5 – 6ª Turma³⁰. Apelação interposta pela Universidade Federal do Vale do São Francisco – UNIVASF, em face da sentença que julgou procedente a pretensão de afastar a bonificação regional. A 6ª Turma negou provimento ao recurso de apelação, por considerar que a Lei nº 12.711/2012, ao instituir o regime de cotas, não estabeleceu o critério de inclusão regional para o tratamento diferenciado a determinados grupos de pessoas que desejam concorrer a vagas em estabelecimentos federais de ensino. A decisão assevera que embora seja admissível o estabelecimento de tratamento diferenciado entre os cidadãos brasileiros, a exemplo das cotas sociais e raciais, deve ser respeitados os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, lastreando o tratamento diferenciado em norma constitucional. Desse modo, manifestam que a criação da bonificação regional pela UNIVASF não possui autorização legal ou constitucional, até porque sua existência pode ir de encontro ao princípio da isonomia federativa, previsto no art. 19 da Constituição Federal, o qual veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (Processo: 08002770620234058308, apelação cível, Desembargador Federal Rodrigo Antonio Tenorio Correia da Silva, 6ª turma, julgamento: 30/07/2024)

4. Agravo de Instrumento – Processo nº. 0802250-93.2020.4.05.0000 – TRF5 – 4ª Turma³¹. Agravo de Instrumento interposto pela Universidade Federal da Paraíba contra decisão liminar favorável ao afastamento da bonificação regional de 10% constante na Resolução nº 43/2021 - CONSEPE/UFPB. O Desembargador relator negou provimento ao Agravo de Instrumento por entender que a bonificação regional feriu frontalmente a Constituição Federal, em seu art. 19, que estabelece vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Ademais, assevera que na hipótese do agravo, a concessão de benefícios a determinados cidadãos em razão do local onde cursaram o ensino médio é juridicamente irrelevante para fins de seleção de estudantes para curso universitário, de modo que o critério de *discrímen* não é constitucionalmente relevante. Afirma que a Lei nº 12.711/2012, ao instituir o regime de cotas, estabeleceu critérios de reserva de vagas que devem ser observados para que o tratamento diferenciado seja concedido a determinados grupos de pessoas. No entanto, dentre tais critérios,

³⁰ Disponível em:

<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=fa2d3243da3efd5da2990aebc0b6d63f>. Acesso em: agosto de 2024.

³¹ Disponível em:

<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=2709436d5191367721844f7bd2ca8683>. Acesso em: agosto de 2024.

não se encontra o de inclusão regional. Manifesta que se fosse a intenção do legislador beneficiar pessoas em razão dos locais em que estudaram, o teria feito naquele diploma legal. Como não o fez, qualquer previsão da Administração nesse sentido carece de amparo legal. Por fim, assevera que a autonomia administrativa de que gozam as universidades não tem o condão de justificar a concessão da bonificação regional, porquanto essa autonomia deve ser exercida em observância aos princípios e regras do ordenamento jurídico em vigor. (Processo: 08022583120244050000, agravo de instrumento, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto neto, 4ª turma, julgamento: 25/06/2024).

5. Procedimento Cível – Decisão Liminar – Processo nº 1006912-46.2023.4.01.3000 – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Acre – TRF1. O Juízo Federal deferiu em parte o pedido de tutela de urgência, determinando refazer a lista de aprovados do curso de medicina, retirando o bônus regional com nova publicação dos aprovados. Na decisão, o Juízo firmou o entendimento de que o bônus regional instituído pela UFAC, por meio de resoluções que foram baseadas em um decreto que exorbitou o poder regulamentar, além de ilegal é inconstitucional. Manifesta que o próprio Decreto n.º 7.824/2012 é ilegal, porque exorbita em seu poder regulamentar quando autoriza às Instituições de Ensino a criarem outras modalidades de políticas afirmativas, sem que isso esteja previsto na Lei n.º 12.711/12. (Processo: 1006912-46.2023.4.01.3000, Decisão Liminar, Juiz Federal Herley da Luz Brasil, 2ª Vara SJAC, 17/07/2023).

6. Apelação – Processo nº. 5000428-80.2017.4.04.7103/RS – TRF4 – 3ª Turma³². A Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA interpôs apelação contra sentença em mandado de segurança que reconheceu a ilegalidade da bonificação regional de 20%, implementado por aquela universidade. No julgamento, negou-se provimento, por unanimidade, conforme voto do desembargador relator. Segundo a decisão, o benefício não possui amparo legal e fere o preceito constitucional da igualdade no art. 5º da CF, pois mitiga o princípio da concorrência segundo às aptidões intelectuais dos candidatos, extrapolando, inclusive, sua função regulamentar. Asseverou que o critério infringe o art. 19, inc. III, da CF, que veda ao ente público criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, ressaltando que a bonificação regional gera critério discriminatório que privilegia alunos somente em razão da

³² Disponível em:

https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001030300&versao_gproc=5&crc_gproc=77ea91a0&termosPesquisados=Ym9uaWZpY2FjYW8gcmVnaW9uYWwgdW5pcGFtcGEg.

Acesso em: agosto de 2024.

área territorial em que estão localizados, não atendendo ao princípio da proporcionalidade. (Processo: 5000428-80.2017.4.04.7103/RS, apelação, Desembargador Federal Relator: Rogério Favreto, 3ª turma, julgamento: 13/05/2019).

Da síntese apresentada, colacionando uma amostra de decisões judiciais advindas de instâncias judiciais e tribunais distintos, podemos extrair resumidamente os principais fundamentos mencionados para refutar a validade e legitimidade da política de bonificação regional nas universidades, quais sejam: a) violação ao princípio da isonomia/igualdade de condições de acesso ao ensino superior; b) autonomia universitária limitada para instituir a política por ato administrativo próprio; c) a política afirmativa não foi estabelecida em lei, carecendo de vício de legalidade; d) infração ao art. 19, III, da Constituição Federal, que veda ao ente público criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si; e) não atende ao princípio da razoabilidade e meritocracia.

Apesar do grande quantitativo de decisões judiciais contrárias à constitucionalidade da bonificação regional, política de inclusão para acesso às universidades públicas, é de se notar que os fundamentos se repetem nas mais diversas decisões, independentemente das circunstâncias fáticas do caso concreto e, especialmente, não se observa, nas razões de decidir, uma avaliação efetivamente dos motivos ensejadores da implementação da política. Os questionamentos iniciais que deveriam nortear a análise do problema jurídico seriam: os motivos que justificam a bonificação regional nas universidades da região Norte são reais? E se existem, justificam a implementação de uma política afirmativa pelas universidades da região norte? Há falta de mérito desses estudantes?

Ao longo desta pesquisa debateremos tais indagações na tentativa de compreender se os fundamentos construídos são suficientes para o tratamento da lide, sempre sob uma perspectiva dos fatos que envolvem cada caso, não restringindo a uma avaliação genérica.

Além disso, destacamos que tais decisões mencionam também, como razões de decidir, as decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, que serão tratadas em tópico específico, consideradas como precedentes ao caso da bonificação regional.

2.2 – As decisões judiciais favoráveis à legalidade e constitucionalidade da Política do Bônus Regional.

No universo das decisões judiciais favoráveis à legalidade e constitucionalidade da política de bonificação, temos decisões majoritariamente na 1ª instância, mas também há

decisões favoráveis na 2ª instância. Neste tópico, apresentamos abaixo alguns exemplos dessas decisões e seus fundamentos.

1. Mandado de Segurança. Processo nº. 1002011-69.2022.4.01.3000³³ - 1ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Acre. A sentença denegou a segurança que pleiteava o reconhecimento da ilegalidade do argumento de inclusão regional implementado pela Ufac. A decisão manifestou o entendimento de que o conteúdo da política questionada não apresenta os vícios alegados, uma vez que *“O bônus **regional** instituído pela UFAC tem a declarada finalidade de garantir oportunidades de acesso ao ensino superior para alunos da região em que a instituição está inserida, face aos desníveis regionais no sistema educacional brasileiro. Trata-se de espécie do gênero das ações afirmativas que, longe de pretender violar a igualdade, propõe-se a garanti-la mediante a adoção de medidas para compensar a realidade social e educacional dos alunos acreanos, democratizando o acesso ao ensino superior.”*

A decisão se pautou em fazer uma análise do caso concreto a partir da verificação dos resultados de desempenho do Enem 2020, publicados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, comparativamente dos estudantes de todo o Brasil, demonstrando efetivamente desempenho inferior ao de outros estados brasileiros. Destaca o fato das Universidades voltarem-se à prestação de um serviço ao indivíduo e também para a sociedade, de modo que considerando o curso questionado ser para o de medicina, não se pode ignorar a notória escassez de médicos no Estado do Acre, o que torna razoável a instituição de critério que irá fomentar o ingresso de estudantes locais, com maior probabilidade de se manterem no estado após a formação, diminuindo assim o problema histórico de déficit desses profissionais de saúde. Assim, a desigualdade regional e déficit de profissional da área médica constituem pressupostos razoáveis para a fixação de ação afirmativa, evidenciando o *distinguish*. Tal política promove *“o intento Constitucional de garantir o desenvolvimento nacional e de reduzir desigualdades sociais e regionais, expressos no art. 3º da Constituição. E não há como considerar que a busca justificada de mecanismos para promover tais objetivos conflita com o disposto no art. 19, III, da mesma Constituição, que veda a criação de distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”* No tocante ao suposto vício de legalidade, a decisão enfatizou que o argumento de que a instituição de políticas de acesso às vagas das universidades contemplaria matéria de reserva legal foi refutado há anos, por ocasião do julgamento da ADPF

³³ Disponível em:

<https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=0f61a76c8be67ff3f08f9ab0d16e29c4a8d38f66b7539c523b6cf1b65a3e251c4a108691bc1c4d6df454e2b9a1d567dbf47ce88f96e7cef2&idProcessoDoc=1481005359>. Acesso em: julho de 2024.

168 pelo STF, que concluiu pela possibilidade de as universidades instituírem validamente sistemas de cotas no processo seletivo de ingresso de discentes, no exercício da sua autonomia constitucional. (Processo: 1002011-69.2022.4.01.3000, Sentença, Juíza Federal Carolynne Souza de Macedo Oliveira, 1ª Vara SJAC, 23/02/2023).

2. Mandado de Segurança – Processo nº. 0801925-51.2023.4.05.8201³⁴ – 4ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba. A sentença denegou a segurança pleiteada para efetivar a matrícula da impetrante no curso de medicina, excluindo a bonificação regional prevista no edital do processo seletivo da Ufac. Aduziu que as instituições de ensino superior gozam de autonomia didático-científica (art. 207 da Constituição), sendo-lhes assegurada a definição de critérios de ingresso dos discentes. Enfatiza que a interpretação atual da norma do art. 208, V, da Constituição é no sentido de que os critérios de distribuição de vagas em universidades federais podem atender a questões diversas do que a capacidade ou conhecimento técnico dos postulantes, de modo a promover outros fins de natureza constitucional, como a redução das desigualdades sociais ou regionais.

A decisão destaca a autorização por meio do Decreto n. 7.824/2012, que regulamentou a Lei n. 12.711/2012, para as Instituições Federais de Educação adotar políticas específicas de ações afirmativas e ressalta que a redução das desigualdades regionais constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, CF), de modo que a adoção de políticas de favorecimento regional constitui *discrímen* legítimo, incluído na conformação constitucional do postulado aplicativo da isonomia. A sentença analisa a situação fática do estado do Acre, reconhecendo ser uma região geograficamente isolada, menos desenvolvida que outros centros do país, de modo que a justificativa apresentada para a implementação da política guarda respaldo com os fins constitucionalmente definidos.

Defende que a bonificação regional se faz necessário exatamente nas universidades localizadas em regiões menos desenvolvidas ou no interior, dado ao SiSU ter ampliado efetivamente a concorrência pública para as vagas, gerando amplo desequilíbrio, favorecendo concorrentes de grandes centros urbanos, regiões mais desenvolvidas ou com maior capacidade econômica para emigrar para ocupação das vagas criadas que deveriam favorecer regiões e grupos populacionais específicos. Esse processo segundo a decisão pontuou acentua a desigualdade entre regiões, tendo em vista que a maioria absoluta desses estudantes retornam

³⁴Disponível em:

<https://pje.jfjb.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=637f3296a2eecb2a2342e1e4095bb320>. Acesso em: julho de 2024.

para suas localidades de origem após a formação, contribuindo para distorcer a própria distribuição regional das universidades federais e seu papel social. (Processo: 0801925-51.2023.4.05.8201, Sentença, Juíza Federal Katherine Bezerra Carvalho de Melo, 4ª Vara SJPB, 26/07/2023).

3. Agravo de Instrumento – Processo nº. 0801552-87.2020.4.05.0000³⁵ – TRF5 – 3ª Turma. A Universidade Federal de Pernambuco interpôs agravo de instrumento contra decisão em sede de tutela antecipada que determinou a exclusão do critério de bônus regional de 10% implementada pela UFPE. A 3ª Turma do TRF5 deu provimento ao agravo, por unanimidade, entendendo que a legislação pátria possibilitou as Instituições de Ensino Federais a criarem outras modalidades de ações afirmativas, independentemente da política de Cotas, no intuito de reduzir as desigualdades sociais e regionais que acometem o nosso País. Aduziu que a inclusão do bônus regional da UFPE foi normatizada por resolução de seu Conselho de Ensino e Pesquisa e que não há qualquer ilegalidade no ato da Instituição, no exercício de seu poder discricionário e da sua autonomia didático-científica, em adotar a bonificação regional e determinar os critérios para a concessão da pontuação extra que se revelem em ações afirmativas para a população local, desde que não ultrapassados os limites legais. (Processo: 08015528720204050000, agravo de instrumento, TRF 5ª. região, Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel de Souza, 3ª turma, julgamento: 15/04/2021).

4. Apelação – Processo nº. 08013659820214058001³⁶ – TRF5 – 3ª Turma. A Universidade Federal de Alagoas – UFAL interpôs recurso de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido formulado para afastar o critério regional instituído por meio de resolução do Conselho Universitário. A 3ª Turma deu provimento, por unanimidade, à apelação da UFAL, nos termos do voto do relator, que consignou que a Resolução do Conselho Universitário da UFAL criou “cotas regionais”, consistente no acréscimo de 10% na nota final do Enem e que trata-se de ação afirmativa legítima que busca prestigiar o princípio da isonomia, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Finaliza aduzindo ser legal o critério regional instituído, de maneira que o bônus deve ser aplicado somente para os candidatos que efetivamente cumpram com os requisitos estabelecidos em edital. (Processo:

³⁵ Disponível em:

<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=e8f6a59a665440ba19dfc6c6b0abf962>. Acesso em: agosto de 2024.

³⁶ Disponível em:

<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=e2f9083b62f27e21618c3447ff72045b>. Acesso em: agosto de 2024.

08013659820214058001, apelação, TRF 5ª. região, Desembargador Federal Arnaldo Pereira de Andrade Segundo, 3ª turma, julgamento: 03/02/2022).

5. Mandado de Segurança – Processo nº. 1001832-04.2023.4.01.3000³⁷ – 1ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Acre. A sentença denegou a segurança, reconhecendo a constitucionalidade e regularidade do argumento de inclusão regional instituído pela Ufac, bem ainda, caçando a liminar anteriormente concedida contra a incidência do bônus regional. Nas razões de decidir, o magistrado ressaltou que por diversas ocasiões entendeu a legalidade do bônus regional e decidiu pela manutenção do critério. No entanto, a partir de decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4868, em que foi manifestado entendimento da inconstitucionalidade de critério geográfico baseado na origem, mudou seu entendimento de modo que proferiu decisão concedendo liminar favorável a exclusão do bônus regional. Todavia, em sede de sentença, observou nova decisão do STF no Recurso Extraordinário – RE 614.873 (caso da Universidade Estadual do Amazonas), em que apesar da decisão de inconstitucionalidade da reserva de 80% das vagas, foi manifestado entendimento de que nem todo o acréscimo em razão da origem seria ilegítimo. Assim, em função do voto, entendeu-se que *“um adicional seria legítimo sob certas circunstâncias, de modo que o debate não será hipotético, mas concreto a partir da verificação, ou não, de certas condições: se há na região da IES que instituiu o bônus fatores que lhe autorizam, como substancial desnível do sistema educacional quando em cotejo com outros centros, acentuada falta de profissionais naquela região em comparação com outros Estados etc. Aceitando-se essa premissa, constata-se, com facilidade, que tais vantagens devem perdurar – aliás, como toda política afirmativa – até e quando perdurar as condições fáticas que lhe autorizam, de modo que a IES deve elaborar e manter estudos sobre o resultado de sua política.”*

A partir disso, o juízo passou a análise dos fatos apresentados como justificadores para a implementação da referida política afirmativa e da verificação do caso concreto, de modo que entendeu que *“o quadro fático se amolda às condições delineadas nos votos que compõe a corrente majoritária expressa no RE 614.873”*, de modo que nesse contexto, assumiu a constitucionalidade do bônus regional instituído pela Ufac, até e quando presentes as condições

³⁷ Disponível em:

<https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=edbf306c15566f0586612c06c28d42c283bce46ef3c1c0f6adec1376341d45e117788d02dbd9ceab93ee56f67bf7690051f2ff4a04c90312>. Acesso em: julho de 2024.

fáticas que lhe justificam. (Processo: 1001832-04.2023.4.01.3000, Sentença, Juiz Federal Jair Araújo Facundes, 1ª Vara SJAC, 19/05/2023).

O conjunto de decisões favoráveis ao bônus regional são pautadas por fundamentos que reconhecem a existência de circunstâncias fáticas que justificam a implementação da referida política. Diferentemente, as decisões que a refutam tendem majoritariamente a deixar de analisar o caso concreto e os motivos apresentados para a implementação da política afirmativa, desconsideram questões e peculiaridades de cada universidade, de cada região, e simplificam o entendimento na enunciação da quebra de princípios, independentemente das razões serem verificáveis e pertinentes.

A decisão no mandado de segurança elencada no item 5 acima, foi um caso bastante peculiar, especialmente pelas alterações de entendimento manifestadas por aquele mesmo juízo federal, em casos anteriores.

Naquela ocasião, o juízo federal refletiu acerca das razões para a acirrada controvérsia nos tribunais e na sociedade, com decisões conflitantes nos tribunais e com certa frequência até mesmo pelo mesmo juiz ou relator. Entendeu o magistrado que distinções, quando justificadas, podem ser aceitas e que o bônus regional se insere nesse debate, com certas complexidades, pois há divergências quanto a saber quais instituições efetivamente poderiam adotar essa política, se toda e qualquer universidade pública ou somente as mais afastadas de outros núcleos acadêmicos, ou as localizadas em cidades com déficit acentuado de médicos e outros.

A insegurança, a falta de estabilidade e previsibilidade em relação a permanência da política afirmativa decorre especialmente das variadas decisões sobre o tema, que pouco contribuem para pacificar a questão, o que torna a vaga em uma universidade pendente de uma decisão bem aleatória, a depender do juiz, do relator ou do tribunal responsável pelo julgamento.

São tantas as variáveis que avaliaremos as questões mais essenciais para o deslinde da matéria.

2.3 – O Posicionamento do Ministério Público Federal.

O Ministério Público Federal tem tido atuação destacada nos casos de bonificação regional implementada pelas universidades brasileiras. E, assim como o judiciário, tem apresentando posicionamentos distintos quanto aos fundamentos da constitucionalidade e legalidade da política.

A exemplo desse desencontro de entendimentos, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República no Município de Uberlândia, em Minas Gerais, ajuizou em 2016, Ação Civil Pública³⁸, junto à Subseção Judiciária de Uberlândia, da Justiça Federal da 1ª Região.

A Ação Civil Pública proposta em face da União objetivava, em síntese, afastar a aplicação de critérios próprios criados por algumas Universidades Federais do país para determinados candidatos interessados em pleitear vagas em universidades pelo SISU, exemplificando o estabelecimento de bônus de 20% (vinte por cento) na nota final do candidato ao processo seletivo, como critério de inclusão regional da Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB).

Diante disso, o MPF requereu que: a) a União, através do Ministério da Educação, publicasse ato normativo determinando às instituições federais de ensino que se abstenham de criar qualquer tipo de critério de inclusão regional para beneficiar alunos interessados em pleitear vagas oferecidas pelo SISU; b) a União se abstenha de autorizar, por qualquer forma, que instituições federais de ensino a ela vinculadas adotem qualquer tipo de critério regional para beneficiar alunos interessados em pleitear vagas pelo SISU; c) que a União promova fiscalização, no prazo máximo de 10 (dez) dias, perante todas as instituições federais de ensino a ela vinculadas, com o propósito de coibir a prática relatada neste processo, aplicando penalidades administrativas cabíveis, informando ao Juízo a qualificação de eventual entidade infratora.

Ora, a intenção do MPF, por meio daquela Procuradoria Regional, foi a de eliminar em todo o território brasileiro qualquer possibilidade de implementação da bonificação regional, no âmbito das universidades federais. No entanto, naquela ocasião, o Juízo declinou da competência para julgamento e remeteu os autos do processo para a vara federal da capital, ou seja, em favor de uma das Varas Federais da Seção Judiciária de Minas Gerais, em função de que se tratava de dano de âmbito nacional, de modo que a competência seria concorrente entre o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

A União, em sua contestação, apresentou defesa arguindo ilegitimidade passiva para responder pela demanda, justificando que não poderia adotar qualquer medida administrativa tendente a restringir aspectos ligados à autonomia das universidades federais, uma vez eu a

³⁸ Ação Civil Pública, Processo Número 0010544-60.2016.4.01.3803. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=e3a6ec0b900497c224660d9aba124de17ac7bfa1300bdd79> . Acesso em julho de 2024.

competência para definição das políticas de ações afirmativas é exclusiva das instituições públicas e gratuitas de educação superior, seja pelo SiSU ou qualquer outro processo seletivo próprio.

O processo permaneceu parado por 4 anos, quando foi sentenciado em 2021. Na sentença³⁹, o juízo da 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da União, extinguindo o processo sem exame do mérito, ressaltando que em função da autonomia das universidades conferida pelo artigo 207, da Constituição Federal Brasileira, em caso de políticas discriminatórias, as ações devem se voltar contra as Universidades Federais, parte que efetivamente estabelece os critérios de bonificação decorrente de políticas afirmativas.

Ademais, destacou que a ação civil pública é via inadequada para realizar o controle de constitucionalidade e legalidade do dispositivo normativo que estabeleceu que as instituições federais poderão, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir reserva de vagas suplementares ou de outra modalidade.

Em sede de apelação, o MPF insistiu na legitimidade passiva da União no feito, por ser responsável pela organização do sistema federal de ensino, competindo-lhe a garantia da equalização de oportunidades educacionais, nos termos do art. 211, §1º, da Constituição Federal. Asseverou, ainda, que a autonomia universitária está condicionada à observância das normas constitucionais e requereu o reconhecimento da ilegalidade do sistema de bônus regional para ingresso nas universidades.

A questão foi apreciada pela quarta turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região,⁴⁰ que por unanimidade negou provimento nos termos do voto da relatora⁴¹.

³⁹ Disponível em:

<https://pje2g.trf6.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=d17f5b03fb93d0233c5e47a5ab60dc419726cf50439e5a173f2fe558a2260edd20fc3337cf9c163d62bcf878cf2ae84f99697a0540de6027&idProcessoDoc=170698582> Acesso: julho de 2024.

⁴⁰ A Ação Civil Pública foi ajuizada enquanto a jurisdição do estado de Minas Gerais era no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No entanto, quando do julgamento do recurso de apelação, o processo foi apreciado no Tribunal Regional Federal da 6ª Região, criado a partir da Lei n. 14.226/2021 e instalado em agosto de 2022. Houve desmembramento do TRF1 que transferiu todos os processos de Minas Gerais, jurisdição do TRF6, com sede em Belo Horizonte.

⁴¹ Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE BONIFICAÇÃO REGIONAL PARA VAGAS NO SISTEMA DE SELEÇÃO UNIFICADO - SISU. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.

Em seu voto, a Desembargadora Federal relatora, consignou que a sentença não merecia reforma, por ter sido aplicado o direito ao caso concreto e fundamentou que as instituições de ensino superior podem instituir validamente políticas públicas de ação afirmativa em processos seletivos, por estar situada na esfera de sua discricionariedade, desde que estabelecendo critérios objetivos, atendo-se aos princípios constitucionais aplicáveis. Assim, neste campo, não há subordinação hierárquica dessas unidades à União, que consequentemente não responde pelos atos praticados no exercício da autonomia universitária.

Registrou, ainda, que a Constituição Federal reconhece a presença de desigualdades regionais no Brasil, estabelecendo normas para sua erradicação. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade, em tese, de sistemas de bonificação regional, por ser uma importante ferramenta para a concretização dessa função redistributiva.

Muito embora o mérito da legalidade e constitucionalidade da política não tenha sido esmiuçado em sede de julgamento da apelação, por ter o tribunal compreendido que a preliminar de ilegitimidade passiva da União se confirmava, a relatora manifestou o seu entendimento acerca da bonificação, que foi acompanhado pelos colegas da quarta turma.

Enquanto a Procuradoria da República em Uberlândia atuou para aniquilar a política de bonificação regional em todo o país, a Procuradoria da República no Acre tem se manifestado nos processos judiciais de forma bastante distinta.

No âmbito dos processos judiciais tramitados na Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Acre, que requerem a nulidade da cláusula de bonificação regional nos editais dos processos seletivos da Universidade Federal do Acre, o MPF tem se manifestado favoravelmente à política de ação afirmativa, por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão.

1. As universidades gozam de autonomia administrativa que lhes assegura legitimidade para a criação e regulamentação de programas de reservas de cotas e bonificações em processos seletivos para ingresso de discentes em situação de vulnerabilidade social.

2. A adoção de políticas públicas de ação afirmativa no processo seletivo situa-se na esfera de discricionariedade conferida pela Constituição às universidades, únicas que devem responder, em juízo, por eventuais arbitrariedades e/ou ofensas aos princípios constitucionais regentes da matéria.

3. Ilegitimidade da União para o feito. Apelação improvida. Disponível em: <https://pje2g.trf6.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e0aa33bb717975d583287da5d137f61c9726cf50439e5a173f2fe558a2260edd20fc3337cf9c163d62bcf878cf2ae84f99697a0540de6027&idProcessoDoc=260501133> Acesso em: julho de 2024.

Em síntese, aquela Procuradoria refuta a tese de que a universidade não está autorizada a implementar política de ação afirmativa não disposta na Lei n. 12.711/2012 e defende que o estabelecimento está em consonância com o exercício da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial concedida às universidades brasileiras no art. 207, da Constituição Federal.

Defende ainda que a bonificação regional, implementada no caso da Ufac, que não trata de reserva de vagas, concretiza o objetivo constitucional de superar desigualdades regionais diante da amplitude territorial do Brasil, de modo a garantir oportunidades a determinado grupo de pessoas, que sofrem as dificuldades impostas pelos desníveis educacionais regionais historicamente existentes.

O entendimento é de que o fato da Lei de Cotas não cuidar da hipótese da bonificação regional não indica necessariamente que o legislador, implicitamente, desejasse impedir qualquer tratamento específico dessa natureza por parte das Instituições de Ensino.

O MPF⁴², no caso da Ufac, se debruçou sobre as bases que justificam a política afirmativa implementada, analisando o panorama local, a partir dos dados e estudos apresentados pela Instituição, que demonstram a disparidade nas condições de ensino e de acesso dos estudantes de escolas acreanas no curso de medicina, concluindo que a ação afirmativa da Ufac tem o objetivo constitucionalmente adequado e o critério de distinção adotado igualmente legítimo.

Em outra movimentação da Procuradoria da República no Acre, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão encaminhou manifestação⁴³ defendendo a constitucionalidade do bônus regional nas universidades para análise do Procurador-Geral da República, a quem cabe atuar perante o STF, entendendo que os precedentes anteriores do Supremo Tribunal Federal (STF) não teriam validade no caso acreano por se tratarem de situações diferentes, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4868/DF, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de lei distrital que concedia 40% das vagas para alunos que tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escolas públicas do Distrito Federal. Naquela situação, o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, entendeu que não havia razão concreta de discriminação para justificar a atribuição do bônus.

⁴² Manifestação do MPF constante nos autos do Processo n. JF-AC-1006912-46.2023.4.01.3000-PROCOMCIV

⁴³ Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/noticias-ac/mpf-defende-constitucionalidade-de-bonus-regional-nas-universidades-federais>. Acesso: julho de 2024.

Os precedentes julgados no STF, utilizados como fundamento em decisões judiciais serão destacados no tópico mais adiante, de modo que possamos avaliar e verificarmos as distinções entre as políticas de bonificação regional e de reserva de vagas e, consequentemente, a coerência argumentativa para estender o entendimento manifestado no julgamento daqueles precedentes para a política de bonificação.

2.4 – A Advocacia Geral da União e a defesa da Bonificação Regional nas Universidades Federais.

Diante da discussão judicial acerca da legalidade e constitucionalidade do bônus regional nas universidades, a Advocacia Geral da União (AGU), por meio da Procuradoria-Geral Federal, tem tido forte atuação no debate jurídico.

Considerando que a Procuradoria Federal cumpre o papel de fazer a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas, bem como as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a defesa das universidades nos processos judiciais contra a bonificação judicial tem sido bastante intensa.

Isso se reflete nas contestações apresentadas nas respectivas ações judiciais ajuizadas em todo o país, bem como na interposição dos recursos cabíveis contra as decisões desfavoráveis à bonificação regional.

Além das manifestações nos processos judiciais, o tema foi analisado no âmbito administrativo pela Procuradoria Geral Federal – Câmara Permanente IFES, por meio do Parecer n. 00007/2017/CPIFES/AGU⁴⁴.

As Câmaras Permanentes atuam para identificar questões jurídicas relevantes, que sejam comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais, com a finalidade de buscar soluções e promover a uniformização do entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, após aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

No parecer, o caso da Universidade Federal do Oeste da Bahia - UFOBA foi exemplificado para apresentar o entendimento sobre a implantação da política de ação

⁴⁴ Parecer n. 00007/2017/CPIFES/AGU disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal/1/arquivos/PARECERN000072017CPIFESPGFAGUDIREITOADMINISTRATIVOEOUTRASMATERIASDEDIREITO.pdf>. Acesso em: julho de 2024.

afirmativa por ato próprio da universidade, bem ainda sobre a constitucionalidade e legalidade da medida.

Na ocasião, ressaltou-se o fato de que a UFOBA inicialmente havia implementado a política de bonificação regional, com o incremento de 20% de bônus na nota do Enem aos candidatos da região. No entanto, posteriormente alterou a política para estabelecer a reserva de 75% das vagas para esses candidatos estudantes oriundos da região indicada.

O parecer analisou a questão a partir das circunstâncias apresentadas como causa para a implementação da política institucional daquela universidade, bem ainda sob os aspectos da razoabilidade e proporcionalidade da medida assim estabelecida.

Sob esse contexto, a Câmara Permanente concluiu o parecer nos seguintes termos, aprovado na sequência pelo Procurador-Geral Federal:

1. Objetivando materializar o princípio constitucional da igualdade material, as instituições públicas de ensino federal podem realizar, por meio de ações afirmativas, medidas de reparação social, ainda que por meio de instrumentos internos compatíveis com as leis e a Constituição da República;
2. Dentre essas medidas de reparação social, as IFES poderão adotar política de inclusão regional (sistema de cotas regionais) objetivando superar as mais diversas distorções socioeconômicas presentes em determinadas localidades do País;
3. Esta previsão se coaduna com o princípio da autonomia universitária, que está diretamente relacionado aos ditames constitucionais do ensino, da pesquisa e da extensão;
4. A medida equitativa prevista precisa obedecer os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186, que consistem em a) estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado; b) razoabilidade e proporcionalidade da medida; c) transitoriedade da medida adotada e, por fim, d) empregar métodos seletivos eficazes. (AGU, 2017)

O parecer da AGU manifesta entendimento inequívoco de que a política de inclusão regional tem o objetivo de superar as mais diversas distorções socioeconômicas existentes em

determinadas localidades do país, consubstanciando dessa maneira o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a previsão de cotas regionais é uma medida necessária em algumas instituições federais de ensino do País. Ou seja, a ação afirmativa deve ser avaliada de acordo com a real situação de cada estado e região e não deve ser uma política generalizada, desvinculada dos motivos ensejadores da implementação.

Isso porque, conforme manifestação, *“as regiões do Brasil são agrupamentos das unidades da federação com o propósito de subsidiar as interpretações estatísticas, implantar sistemas de gestão de funções públicas de interesse comum e orientar a aplicação de políticas públicas dos governos federal e estadual.”* (AGU, 2017)

Assim, a AGU entende que a partir da conjugação dos mandamentos constitucionais, é possível verificar que a Constituição Federal prestigia especialmente a igualdade substancial e não a igualdade meramente formal, já que de um lado pela própria condição de humanidade todos nascem com idêntico grau de dignidade, por outro lado é evidente o abismo socioeconômico que separa os excluídos.

2.5 – O STF e as políticas de ação afirmativa no âmbito das Universidades Públicas.

O Supremo Tribunal Federal tem ao longo dos últimos anos se deparado com a necessidade de julgar processos que visam discutir a legitimidade de determinadas políticas públicas, cujo objetivo é estabelecer medidas compensatórias, nomeadas ações afirmativas, para inclusão e acesso às universidades públicas brasileiras.

No entanto, a bonificação regional como política de inclusão, especialmente em algumas universidades, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF, razão pela qual as decisões judiciais permanecem em disputa nos mais diversos tribunais. Apesar disso, muitas dessas decisões se utilizam de fundamentos constantes em “precedentes” do STF, para aplicação de entendimento contrário à bonificação regional, mesmo quando presentes diferenças importantes, que alteram o quadro fático e circunstancial, justificadores para a implementação da ação afirmativa.

Diante disso, avaliaremos, em síntese, as decisões do STF mencionadas nas razões de decidir, identificando os principais fundamentos, eventuais semelhanças ou importantes diferenças que possam determinar ou não o uso do mesmo posicionamento, de forma aleatória,

como precedentes ao caso da bonificação. E, ainda, analisando o posicionamento do STF, comparativamente à situação fática, essencial para estudo do caso concreto.

2.5.1 – O STF e o julgamento da constitucionalidade da Política de Cotas Étnico-Raciais – ADPF 186.

Não é de hoje a polêmica em torno da constitucionalidade de políticas afirmativas instituídas por universidades públicas. O caso mais emblemático e de grande repercussão foi o do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 186⁴⁵ pelo STF, no ano de 2012, que visava à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, que instituíram o sistema de reserva de vagas nos cursos de graduação, com base em critério étnico-racial (20% para as cotas) no processo de seleção para ingresso.

Na ocasião do julgamento, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski ressaltou que a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades já estava sendo objeto de

⁴⁵ **EMENTA.** ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269432069&ext=.pdf>. Acesso em: julho de 2024.

decisões contraditórias por parte da magistratura de primeira e segunda instâncias, assim como tem ocorrido com a bonificação regional.

O STF em plenário decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do relator, que ressaltou não contrariar o princípio da igualdade material, previsto no art. 5º, da Constituição Federal, a possibilidade de que políticas para superação de desigualdades decorrentes de situações históricas sejam implementadas, mas que ao contrário, tais medidas a prestigiam.

Destacou que para enfrentar a questão da constitucionalidade é essencial discutir o tema da forma mais ampla possível à luz dos princípios e valores sobre os quais a Constituição Federal se sustenta. Nesse contexto, entendeu ser imprescindível revisitar o princípio da igualdade, examinando-o em seu duplo sentido, ou seja, no formal e material. De modo que se privilegie a adoção de políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia.

Isso de maneira indubitável exige emprestar a máxima concreção a esse fundamental postulado, para assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no país, levando em consideração especialmente a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais.

O argumento de que a universidade não tem competência para instituir políticas de ações afirmativas, por meio de normativo interno, não há fundamento. Nesse ponto o voto do Ministro Luiz Fux demonstrou a possibilidade jurídica da implementação de políticas afirmativas, no âmbito do exercício da autonomia universitária, conforme podemos extrair do trecho abaixo:

Se o sistema de cotas é decorrência da finalidade institucional do estabelecimento de ensino superior, a autonomia universitária que lhe é assegurada constitucionalmente (CRFB, 207, caput) fundamenta e recomenda a definição concreta de tais políticas por meio de atos próprios da instituição de ensino. É que, para a disciplina da matéria, as universidades possuem vantagens institucionais comparativas em relação a outros órgãos e entidades estatais. Elas, de um lado, acumulam maior experiência acadêmico-pedagógica, indispensável para o adequado equacionamento da questão educacional; ao mesmo tempo, possuem maior proximidade com a realidade socioeconômica e cultural existente em cada região do vasto território brasileiro. Isso facilita o diagnóstico das deficiências existentes no modelo seletivo tradicional

(generalista) e a busca de soluções técnicas necessárias ao seu aperfeiçoamento.

[...]

Destarte, o que se está a afirmar, bem ao contrário, é apenas que a instituição de sistemas de ação afirmativa prescinde de lei formal, encontrando na previsão constitucional da autonomia universitária (CRFB, 207, caput) a norma jurídica habilitadora da atuação administrativa do Estado. Eventual superveniência de lei sobre a matéria impõe-se sobre a disciplina regulamentar acaso existente. (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>)

Em relação às decisões judiciais contrárias ao bônus regional, que asseveram a ilegalidade do ato normativo das universidades ao implementaram a política afirmativa, a decisão acima apresenta importante contribuição ao entendimento do STF, de modo que no próximo capítulo trataremos em tópico específico sobre a autonomia universitária.

2.5.2 – O STF e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4868/DF.

Em 2020, O STF julgou procedente, por maioria dos votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.868 – Distrito Federal⁴⁶, proposta pelo Procurador-Geral da República, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, contra dispositivo da Lei Distrital nº. 3.361/2004, que instituiu sistema de cotas para ingresso nas universidades e faculdades públicas do Distrito

⁴⁶ **Ementa.** Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Distrital 3361/2004. Sistema de cotas para ingresso nas Universidades e faculdades públicas do Distrito Federal. 3. Reserva de 40% das vagas para alunos que comprovem ter cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escolas públicas do Distrito Federal. 4. Discriminação em razão da origem. Critério espacial que não se justifica em razão da política de ação afirmativa que busca garantir igualdade de oportunidade aos oriundos da escola pública. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “do Distrito Federal”, constante do artigo 1º da Lei Distrital 3.361/2004. Modulação de efeitos. (ADI 4868, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 14-04-2020 PUBLIC 15-04-2020)

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752454083>. Acesso em agosto de 2024.

Federal, com a reserva de 40% das vagas, por curso, para alunos que comprovem ter cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escolas públicas do Distrito Federal.

A ação foi julgada procedente no sentido de declarar inconstitucional a expressão “do Distrito Federal”, constante no artigo da mencionada lei distrital, por entender que havia discriminação em razão da origem, vedada pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal, e que não se justificaria em razão da política de ação afirmativa que busca garantir igualdade de oportunidade aos oriundos da escola pública.

No voto, o relator asseverou que no caso em julgamento, o fator discriminatório que atribui um tratamento jurídico diferenciado a determinadas pessoas, não prescinde dos reais elementos diferenciadores que justifiquem a concessão do referido *discrímen*. E destaca que não há qualquer incompatibilidade entre discriminação e igualdade quando o critério for supedâneo de uma realidade cujo fator de desigualação seja verificável, de modo que seja possível, com base nesse critério, exprimir correlação lógica e abstrata para acolher no ordenamento jurídico brasileiro essa desigualação.

A referida situação objeto de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade possui diferenças significativas comparadas à implementação da bonificação regional em alguns casos. Em princípio, porque trata-se de reserva de vagas, o que impõe a impossibilidade de concorrência, no quantitativo de vagas reservadas, àqueles que não possuam o perfil estipulado para a política afirmativa e, segundo, porque os motivos ensejadores da implementação da política de inclusão alegada não podem ser verificáveis objetivamente.

A Mesa Diretora da Câmara Distrital, quando instada a prestar informações, alegou que a mencionada lei não tinha o objetivo de estabelecer padrão discriminatório ou privilégio, todavia, buscava garantir a existência, no Distrito Federal, de profissionais habilitados a exercer sua profissão notadamente junto às classes mais baixas ali residentes.

Ora, vejamos, de acordo com os dados já apresentados sobre a demografia médica no Brasil, por unidade de Federação, o Distrito Federal lidera na posição com o maior índice no país, com uma taxa de 6,13 médicos por 1.000 habitantes contra taxas inferiores a 2,0 médicos/1.000 habitantes em estados predominantemente da região Norte do Brasil. Destaca-se que no Brasil a taxa média registrada é de 2,69 médicos por 1.000 habitantes, ou seja, a situação do Distrito Federal é bem superior à média brasileira, de modo que não se identificam motivos razoáveis e verificáveis que demandem uma política de intervenção do estado, em função de notável carência de profissionais médicos na região, conforme justificativa de

garantir profissionais médicos no Distrito Federal. Tal situação é bastante distinta da realidade dos estados da região Norte, que apresentam dados oficiais e contundentes da necessidade de se estabelecer políticas que auxiliem na fixação de profissionais médicos na região.

De outra banda, a manifestação do Governador do Distrito Federal asseverou que a reserva de vagas se constitui em peculiaridade local e que o Governo detém relativa liberdade para definir as condições de acesso às universidades, por serem custeadas com recursos próprios do Distrito Federal. A justificativa é especialmente insuficiente do ponto de vista de indicar os reais elementos diferenciadores que justifiquem a concessão do referido *discrímen*, necessários para a implementação de política afirmativa de inclusão, diferindo significativamente de qualquer possibilidade de comparação com os casos objetos desta pesquisa.

2.5.3 – O Julgamento do Recurso Extraordinário nº. 614.873/AM – O Caso da reserva de vagas na Universidade Estadual do Amazonas.

Em abril do ano de 2023, o STF julgou o Recurso Extraordinário nº. 614.873/AM⁴⁷, que tratava de analisar a constitucionalidade da política de cotas implementada por lei amazonense, reservando 80% das vagas no vestibular da Universidade Estadual do Amazonas para egressos de escolas de ensino médio daquele estado. No referido Recurso Extraordinário havia sido declarada matéria de repercussão geral, sob o tema 474. No entanto, em função das peculiaridades da cota estabelecida naquela universidade, as distintas políticas possíveis de mesma natureza e não havendo convergência para definição de uma tese, o STF, por unanimidade, cancelou o tema de repercussão geral, restringindo os efeitos da decisão, de modo que se aplica somente ao caso concreto.

No caso, a Universidade do Estado do Amazonas questionou decisão do Tribunal de Justiça do Estado, que considerou que a política de cotas implementada violava o princípio da igualdade. No julgamento da matéria, o STF declarou, por maioria, a inconstitucionalidade da Lei nº. 2.894/2004, do Estado do Amazonas, considerando que a política de cotas do Amazonas violava as normas constitucionais que proíbem ao poder público criar distinções entre brasileiros (art. 19, III), estabelecem que o acesso à educação deve se dar em igualdades de

⁴⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15364140823&ext=.pdf>. Acesso em: julho de 2024.

condições (art. 206, I) e atribuem ao Estado o dever de garantir acesso aos níveis mais elevados de ensino (art. 208, V).

É de se ressaltar que o voto do Ministro relator Marco Aurélio foi vencido na votação, no entanto em função das discordâncias para fixar uma tese, diante das posições divergentes do voto do Ministro Alexandre de Moraes e do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, foi cancelada a repercussão geral, de modo que a decisão no caso não se estende à outros casos, a exemplo da bonificação regional em determinadas universidades, não eliminando outras possibilidades de ação afirmativa serem apreciadas e validadas pelo próprio STF.

As divergências consignadas nos votos dos ministros, bem ainda as posições discordantes durante o debate, evidencia que os ministros não são uníssonos quanto à inconstitucionalidade de políticas dessa natureza.

Inicialmente, destacamos a posição do Ministro relator Marco Aurélio que asseverou que a Constituição Federal agasalha ações afirmativas, de modo que, exceto pelo percentual de 80% de reserva de vagas, que entendeu elevada, não se pode concluir que a política da lei amazonense conflita com a lei maior, justificáveis a partir dos motivos ensejadores para minimizar a exclusão de estudantes da região, resultante das desigualdades regionais. Assim, votou por dar parcial provimento ao Recurso Extraordinário, fixando no máximo 50% a reserva de vagas e propondo como tese para repercussão geral que: *“A adoção do critério regional para efeito de fixação de cotas em favor de candidatos a vagas nas universidades públicas, observada a razoabilidade e enquanto verificadas as diferenças locais relativamente a cada curso de graduação, revela-se constitucional”*.

O Ministro Alexandre de Moraes divergiu do voto do relator, por entender que a política estabelecida viola os artigos 3º, IV; 5º, caput; e 19, III, da Constituição Federal, defendendo o argumento de que todos têm o direito constitucional de receber tratamento igualitário. Na decisão, o Ministro menciona como precedente o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4868 (tratado no tópico anterior), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que o Pleno do STF julgou pela inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal que tratava de matéria semelhante. Além dessa ação, cita outros casos, como sendo precedentes. No voto nega provimento ao Recurso Extraordinário e sugere a seguinte tese: *“É inconstitucional, por ferimento ao artigo 19, III da Constituição Federal, a reserva de vagas em universidades públicas estaduais para candidatos que exija dos candidatos terem cursado o ensino médio integralmente no respectivo ente federativo.”*

O Ministro Luís Roberto Barroso, em pedido de vista, apresentou voto consignando reconhecer as desigualdades regionais existentes, mas entende ser excessiva a aplicação de 80% de reserva das vagas, entendendo que a desigualdade histórica que prejudica os candidatos do Amazonas não se restringe a eles, alcançando também candidatos provenientes das regiões Norte e Nordeste, que são as menos desenvolvidas do país, exemplificando Estados como Rondônia, Tocantins, Pará, Acre e Roraima. Assim, nessa perspectiva, o Ministro afirma que a inconstitucionalidade da política de cotas do Amazonas não significa que está vedada toda e qualquer ação afirmativa que adote o critério espacial ou de origem.

Ou seja, manifesta que sendo o Brasil um dos países mais desiguais do mundo e as regiões Norte e Nordeste ainda com índices menores de desenvolvimento humano do que as demais regiões, a inconstitucionalidade tratada decorre de que a reserva de vagas é de 80%, tão somente. Sob esse contexto, votou por negar provimento ao recurso, propondo como tese de julgamento: *“É inconstitucional política de cotas para ingresso em universidade pública estadual que estabeleça reserva de 80% das vagas para candidatos egressos de escolas localizadas no território do respectivo ente federativo, diante da violação aos arts. 19, III, 206, I, e 208, V, da Constituição”*.

Após a votação, durante a sessão para fixação da tese, houve muitas divergências durante os debates para aprovação da tese de repercussão geral, sendo que o Ministro Luís Roberto Barroso, que obteve 5 votos, propôs uma alternativa de tese, após julgada a inconstitucionalidade da lei amazonense, que pudesse conciliar a própria proposta à do Ministro Alexandre de Moraes, que obteve 4 votos. Assim, sugeriu como nova proposta a seguinte tese: *“É inconstitucional política de cotas para ingresso em universidade pública estadual que estabeleça critérios desproporcionais e discriminatórios de reserva de vagas para candidatos egressos de escolas localizadas no território do respectivo ente federativo, diante da violação aos arts. 19, III; 206, I; e 208, V, da Constituição.”*

O Ministro Alexandre de Moraes manteve o posicionamento da tese sugerida, entendendo, diferentemente do Ministro Barroso, que não há qualquer espaço para um percentual de cotas que considere a região, defendeu que o art. 19, III, da Constituição veda de forma absoluta. Tendo em vista, a vedação federativa de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre os entes federativos.

Em verdade, em se tratando do princípio que veda a distinção entre brasileiros é fundamental que possamos observar não se tratar de um princípio absoluto, conquanto a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a conciliar os demais princípios,

especialmente aos objetivos que disciplinam o dever de reduzir desigualdades regionais. No que pese, o estabelecido no art. 19, III, da CF/88, distinções entre brasileiros existem e convivem em conformidade legal e constitucional, a exemplo da própria política de cotas.

Diante da ausência de consenso, foi aprovado o cancelamento da repercussão geral, de modo que não houve a fixação de tese para o caso e a votação foi exclusiva para a cota da Universidade Estadual do Amazonas, nos termos como foi implementada, consoante indicou o Presidente Luís Roberto Barroso ao afirmar que: *“O que nós estamos fazendo ao retirar a repercussão geral é que nós nem abrimos essa porta, nem fechamos essa porta. Esse assunto não tem uma posição definitiva do Supremo, mas os 80% têm - ninguém acha 80% legítimo.”*

Destarte, o STF não julgou qualquer posição definitiva de inconstitucionalidade para toda e qualquer política afirmativa que considere o critério regional para acesso às vagas dos cursos de graduação de universidades públicas, especialmente, dos cursos mais concorridos, quando as circunstâncias concretas são legítimas para prestigiar, ao invés de mitigar, a igualdade de condições de disputa, em função das desigualdades regionais e os desníveis educacionais, a partir de dados verificáveis.

A despeito das diferenças entre as modalidades da ação afirmativa, ressalta-se que na política de bônus regional não há reserva de vagas, não há restrição à possibilidade de acesso de candidatos de outras regiões. A bonificação tem conotação de política afirmativa em função dos desníveis educacionais entre as regiões do país, provocando o dever de o estado promover igualdades de condições para acesso aos níveis mais elevados de ensino aos estudantes de determinadas localidades do país, como os da região Norte.

Deve-se realçar que a ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade, ao revés de simular uma falsa isonomia principiológica, enunciada retoricamente como diretriz, fundada sobre areia movediça, ignoradas as distorções nas condições peculiares de cada região de um país de dimensões continentais.

2.5.4 O STF e as decisões em matéria da bonificação regional no âmbito das reclamações de precedentes.

O STF tem sido provocado a analisar processos ainda em trâmite na Justiça Federal, cujas decisões favoráveis à implementação da bonificação regional são atacadas sob a alegação de ofensa às decisões vinculantes de casos julgados por aquela Corte. Assim, se utilizam do instrumento de Reclamação ao STF, suprimindo instâncias recursais ordinárias.

A Reclamação 68.736/ACRE⁴⁸, ajuizada perante o STF, é contra decisão nos autos do Processo nº 1001668-05.2024.4.01.3000, em trâmite no Juízo da 3ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Acre, sob a alegação de ofensa às decisões vinculantes proferidas nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.868, da ADPF 186 e do RE 614.873, ambas já analisadas nos tópicos anteriores.

Nesses termos, o reclamante requereu a concessão de medida liminar para suspender os efeitos da decisão reclamada até o julgamento final da reclamação, em que no mérito pugna pela cassação da decisão.

O Ministro Luiz Fux, em junho deste ano, deferiu a liminar requerida, suspendendo os efeitos da decisão do juízo da 3ª Vara Federal SJAC, a despeito de posterior reapreciação da matéria no julgamento do mérito, assegurando, no caso, a incidência do bônus regional ao reclamante, muito embora não preencha os requisitos estabelecidos pela política afirmativa implementada pela Universidade Federal do Acre.

Na sequência, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal referendou a liminar concedida, sob o intento de salvaguardar a estrita observância de preceito constante em enunciado de Súmula Vinculante, nos termos do artigo 103-A, § 3º, ambos da Constituição Federal.

No entanto, merece avaliação alguns pontos dessa decisão. Primeiramente, o Ministro Relator admite a via da Reclamação como meio legítimo para apreciação de decisão prolatada nos autos do processo em trâmite na primeira instância da justiça federal, no caso, na 3ª Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária do Acre.

Para tanto, ressalta que o atual Código de Processo Civil atribuiu especial relevo à reclamação, como meio assecuratório da observância da jurisprudência vinculante dos Tribunais Superiores e no intuito da criação de um sistema de precedentes no processo civil brasileiro. Na decisão, o Ministro destaca que além das hipóteses já depreendidas da Constituição, o CPC estabeleceu o cabimento da reclamação para a garantia da “*observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência*” (artigo 988, IV, CPC). Todavia, a questão não encontra respaldo nesse dispositivo, uma vez que não foi instaurado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, disciplinado nos artigos 976/987 do CPC.

⁴⁸ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15368765109&ext=.pdf>. Acesso em agosto de 2024.

Preconizou a natureza excepcional do instituto da reclamação, inclusive em função das vedações impostas na legislação, bem ainda ressaltou a jurisprudência do STF que estabeleceu as condições para utilização da via da reclamação, assim indicadas: “(i) a inviabilidade da reclamação para o revolvimento de fatos e provas adjacentes aos processos de origem, (ii) a necessidade de existência de estrita aderência entre a decisão reclamada e o conteúdo do paradigma invocado e (iii) a necessidade de demonstração de teratologia na aplicação de tese firmada sob a sistemática da repercussão geral”.

O entendimento aplicado para admissibilidade da reclamação merece ressalva. O Código de Processo Civil estabeleceu as condições para o ajuizamento da reclamação, em seu art. 988 e incisos e também as vedações no seu parágrafo 5º e incisos, dos quais destacamos o inciso II, que estabelece ser inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Considerando que foi indicada a não observância à decisão no Recurso Extraordinário 614.873/AM, destacamos que a repercussão geral foi cancelada, de modo que a decisão manifestada gerou efeitos tão somente ao caso concreto referente à lei do Amazonas, não alcançando outros casos, tampouco fixando tese vinculante a ser observada. Diante disso, a reclamação não seria admitida sem esgotar as instâncias ordinárias.

A aplicação indiscriminada de entendimentos manifestados em casos concretos, sem repercussão geral, pode gerar distorções em casos que ainda deverão ser submetidos à apreciação minuciosa do STF, tendo em vista as circunstâncias de fatos que justificam e legitimam determinada política afirmativa.

Note-se, ainda, o voto do Ministro Flávio Dino, que acompanhou o voto do relator, ressaltando seu ponto de vista diverso. Assim também o Ministro se manifestou quando do julgamento da Reclamação 66.882 (Rcl 66.882, rel. Min. FLÁVIO DINO, j. 03/05/2024, DJe 07/05/2024), em que foi o relator, quando afirmou seu entendimento pessoal no sentido de que são constitucionais medidas que buscam equilibrar desigualdades regionais sob determinadas condições, porém, sendo Ministro do STF decidiu no âmbito da reclamação conforme jurisprudência da corte.

Ressalta-se que o Ministro Flávio Dino não participou do julgamento do RE 614.873/AM, de modo que quando a matéria da bonificação regional tiver de ser apreciada

individualmente, considerando a peculiaridades das universidades da região Norte, há possibilidades de resultados distintos ao do RE 614.873/AM.

As controvérsias jurídicas aqui amplamente evidenciadas são analisadas e tratadas no intento de se reconhecer que a bonificação regional se constitui como uma política pública de ação afirmativa, e, em sendo assim reconhecida, sob o ponto de vista de constitucionalidade, é indispensável avaliar os fatos que determinaram a sua formulação.

CAPÍTULO 3 - A CONSTITUCIONALIDADE DA BONIFICAÇÃO REGIONAL NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DA REGIÃO NORTE DO BRASIL – UMA ANÁLISE DE PRINCÍPIOS.

O exame de constitucionalidade da política de bonificação regional nas universidades públicas, especificamente nas instituições da região Norte do Brasil, perpassa por debater questões cruciais que fundamentam a implementação de determinadas ações, que eventualmente possam afetar a análise de legalidade.

Este capítulo visa inicialmente analisar a bonificação regional como uma política pública, bem como verificar se a universidade pública, em função da autonomia universitária, é competente para criar e implementar tais políticas.

A partir da compreensão que se pretende esclarecer, considerando a competência da autoridade administrativa para a implementação da política de ação afirmativa, o estudo buscará avaliar a sua constitucionalidade, considerando o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e considerando as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy no tocante à teoria dos princípios, tendo em vista que a inconstitucionalidade, quando manifestada, é com base em violação de princípios. Neste caso, faz sentido adotarmos a teoria de princípios que melhor possa ser aplicada. Ademais, examinaremos criticamente a discricionariedade judicial, verificada em julgamentos com base em princípios, avaliando a racionalidade da decisão judicial tratada em Habermas.

3.1 Políticas públicas – instrumentos de combate às desigualdades sociais.

Segundo Pierre Muller (2018), a adoção de políticas públicas da forma que conhecemos nos dias de hoje surgiu em meados do século XIX, na França e na Inglaterra, a partir de lutas

contra os efeitos do mercado e da industrialização à sociedade, razão pela qual as políticas públicas tiveram como objetivo resolver os problemas sociais causados.

Assim, pode-se dizer que as políticas são marcadas por seu caráter setorial, ou seja, cada política pública se propõe como um setor de intervenção equivalente a determinada parcela da sociedade para a qual se destina uma ação pública. A finalidade é de gerenciar os desequilíbrios provenientes da setorialização e, por consequência, da complexidade das sociedades modernas. (MULLER, 2018, p. 14).

O nascimento das políticas públicas evidencia, portanto, a capacidade de ação das sociedades sobre elas mesmas, isso porque a partir do conhecimento científico que as sociedades modernas dispuseram e de suas constantes evoluções, transformações sem precedentes na sociedade e no mundo foram desencadeadas. Essas transformações causam um grande paradoxo, isso porque acarretam novos problemas sociais, de modo que novas políticas públicas acabam sendo necessárias para solucioná-los, numa cadeia de eventos, como podemos extrair do trecho abaixo destacado:

Isso significa que numerosas políticas públicas não terão outro objetivo que não seja a gestão dos desajustes induzidos por outras políticas setoriais: a sociedade setorial, em permanente desequilíbrio, gera constantemente seus problemas, que, por sua vez, deverão constituir objeto de novas políticas públicas. Nesse sentido, as sociedades modernas tornaram-se sociedades autorreferenciais, o que significa que deverão identificar nelas mesmas o sentido de sua ação sobre elas próprias. (MULLER, 2018, p. 16)

É de se destacar que uma política pública possui necessariamente um público, ou públicos, que são indivíduos, grupos ou organizações cuja situação é afetada pela política pública. E deve definir obrigatoriamente os objetivos ou propósitos que deverão ser atendidos ou problemas a serem resolvidos.

Evidentemente, a considerar sua natureza, exige ser analisada em um processo sequencial, composto por cinco etapas, proposto por um esquema de Charles O. Jones, que estabelece como primeira etapa a identificação do problema; a segunda etapa é o de desenvolvimento do programa, ou seja, a fase de tratamento efetivamente do problema; a terceira etapa é propriamente a execução e implementação do programa, é uma fase de

aplicação das decisões tomadas; a quarta fase é de avaliação do programa, que compreende uma fase anterior que é a de análise de resultados; e finalizando, a quinta fase seria a fase de encerramento da ação, quando se supõe a resolução do problema ou de implementação de uma nova ação. Essa proposta de uso de tabela para análise de políticas públicas permite abranger de modo coerente as múltiplas facetas da ação pública⁴⁹. (MULLER, 2018, p. 25)

Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, apresentou distinção para as definições entre princípios e políticas, indicando que política “*é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade*”, enquanto princípio “*é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”. (DWORKIN, 2010, p. 36). E enfatiza que tal distinção poderia ruir, caso interpretássemos um princípio como a expressão de objetivo social ou política como expressando um princípio.

Nessa perspectiva, Maria Paula Bucci (2006, p. 26)) aponta que no Direito Brasileiro, diferentemente do que ocorre no Direito Americano, a considerar um excesso de direitos e princípios positivados, dentro, portanto do sistema de regras, as políticas públicas atuam complementando e preenchendo os espaços normativos, de forma a concretizar os princípios e regras ao alcance de objetivos determinados.

E tratando da temática das políticas públicas assevera que seu campo de interesse são as relações entre a política e a ação do Poder Público e que a necessidade de se compreender as políticas públicas como categoria jurídica se desenvolve na perspectiva de se buscar a concretização dos direitos humanos, particularmente, dos direitos sociais⁵⁰, ditos de segunda geração, positivados na Constituição Federal. (BUCCI, 2006)

Uma conceituação na teoria do direito, enfatiza ser uma linha de trabalho mais promissora admitir as políticas públicas como sendo programas de ação destinados “*a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos*

⁴⁹ Os autores desse tipo de abordagem de uso de tabela sequencial para análise de políticas públicas reconhecem que nem sempre deve ser aplicado de forma demasiadamente sistemática, para evitar uma abordagem simplista do fenômeno estudado. Isso porque a ordem das etapas pode ser invertida, por exemplo, quando uma decisão pode ser tomada antes que o problema a ser resolvido seja formulado; ou ainda, quando certas etapas, por vezes, são muito difíceis de serem identificadas com precisão o momento em que uma decisão foi tomada. Esclarece-se, ainda, que o encerramento da política pública permanece muitas vezes como um estudo de caso, tendo em vista que os problemas políticos jamais são verdadeiramente resolvidos. (MULLER, 2018, p. 25-27)

⁵⁰ Previstos no art. 6º e 7º, da Constituição Federal de 1988.

necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.”(BUCCI, 2006, p. 31)

Assim sendo, as políticas públicas servem como uma ponte, interligando os direitos sociais de sua abstração para lhes assegurar materialidade, ainda que relativamente, a partir de sua implementação. Quando a política pública estabelece uma finalidade a ser alcançada e consequentemente uma solução ao problema social identificado, explicita os meios necessários para que seja alcançado o fim socialmente relevante estabelecido na formulação. (BUCCI e SOUZA, 2022, p.5)

Sob esse contexto é que é possível enquadrar a política de bonificação regional como sendo, portanto, uma espécie de política pública, a examinar a existência de um problema social identificado, público ou grupo social afetado pela problemática social e a identificação dos direitos sociais a serem efetivados, o da educação e da saúde. A par do teor do significado conceitual de política pública, estabeleceremos uma análise no próximo tópico, sobre o tipo de política pública em que é possível categorizar a bonificação regional, considerando os estudos sobre as ações afirmativas.

3.1.1 As ações afirmativas – uma política pública de discriminação positiva.

Ação afirmativa é um conceito complexo, no entanto, podemos compreendê-la essencialmente como sendo uma espécie de política pública, com o objetivo de combater discriminações e desigualdades contra determinados grupos sociais.

Assim, as ações afirmativas⁵¹ são destinadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação contra grupos sociais, de modo que, por meio de sua compreensão, a igualdade deixa de ser um mero princípio jurídico

⁵¹ As ações afirmativas sofrem diversas críticas pelo mundo. A mais emblemática foi a do economista norte-americano Thomas Sowell, pois ataca as ações afirmativas no próprio mérito ao afirmar que a implementação de ações afirmativas acaba prejudicando as próprias minorias que se pretende atender. Segundo seu argumento, há falta de qualificação para essas pessoas e é um erro tentar compensar em poucos anos o que não se teve antes. Segundo Sowell, essa inversão leva os beneficiados ao fracasso na universidade, na carreira privada ou no emprego público. (2005) (RESENDE, 2021, ebook).

a ser respeitado por todos, passando a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. (GOMES, 2001, p. 132)

A definição deve sempre contemplar as diversas políticas de ação afirmativa possíveis para promover os direitos sociais de determinados grupos, de modo a privilegiar o bem coletivo, incluindo recursos e oportunidades de acesso à educação, cultura, saúde, proteção social, dentre outras.

Destaca-se que a ação afirmativa também denominada como uma categoria de discriminação legítima ou discriminação positiva, trata de impedir que o princípio da igualdade formal, expresso em leis, que não levam em consideração os fatores cultural e histórico, funcione como mecanismo perpetuador de desigualdade. Tais políticas não são materializadas necessariamente apenas em leis, no ordenamento jurídico, podem ser implementadas pelo Estado, Poder Público ou também pela sociedade civil. (SILVA FILHO, 2013)

A discriminação positiva, diferentemente da discriminação intencional, cuja prática discriminatória é explicitamente contra a dignidade das pessoas, é uma tentativa de combater o impacto desproporcional de toda uma história de desigualdade de oportunidades, que são responsáveis por uma sociedade de indivíduos que não possui igualdade na competição e no mercado. (SILVA FILHO, 2013)

A sociedade em que a competição nesses espaços é disputada por indivíduos e por grupos em situação de isonomia é de fato uma abstração, uma ilusão ou uma criação simplista que tem a função de manutenção de privilégios e do *status quo*. (SILVA FILHO, 2013)

Para o estudo da importância da política afirmativa é primordial a compreensão de que tais medidas são consideradas políticas sociais compensatórias, destinadas a estabelecerem intervenções do Estado que possam assegurar mecanismos de igualdade de condições e oportunidades a grupos socialmente em desvantagens, com intuito de reduzir a desigualdade de direitos e desníveis educacionais persistentes ao longo do tempo, no que tange especificamente à política de bonificação regional.

Luiz Fernando Martins da Silva, professor universitário, indicado pelo Ministério da Educação – MEC, para atuar como consultor jurídico junto ao Grupo de Trabalho Interministerial/GTI MEC-SEPPIC, objetivando elaborar proposta para o estabelecimento de

políticas públicas de ação afirmativa que permitisse o acesso e a permanência de negros nas Instituições de Educação Superior,⁵² interpretando Jacques d'Adesky, conforme abaixo:

No plano político, os programas de ação afirmativa resultam da compreensão cada vez maior de que a busca de uma igualdade concreta não deve ser mais realizada apenas com a aplicação geral das mesmas regras de direito para todos. Tal igualdade precisa materializar-se também através de medidas específicas que considerem as situações particulares de minorias e de membros pertencentes a grupos em desvantagem. Considera-se que a referência a um indivíduo abstrato, percebido como universal e reconhecido como cidadão, digno de igual respeito e consideração, deve ter a preeminência na formulação de políticas públicas. (SILVA, 2004)

Na concepção de que a bonificação regional também permite mitigar os efeitos da exclusão e da desigualdade, podemos adotar a visão de Flavia Piovesan (2005, p. 48), que assevera que a discriminação significa sempre desigualdade, conforme se extrai do trecho abaixo:

Vale dizer, a discriminação significa toda “distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

[...]

A discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes, e como diferentes em situações iguais.” (PIOVESAN, 2005, p.48).

⁵² Estudo Sociojurídico Relativo à Implantação de Políticas de Ação Afirmativa e seus Mecanismos para Negros no Brasil: aspectos legislativos, doutrinário, jurisprudencial e comparado. Disponível em: http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=18587. Acesso em setembro de 2023.

Não restam dúvidas que igualdade e discriminação transitam no âmbito do binômio inclusão/exclusão. Assim, enquanto a igualdade presume formas para inclusão social, a discriminação, ao contrário, se traduz em violenta exclusão. E é nesse arcabouço que as políticas de ação afirmativas são instrumentos indispensáveis para promoção da inclusão social a que se pretende a igualdade, já que não basta a mera proibição da exclusão (políticas antidiscriminatórias), quando o que se pretende é ir além, isto é, é buscar garantir a efetiva inclusão social desses grupos. (PIOVESAN, 2008, p. 890)

Sob esse contexto, pode se afirmar que ação afirmativa se diferencia das políticas antidiscriminatórias punitivas por atuar em favor de coletividades e de grupos excluídos e discriminados. A diferença fundamental é que as políticas antidiscriminatórias punitivas se preocupam em coibir comportamentos e práticas que promovem discriminação, sem, contudo, promover efetivamente esses grupos e indivíduos, como faz a ação afirmativa.

Justifica-se a adoção de medidas de ação afirmativa, nas palavras do jurista Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 136), o argumento que esse tipo de política estaria apta a alcançar uma gama de objetivos que não seriam geralmente atingidas caso a estratégia fosse exclusivamente por meio de regras proibitivas de discriminação, ou seja, não basta coibir, é indispensável promover a observância de princípios da diversidade e do pluralismo para a mudança de comportamento e mentalidade da sociedade.

A diferenciação que se estabelece entre a igualdade material e a igualdade formal será detalhada em tópico específico, tal distinção conceitual é fundamental para o debate que se produz em torno das ações afirmativas, isso porque a sociedade contemporânea é desigual e a superação das assimetrias e discriminações produzidas historicamente, dependem de ações destinadas a promoção de direitos, assegurando as mesmas condições de desenvolvimento para grupos que não “partem do mesmo ponto” na disputa pelos recursos da sociedade. (SILVA FILHO, 2013)

Daí que se pode inferir que a *“ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica.”* (GOMES, 2001, p. 135).

Noutras palavras, assim sintetiza Carmén Lúcia Rocha (1996, p. 295):

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado,

porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação.

Em relação ao enquadramento do que se trata a bonificação regional, resta evidente a natureza de ser uma política pública de ação afirmativa, considerando seus objetivos e mecanismos de promoção de igualdade de acesso à educação e potencialmente à saúde, considerando o bem coletivo.

3.2 A autonomia universitária em jogo: a implementação de políticas de ação afirmativa por ato administrativo próprio das Universidades.

Ao longo do tempo, muito tem sido os debates sobre a autonomia universitária, seus alcances e limitações. As controvérsias sobre a sua amplitude geralmente recaem para a análise do judiciário, que atuam no controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não obstante os debates acirrados que o tema possa suscitar é de se destacar que a autonomia universitária é garantia consagrada constitucionalmente⁵³, descrita no art. 207, da

⁵³ A autonomia universitária ganhou o status constitucional com a promulgação da CF/88. Antes disso, porém, em 1931, na Era Vargas, a “autonomia universitária” foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro na denominada “Reforma Francisco Campos”, primeira reforma educacional nacional, implementada por meio do Decreto nº. 19.851/1931, dispondo em seu art. 9º que: *“As universidades gozarão de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, didática e disciplinar, nos limites estabelecidos pelo presente decreto, sem prejuízo da personalidade jurídica que tenha ou possa ser atribuída pelos estatutos universitários a cada um dos institutos componentes da universidade.*

Paragrapho unico. Nas universidades officiaes, federaes ou estaduaes, quaesquer modificações que interessem fundamentalmente á organização administrativa ou didactica dos institutos universitarios, só poderão ser effectivadas mediante sanção dos respectivos governos, ouvido o Conselho Nacional de Educação.” (grifo nosso).

A pretensa autonomia concedida pelo decreto é limitada pelo próprio ato normativo, como o exemplo do parágrafo único, do art. 9º, considerando a exigência de sanção dos respectivos governos, após a oitiva do Conselho Nacional de Educação. Assim, qualquer questão referente à organização didática e administrativa deveria ser submetida à concordância do Governo Federal. Nota-se, em verdade, que a autonomia tratada era bastante relativa. Após duas décadas, a autonomia universitária volta a ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei nº. 4.024/1961, que fixava as diretrizes e bases da Educação Nacional, incluindo o art. 80 que disciplinava: *“As Universidades gozarão de autonomia didática administrativa, financeira e disciplinar, que será exercida na forma de seus estatutos.”* Embora positivada em lei ordinária, a autonomia universitária ainda sofria problemas de efetividade, em função de forte controle e de restrições impostas na própria legislação e outros dispositivos e pelas competências do Conselho Federal de Educação, conforme se observa no art. 84 que dispõe: *“O Conselho Federal de Educação, após inquérito administrativo, poderá suspender, por tempo determinado, a autonomia de qualquer universidade, oficial ou particular, por motivo de infringência desta lei ou dos próprios estatutos, chamando a si as atribuições do Conselho Universitário e nomeando um reitor pro*

Constituição Federal de 1988, que estabelece que “*as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*” (BRASIL, 1988).

Além do disposto no *caput* do artigo, inserido quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº. 11⁵⁴, de 30/04/1996, acresceu ao texto original, dois parágrafos: o primeiro tratando sobre a possibilidade de admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros e o segundo estendendo a autonomia concedida constitucionalmente às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

A despeito da complexidade do tema, Ferraz celebra a inserção da autonomia universitária em nosso sistema jurídico-constitucional mencionando que a autonomia é reconhecida em todo o mundo e necessária para que as universidades possam cumprir sua missão, citando Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵ quando assevera que “*As universidades, notoriamente, são das mais antigas instituições em que se expressou um sentimento autônomo e de auto-organização. Não há descentralização de atividade especializada alguma que tenha tão forte e vetusta tradição. Em rigor, ela é tão antiga que precede à própria noção de Estado.*” (FERRAZ, 1998, p. 121).

Reconhecida a importância da autonomia universitária inserida na Carta Magna, Nina Ranieri (2013, p. 10) ainda acredita não ser tarefa fácil para uma universidade, seja pública ou privada, exercer sua autonomia no sistema educacional brasileiro, diante do peso e das dimensões da intervenção e do controle estatal na educação superior, que fazem com que a previsão constante no art. 207, mostre-se parcialmente desprovida de efetividade.

tempore”. Em 1968, durante o período de regime militar, a Lei nº. 5.540/1968, conhecida como Lei da Reforma Universitária, estabeleceu as normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média. Nela, o art. 1º estabeleceu que: “*As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.*” No entanto, também estabeleceu controle como se observa no seu art. 5º, que disciplinou: “*A organização e o funcionamento das universidades serão disciplinados em estatutos e em regimentos das unidades que as constituem, os quais serão submetidos à aprovação do Conselho de Educação competente.*” Essa situação evolui quando da ascensão da autonomia universitária à status constitucional. (CAVALIERI, 2023, ebook).

⁵⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc11.htm. Acesso em: setembro de 2024.

⁵⁵ A propósito, Ferraz (1998) menciona anotação constante no texto de Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Universidades Oficiais: Natureza – Regime e Estrutura* cabíveis, RDP, Jan/Mar, 1985, em que cita o jurista e professor baiano Lafayette Pondé, que expôs a tradição da universidade ao explicitar que “*A noção de Estado, como fonte centralizada e soberana de poder e da ordenação jurídica, não surge senão no século XVI. O termo 'Estado' vem de Maquiavel. Na França, por exemplo, ele somente se fixa ao tempo de Luís XIII - 'Le mot État triomphe au debut du XVII siècle, à l'époque de Louis XIII et de Richilieu' - e a Universidade de Paris já era velha de quatro séculos, e a de Bolonha vinha de 1158, a da Alemanha de 1348, a de Lisboa de 1290.*”

Especificamente em relação às universidades federais, Ranieri (2018, p.948) é ainda mais enfática, tendo em vista serem financiadas majoritariamente com recursos do Tesouro Nacional e algumas fontes alternativas (convênios, financiamento de pesquisas), aponta que após trinta anos de autonomia constitucional, o art. 207 não se mostrou tão efetivo para essas universidades, que enfrentam problemas diversos de natureza administrativa e financeira, como contingenciamento de despesas, além do peso da burocracia estatal e das restrições do regime de direito público que são fatores limitantes para a autonomia.

De modo geral, a par das complexidades que envolvem a autonomia universitária no contexto de sua aplicabilidade e alcance, é relevante ressaltar que a autonomia universitária é ampla ao abordar que as universidades gozam de autonomia didático-científica⁵⁶, administrativa⁵⁷ e de gestão financeira e patrimonial⁵⁸, sendo tal prerrogativa posteriormente ressaltada com o advento da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº. 9.394/1996⁵⁹, também conhecida como Lei Darcy Ribeiro.

Em se tratando da mencionada lei, a considerar que o art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, sendo esta, portanto, o eixo jurídico da organização do ensino no país, é fundamental apontar que ainda que ela elenque as prerrogativas da autonomia constitucional, o faz a título exemplificativo e não exaustivo.

⁵⁶ Autonomia didática consiste no reconhecimento da competência das universidades para que definam a relevância do conhecimento a ser transmitido, assim como sua forma de transmissão. Decorre logicamente deste pressuposto a capacidade de organizar o ensino; a criação, modificação e a extinção de cursos; definição de currículos e suas organizações; o estabelecimento de critérios e normas de seleção e admissão de seus estudantes; a determinação da oferta de vagas em seus cursos; o estabelecimento de normas e critérios de avaliação, a outorga de títulos, dentre outros. (RANIERI, 2013, p. 147). Autonomia científica consiste na liberdade do conhecimento ou com a chamada liberdade acadêmica, que é a liberdade de pesquisar e de estabelecer metas científicas, definir quais problemas são relevantes para serem investigados, julgar os resultados da investigação por parâmetros internos ou processo de conhecimento. (RANIERI, 2013, p. 160).

⁵⁷ Autonomia administrativa é instrumento decorrente da autonomia didático-científica e pressuposto da autonomia de gestão financeira e patrimonial, consistindo no direito de elaborar normas próprias de organização interna, em matéria didático-científica, de administração de recursos humanos e materiais, isto é, competência para legislar sobre o que lhe é próprio com vistas a consecução de seus objetivos institucionais, com liberdade para se organizar internamente. (RANIERI, 2013, p. 162-163)

⁵⁸ A autonomia financeira e patrimonial consiste basicamente no ato de gerir os recursos públicos (financeiros e materiais) que são postos à sua disposição, o que implica na capacidade de elaborar, executar e reestruturar orçamentos, constituir patrimônio e dele dispor. Isto é, uma vez repassados os recursos públicos às universidades, considerando que é dever do Estado promover e incentivar a educação (art. 205, CF/88), o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218, CF/88), objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional (art. 3º, I, II, CF/88), são estes pelas universidades apropriados, de modo a assegurar o cumprimento de suas finalidades. (RANIERI, 2013, p. 172-173)

⁵⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm . Acesso em out. 2024.

Isso porque o “*conceito de autonomia universitária constitucional só pode ser extraído da própria Constituição Federal, única sede normativa de onde podem porvir suas limitações.*” Obviamente, que tais limitações serão extraídas da Constituição em todo o seu conjunto e não somente do próprio art. 207. Assim, a única atuação possível do legislador ordinário é regulamentar a autonomia universitária e nunca restringir o seu conteúdo. (ARAGÃO, 2020, p.7)

Nesses termos, Ferraz afirma que:

Da outorga da autonomia pelo constituinte originário na sede normativa da nossa Constituição Federal, uma primeira e indispensável conclusão deve ser registrada: em que pese ser o Brasil uma República Federativa, os contornos da autonomia-conteúdo, amplitude, limitações, ainda que alcancem entidades ou órgãos criados pelos entes federativos, por sua vez, autônomos - estão delimitados pela própria Constituição Federal; não podem as leis, federais, estaduais ou municipais, e nem mesmo as Constituições dos Estados-membros da Federação Brasileira, suprimir, alterar ou restringir o conteúdo autônômico fixado pelo texto da Lei Maior, seja para interpretá-lo, seja para lhe dar aplicação. (FERRAZ, 1998, p. 118)

Sendo assim, considerando que é a Constituição que confere autonomia às universidades, não devemos buscar nas leis infraconstitucionais o conteúdo da autonomia universitária. “*Existe uma distinção formal evidente entre a autonomia concedida pela Constituição e aquela que resulta da lei ordinária. Quando a autonomia for constitucional, é a própria Constituição — e não a lei! — que lhe traça os limites.* (BARROSO, 1993)”. (ARAGÃO, 2020, p. 15).

É evidente que a considerar o status constitucional que é conferido à autonomia universitária, todas as suas dimensões devem ser respeitadas tanto pelo legislador ordinário como também pelo Poder Executivo, devendo o Judiciário recompô-la se necessário. Isso não significa soberania, logicamente, a autonomia exercida pelas universidades não é ilimitada. As universidades públicas devem pautar suas ações pelos princípios e normas impostos pela Constituição a toda Administração Pública, não estando à parte do ordenamento jurídico constitucional. (ARAGÃO, 2020)

Em síntese, como conceito jurídico no direito público, é possível definir a autonomia universitária como poder de autonormação e autodeterminação, exercitável nos limites impostos pela Constituição, designando a possibilidade de direção própria consentida, não se tratando, porém, de liberdade absoluta, pois seu exercício, embora pleno, restringe-se a esferas específicas delimitadas pelo ordenamento que lhe deu causa, sem o qual ou fora do qual não existiria. (RANIERI, 2013)

A respeito dessas limitações, fica claro que as universidades possuem autonomia de acordo com a necessidade de cumprimento de sua missão institucional, conforme se extrai do excerto abaixo:

De fato, como as instituições públicas são criadas para desempenhar funções sociais específicas concernentes ao interesse geral da Nação, a autonomia de que venham a usufruir por delegação legal estará sempre vinculada à consecução daquelas funções sociais cujo cometimento, obrigatoriamente, deve otimizar. Esta é a finalidade instrumental da autonomia. Sua referência não é o benefício da própria instituição, mas o da sociedade. É sob esse prisma que se coloca a questão da autonomia universitária, atualmente garantida pela Constituição Federal do Brasil. (RANIERI, 2013, p. 37-38)

Assim, é de se concluir que a autonomia universitária não é um fim em si mesma, mas instrumento assecuratório dos fins da universidade.

Da mesma forma que a universidade não se sobrepõe à ordem soberana que rege o país, e que evidentemente sua autonomia se define e será exercida com fundamento na disciplina constitucional, também sua autonomia não será limitada e reduzida por lei ordinária, não dependendo de qualquer previsão de legislação hierarquicamente inferior para sua aplicabilidade. Assim, impõe-se registrar que onde não houver proibição, vedação ou limitação imposta na Constituição, há de se imperar o princípio autônomo. (FERRAZ, 1998)

Disso, podemos também extrair a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional abrigada no art. 207, da Constituição Federal. A natureza da norma constitucional que assegura o princípio da autonomia para as universidades pode ser definida como sendo auto-aplicável, na doutrina clássica, ou em norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, segundo classificação atribuída pelo jurista José Afonso da Silva. (FERRAZ, 1998, p. 122)

Assim, na concepção do doutrinador, as normas de eficácia plena são aquelas que, desde o momento em que a Constituição entra em vigor, produz, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte quis regular, ou seja, podem ser imediatamente aplicadas sem estar condicionada à lei, diferentemente dos casos das normas denominadas de eficácia contida ou de eficácia limitada, que dependem de normatividade ulterior para que lhes desenvolva a aplicabilidade. (MORAES, 2024, p.75)

Sob esse contexto, a autonomia universitária, quanto um princípio constitucional, desempenha importante papel interpretativo e integrativo de toda a ordem jurídica e deve ser interpretado em harmonia com os demais princípios, ao mesmo nível. De modo que, em algumas situações, a sua interpretação *“em conjunto com outras normas constitucionais não só pode, como deve levar à delimitação do seu conceito em termos restritivos. Contudo, a unidade da Constituição e o princípio da otimização dos princípios em ponderação, pelo qual nenhum dos princípios em jogo pode, salvo em casos extremos, perder toda a sua eficácia, impõe que, numa relação de duas vias, o contrário também possa se verificar”*. (ARAGÃO, 2020, p.8)

3.2.1 A ilegalidade e inconstitucionalidade da política de bonificação regional sob o fundamento da ausência de lei.

No capítulo anterior mencionamos algumas das decisões judiciais contrárias à constitucionalidade e legalidade do bônus regional. Dentre tantas decisões judiciais e os fundamentos que embasam essa compreensão, temos a de que a bonificação regional é ilegal em função de não ter sido implementada por lei, fato que a impregna de ilegalidade e, portanto, não obedecendo ao Princípio da Legalidade, inconstitucional.

Os fundamentos mais contundentes utilizados para essa tese formulada são a de que incluir política de discriminação por critério territorial, sem autorização legal, incorre em ato viciado, afrontando a Constituição Federal. Os julgadores dessas decisões argumentam que a Lei nº 12.711/2012, ao instituir o regime de cotas, estabeleceu critérios de reserva de vagas que devem ser observados para que o tratamento diferenciado seja concedido a determinados grupos de pessoas. Sob esse contexto, entendem que se dentre tais critérios, fosse a intenção do legislador beneficiar pessoas em razão dos locais em que estudaram, o teria feito naquele diploma legal. Assim, como não fizeram, qualquer previsão da Administração nesse sentido carece de amparo legal.

Ao se depararem com a tese da autonomia universitária, alguns asseveraram que a autonomia administrativa de que gozam as universidades não tem o condão de justificar a concessão da bonificação regional, tendo em vista que essa autonomia deve ser exercida em observância aos princípios e regras do ordenamento jurídico em vigor.

Observando especificamente decisões contrárias ao bônus regional implementado pela Ufac, estudo de caso desta pesquisa, o juízo decidiu que o bônus regional instituído por meio de resoluções baseadas no Decreto n.º 7.824/2012, além de ilegal é inconstitucional. Manifesta, inclusive a ilegalidade do citado decreto, por exorbitar em seu poder regulamentar, autorizando as Instituições de Ensino a criarem outras modalidades de políticas afirmativas, sem que isso esteja previsto na Lei n.º 12.711/12.

E vai além, afirmando que se o STF na controvérsia atinente a Lei Estadual n.º 2.894/2004, do Amazonas (RE 614.873/AM), que reservava 80% das vagas na Universidade Estadual para candidatos da região, julgou a lei inconstitucional, logo, concluiu que se nem mesmo lei estadual poderia instituir política com critério regional, menos ainda poderia vir de resoluções do Conselho Superior de uma Universidade, ato administrativo local. O julgador fundamenta com base na doutrina de José dos Santos Filho ao citar que: *“resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas.”* (Filho, José dos Santos C. Manual de Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (36th edição). Grupo GEN, 2022).

Diante disso, enfatizou o argumento de ser inviável o uso de resoluções para substituir a lei ou suprir lacuna legislativa, na forma feita pela UFAC, que instituiu um sistema de bonificação para corrigir desigualdade regional, sem previsão legal, pois inovou no ordenamento jurídico, dispondo de regras não previstas em lei.

Ora, quanto à questão da possibilidade de se estabelecer políticas afirmativas por ato próprio das universidades, no estrito exercício do princípio autônomo, o judiciário já se manifestou em algumas ocasiões pela possibilidade jurídica, de modo que os fundamentos consignados nas decisões judiciais que trazem esse fundamento não merecem ser recepcionados como válidos.

A despeito disso, tais atos decisórios ignoram manifestações já pacificadas de Cortes Superiores do Judiciário brasileiro, a exemplo do julgamento da constitucionalidade da Política de Cotas Étnico-Raciais – na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186 pelo STF, ocorrido em 2012.

Naquele emblemático julgamento, que tratava da política de cotas raciais implementada pela UnB, também já tratado no capítulo anterior, o Ministro Luiz Fux enfatizou a possibilidade jurídica da implementação de políticas afirmativas, no âmbito do exercício da autonomia universitária, assegurada constitucionalmente (art. 207, caput), confirmando que tais políticas podem ser implementadas por meio de atos próprios da instituição de ensino. Destacou também que essa competência normativa das universidades não impede que leis em sentido formal tratem de políticas inclusivas de ação afirmativa, fixando sua obrigatoriedade ou estabelecendo critérios para sua execução.

Todavia, asseverou categoricamente não existir qualquer reserva de Administração que interdicte a disciplina da matéria pelas casas legislativas, mas também que a instituição de sistemas de ação afirmativa prescinde de lei formal, encontrando na previsão constitucional da autonomia universitária (CRFB, 207, caput) a norma jurídica habilitadora da atuação administrativa do Estado.

No Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.254.118/RS⁶⁰, a 2ª Turma, entendeu que o ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado pelas normas jurídicas internas das universidades, de modo que a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais faz parte, ao menos – considerando o nosso ordenamento jurídico atual – da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular.

Não há que se falar em ilegalidade das normativas internas das universidades que tratem da implementação de políticas afirmativas para ingresso nos cursos de graduação, fundamentado na inexistência de lei ordinária. A inserção da autonomia universitária no plano constitucional concedeu garantias institucionais para as universidades, representado uma barreira contra o arbítrio e a invasão dos entes legislativos e do executivo.

Uma das consequências dessa inserção constitucional é a sua intangibilidade por normas de hierarquia inferior, sua dimensão fundamentadora, integrativa, diretiva e limitativa própria impõe dizer que é na própria Constituição Federal que se radica o fundamento do instituto, que é dela que se extrai sua força integrativa em todo o sistema federativo e suas limitações, não

⁶⁰ Recurso Especial 1.254.118/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, STJ, julgado em 16/08/2011, DJ 23/09/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221254118%22%29+ou+%28RESP+adj+%221254118%22%29.suce.&O=JT> . Acesso em dez. 2024.

sendo admitido que leis ordinárias sirvam para reduzir, diminuir, afetar, mesmo que indiretamente a autonomia universitária. (FERRAZ, 1998).

Dito isso, as decisões judiciais que se utilizam desse fundamento para declarar a ilegalidade das resoluções das universidades, parecem não considerar essa natureza da autonomia universitária.

Observem que ao concluir que com a edição da Lei n.º 12.711/12, não havendo previsão da bonificação regional prevista em seus dispositivos, deduz-se que a ausência reflete a falta de intenção do legislador em implementar políticas afirmativas dessa natureza, de modo que em não fazendo previsão expressa, carece de fundamentação legal a implementação por ato administrativo das universidades. Em síntese, o julgador entendeu que a referida lei ordinária ao não incluir outras formas de ações afirmativas, além das estabelecidas, reduziu e restringiu a autonomia universitária, impedindo que as universidades disciplinem e normatizem internamente outras ações de inclusão.

Em verdade, um grande equívoco. A lei poderia, como de fato fez, disciplinar ações afirmativas para que sejam observadas de forma abrangente pelo conjunto das universidades. Todavia, essa possibilidade não retira a permissão que a Constituição conferiu às universidades para se autodeterminarem, tampouco impede o exercício de autonormação, que são poderes da autonomia universitária.

A Lei n.º. 12.711/12 não tem o poder de impedir o exercício da autonomia das universidades para normatização e implementação de políticas afirmativas, atinentes a esfera de sua competência. É lógico, as políticas de acesso aos cursos das universidades e o estabelecimento de critérios e normas de seleção e admissão de seus estudantes é matéria de sua competência, estando no âmbito da autonomia didática. Assim, as universidades podem reger as normas de seleção de seus estudantes, independentemente de lei que autorize. Não se está a defender que tais normas internas não devam estar em harmonia com os demais princípios constitucionais, quanto a isso, em tópico específico examinaremos. No entanto, decisão judicial não pode declarar ilegalidade do ato administrativo que criou e implementou políticas afirmativas pelas universidades, por ausência de previsão legal anterior.

Ademais, no estudo de caso utilizado para a pesquisa, a política de bonificação regional, denominada Argumento de Inclusão Regional, implementada na Ufac, não tem seu alicerce em eventual autorização contida no Decreto n.º 7.824/2012, considerada também ilegal pelo juízo da ação judicial citada. Ainda que o decreto seja ilegal, e não faz parte do escopo desta pesquisa

avaliar isso, não há qualquer implicação para a universidade, tendo em vista que sua atuação é ancorada em dispositivo constitucional e não em mera norma regulamentadora. Por óbvio que, independentemente de autorização legal ou de normativa infralegal, a autonomia universitária está hierarquicamente acima de eventuais comandos que limitariam o exercício do princípio autônomo.

Registre-se, ainda, que contrariamente ao entendimento manifestado em algumas das decisões judiciais sobre ser inviável o uso de resoluções para implementar o sistema de bonificação regional, as resoluções são espécies de ato normativo, adotadas pelas universidades para a aprovação dos respectivos documentos regimentais e estatutários e para veicular decisões e editar normas do Conselho Universitário. Assim, tais diplomas normativos conformam-se com o princípio da legalidade, por consubstanciarem o exercício da autonomia universitária em atos de elaboração própria. Nesses termos é que é possível inferir que as resoluções como atos formais de normatização satisfazem, sob o aspecto formal e material, o princípio da legalidade. (FERRAZ, 1998)

3.3 Que igualdade? O Princípio da igualdade na esteira do debate.

Quando tratamos das ações afirmativas, uma questão crucial é falar sobre igualdade e o desafio de definir como esse princípio constitucional pode e deve ser interpretado à luz das políticas destinadas a promover as chamadas discriminações positivas. O princípio constitucional da igualdade é elemento essencial para análise do problema de pesquisa, por vezes utilizados para designar tanto a inconstitucionalidade da bonificação regional nas decisões judiciais quanto, do contrário, a sua constitucionalidade e legitimidade.

A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Pela leitura literal desse comando normativo, todos devem receber o mesmo tratamento perante a lei, sem qualquer discriminação.

As decisões judiciais que encaminham na direção da inconstitucionalidade da política de bonificação regional em função da violação ao princípio da igualdade, indicam que a política institui discriminação regional, promovendo preconceito de origem, vedada no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal e que institui preferência entre brasileiros, conduta proibida no art. 19, inciso III, também da Carta Magna.

Para que se possa aprofundar a análise do tema é preciso identificar qual a igualdade materializada no texto constitucional fazendo a vinculação com o que estamos estudando, verificando se o princípio isonômico foi violado em função da implementação da política, ora em exame, e se a ação afirmativa instituiu discriminação regional, quando implementada para os cursos de medicina das universidades públicas da região Norte do país.

De início, importa examinar o conceito de igualdade, especialmente quando relacionada aos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente assegurados. Sob esse contexto, duas noções do princípio da igualdade podem ser extraídas na interpretação desse importante princípio no Estado Democrático de Direito, a igualdade formal e a igualdade material ou substancial.

Na esteira do debate sobre a inconstitucionalidade da política afirmativa de bonificação regional, em função de eventual violação ao princípio da igualdade, o jurista e professor Joaquim Barbosa Gomes delineou ao constatar que:

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a idéia de “igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social. (GOMES, 2001, p.131).

Dentro desse cenário, a igualdade formal é entendida como sendo a que assegura a igualdade de todos perante a lei e a igualdade material a que prescreve ações estatais positivas, tendentes a extinguir ou mitigar os efeitos das desigualdades de fato, promovendo, assim, igualdade de oportunidades. Nesse sentido, tais finalidades se aproximam da dignidade da pessoa humana⁶¹, ao concretizar direitos fundamentais e sociais. A partir desse entendimento, a igualdade de oportunidades *“é um dos sentidos do princípio da igualdade e é sustentada como princípio de nivelção social e deve fundamentar a constitucionalidade e a*

⁶¹ Para Daniel Sarmiento (2016, p. 15): *“Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.”*

inconstitucionalidade das discriminações diante da ordem constitucional.” (MORAES, 2016, p. 24)

A Constituição Federal de 1988 comporta as duas perspectivas de igualdade aqui delineadas, a considerar como fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída como Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, especialmente, a cidadania e a dignidade humana, inseridas nos incisos II e III, respectivamente. Bem ainda, em conformidade com os objetivos fundamentais assinalados, em seu art. 3º, a saber: o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; o de garantir o desenvolvimento nacional; o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É de se enfatizar a dimensão de que o princípio de igualdade (isonomia) se encontra sustentado na dignidade da pessoa humana, tanto que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos, vedando discriminações arbitrárias, sem com isso conflitar com a identidade única e irrepetível de cada pessoa. (SARLET, 2015, p. 132)

De se ressaltar que a dignidade da pessoa humana possui *status* elevado e é lastreada nos pressupostos de que se constitui em um conceito valioso, cuja relevância na interpretação constitucional tem se expandido, sendo com certa frequência evocado nas fundamentações de decisões que envolvam casos complexos. Ainda que se reconheça esse valor atribuído à dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso (2016, p. 11-12) contextualiza que o conceito deve estar pautado de maior robustez no âmbito do discurso jurídico, já que por vezes funciona como mero ornamento retórico em decisões judiciais.

Para Edilson Pereira de Farias, a dignidade da pessoa humana “*assegura um minimum de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade*” (2008, p. 58), e defende, ainda, que esse princípio cumpre papel na arquitetura constitucional, sendo o valor que dá coerência ao conjunto de direitos fundamentais (2008, p. 63).

Especificamente em relação às políticas de ação afirmativa, a distinção no conceito de igualdade tem especial relevo, tendo em vista que a igualdade formal é insuficiente para permitir uma avaliação sobre a constitucionalidade de políticas que tendem a superar distorções sociais e situações de desigualdades de condições entre indivíduos. Apesar da igualdade formal impor a necessidade de se vedar tratamentos discriminatórios negativos por parte do Estado, a

igualdade material pressupõe a efetiva promoção de uma igualdade de condições, especialmente quando se verifica uma desigualdade massacrante e explícita.

Assim, é de se exigir uma postura proativa do Estado para superar a natureza abstrata da lei e da igualdade formal, e uma certa postura de “neutralidade”. A sociedade contemporânea é desigual por resultado de um processo histórico, manter a suposta “neutralidade” do Estado significa “tomar um lado”, fazer uma escolha, que necessariamente vai privilegiar determinados grupos. (SILVA FILHO, 2013, p. 21-22)

É insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, o sujeito de direito deve ser visto em suas peculiaridades e particularidades, de modo que determinados sujeitos de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada em face da própria vulnerabilidade. Assim, a diferença não mais seria utilizada para a destruição de direitos, mas, ao contrário, para a sua promoção. (PIOVESAN, 2008, p. 888)

Boaventura de Souza Santos (2014, ebook) ao tratar da tensão entre o reconhecimento da igualdade e o reconhecimento da diferença enfatiza que a luta pela igualdade não se deu somente contra a discriminação e a exclusão, mas também para colocar em debate os critérios dominantes de igualdade e diferença e os diferentes tipos de inclusão e exclusão que legitimam. Assim, acrescentou a formulação de que *“temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos trivializa”*. Daí, pode-se extrair a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza ou reproduza as desigualdades. É a partir desse entendimento, que múltiplas intervenções do Estado, na forma de ações afirmativas são implementadas.

Na visão da jurista Cármen Lúcia Rocha (1996) houve um grande avanço jurídico no princípio constitucional da igualdade, que passou de um conceito estático e negativo de condutas discriminatórias vedadas, em que apenas se coibia a desigualação jurídica, para um conceito dinâmico e positivo, por meio do qual se promove a igualação jurídica. Isso significa dizer que o princípio constitucional da igualdade deixou de ser um dever social negativo, tornando-se uma obrigação política positiva, que podem ser expressadas pelas ações afirmativas. Logicamente, não se pretende ver *“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”*. (1996, p. 286)

A simples vedação a tratamentos discriminatórios, fundamental para impedir e reprimir atitudes em descompasso com os princípios da dignidade da pessoa humana, não é suficiente para possibilitar a igualdade jurídica, de modo que promover a igualação e alcançar a efetiva igualdade jurídica é indispensável para a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

A igualdade, nos ensinamentos do professor Vladimir Safatle (2022), não tem seu sentido vinculado a qualquer forma de imposição de homogeneidades, como se não fosse possível o reconhecimento efetivo da diferença em sociedades igualitárias. Ao contrário, é justamente nessas sociedades em que diferenças e singularidades são possíveis, já que igualdade significaria ausência de hierarquia⁶² e sujeição. Essa compreensão é relevante porque o inverso dessa lógica é exatamente desigualdade, ou seja, onde existe hierarquia e sujeição, o que está abaixo é sempre menos valorizado, já que a hierarquia impõe níveis de valores para se ter poder.

Acrescenta também que em um país como Brasil, em que há profundas desigualdades regionais, motivadas pela concentração de seu desenvolvimento industrial e de sua política tributária, há grande necessidade de conjuntos específicos de políticas de desenvolvimento regional, de modo a promover a igualdade.

3.3.1 A igualdade nos casos de políticas afirmativas, na perspectiva de Ronald Dworkin.

No contexto do surgimento das políticas de ação afirmativa, a experiência dos Estados Unidos⁶³ é bastante relevante, de modo que as contribuições do jurista e filósofo Ronald

⁶² O autor explica que a crítica que faz à hierarquia não significa o desconhecimento da existência de relações sociais baseadas em autoridade e poder, mas significa simplesmente que tais relações de autoridade e poder podem circular em várias direções, que são reversíveis e dinâmicas. Isto é, em uma sociedade não hierarquizada, as relações de poder não se transformam em relações de dominação (sujeição da vontade de um sujeito à vontade de outro) (SAFATLE, 2022)

⁶³ O primeiro registro do termo “ação afirmativa” encontra-se na legislação trabalhista norte-americana de 1935, que prescreveu que se sindicalistas ou trabalhadores sindicalizados fossem discriminados por um empregador, ele teria que cessar de discriminar como também, tomar ações afirmativas para restituir as vítimas à posição que ocupariam caso não tivessem sido discriminadas. No entanto, leis e discursos proferidos por autoridades públicas em resposta ao Movimento dos Direitos Civis nos Estados Unidos a partir da década de 1950 ampliaram o sentido da expressão. A Ordem Executiva 10925 promulgada pelo presidente John F. Kennedy em 1961 redefiniu a ação afirmativa, ampliando seu escopo de reparação a uma vítima de tratamento discriminatório para medidas de prevenção à discriminação. Ademais, a definiu como uma ferramenta de justiça distributiva aplicável não apenas a um indivíduo, mas também a uma coletividade. Kennedy, além de criar o Comitê para a Igualdade de Oportunidades no Emprego, determinou que projetos financiados com recursos federais deveriam incluir ações afirmativas para evitar discriminações nas contratações e promoções no emprego. O presidente Lyndon Johnson, através do Civil Rights Act de 1964 e da Ordem Executiva 11.246 de 1965, estabeleceu metas de inclusão de minorias e definiu a ação afirmativa como um tipo de política que ultrapassava

Dworkin para trabalhar a teoria de base relativa à questão central dessa pesquisa é de grande importância.

Destaca-se, inicialmente, que com a constitucionalização dos princípios, com o processo de redemocratização no Brasil, além de se reconhecer a sua normatividade, tem-se a compreensão que esses princípios possuem hegemonia normativa sobre as regras, a partir da definição e distinção entre regras e princípios, que serão abordadas em tópico específico, sobretudo quando da análise crítica das decisões judiciais que sustentam os princípios como responsáveis por definirem a inconstitucionalidade da política afirmativa.

Diante disso, é importante avaliarmos alguns casos de grande repercussão submetidos à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir da análise crítica elaborada por Dworkin, dentre eles, o caso conhecido como *Bakke versus* Universidade da Califórnia, em 1978.

Naquele caso emblemático, a escola de medicina da Universidade da Califórnia em Davis admitia estudante negros e de outras minorias por meio de um programa de ação afirmativa que reservava dezesseis vagas para candidatos pertencentes a grupos de minorias, em desvantagens educacionais e econômicas. Allan *Bakke*, candidato branco concorreu às demais vagas, não obtendo êxito na admissão. No entanto, a Universidade de Califórnia não garantiu que *Bakke* não teria sido admitido se não houvesse a política de ação afirmativa. Diante do cenário, *Bakke* ajuizou ação alegando que a política implementada o privou de seus direitos constitucionais.

O resultado do julgamento no Supremo Tribunal da Califórnia foi favorável à *Bakke*, ordenando a sua admissão na escola de medicina, o que gerou recurso à Suprema Corte Americana.

Dworkin ao analisar a decisão e as alegações apresentadas por *Bakke*, reconhece que a questão constitucional abordada é de elevada importância para a educação superior, uma vez que o que se pretende estabelecer é a inconstitucionalidade das políticas por violarem direitos constitucionais individuais, o que lhe parece um equívoco.

o marco legal dos direitos civis, garantidores da igualdade formal entre os cidadãos, abrangendo também a ideia de igualdade substantiva, ou seja, a produção de uma igualdade de fato e não apenas de direito. Em 1969, sob a presidência de Richard Nixon, o governo aprovou a mais abrangente lei sobre ação afirmativa no país. A Ordem da Filadélfia objetivou combater práticas discriminatórias no setor de construção e exigiu de empreiteiros contratados pelo governo federal que adotassem providências para contratar membros de minorias raciais e comprovassem ou cumprimento desse objetivo. Disponível em: <https://gema.iesp.uerj.br/estados-unidos/>. Acesso em: dez. 2024.

A crença de que *Bakke* tem um direito constitucional capaz de reduzir e anular os objetivos da ação afirmativa tem bastante proximidade com os argumentos tratados no caso a ser pesquisado da bonificação regional. É fato que a compreensão de que as instituições de ensino devem observar exclusivamente o princípio da meritocracia, por meio de avaliações aplicáveis a todos os interessados nas vagas, pode soar arbitrário, quando se reconhece grupos excluídos desse processo, em virtude das desigualdades consolidadas ao longo do tempo.

O dilema em disputa judicial envolve muitas questões difíceis, é claro! No entanto, Dworkin nos impõe a reflexão de que:

Se as políticas de admissão conscientes da raça agora oferecem a única esperança substancial de introduzir mais médicos negros e de outras minorias na profissão, será uma grande perda as escolas médicas não terem permissão para empreender tais programas voluntariamente. Estaríamos renunciando a uma chance de combater certa injustiça presente para obter proteção, da qual talvez não precisemos, contra abusos especulativos que temos outros meios de evitar. E tais abusos não podem, de qualquer modo, ser piores que a injustiça à qual nós estaríamos rendendo. (DWORKIN, 2019, p. 450)

E na avaliação realizada pelo filósofo, há compreensão de que naturalmente aqueles que buscam o judiciário contra tais políticas afirmativas ficam desapontados e frustrados por não acessarem às vagas, isso porque “*as vagas em escolas de medicina são recursos escassos que devem ser usados para oferecer à sociedade aquilo que ela mais necessita*”. (DWORKIN, 2019, p. 451).

No recurso levado à Suprema Corte Americana, a decisão foi de confirmar a ordem do Supremo Tribunal da Califórnia, no tocante a manter a admissão de *Bakke* na escola de medicina. No entanto, revogou a proibição de que não seria possível considerar a raça sob quaisquer aspectos nos processos de admissão.

É de extrema importância que a Suprema Corte Americana tenha rejeitado a tese do Supremo Tribunal da Califórnia de que programas de admissão que considerem a raça são sempre inconstitucionais, porém a decisão não foi unânime.

Destaca-se a atuação do juiz Powell, que mereceu de Dworkin (2019, p. 455-468), uma análise mais detalhada quanto aos fundamentos apresentados. Em síntese, o juiz Powell

entendeu que o caso de *Bakke* deveria ser decidido com base na Constituição e sustentou que a cláusula de igualdade perante a lei proíbe cotas rígidas explícitas ou vagas reservadas, a menos que a escola pudesse demonstrar que essas medidas seriam necessárias para efetivar objetivos de imperiosa importância.

Nesse caso, entendeu que o programa de admissão de Davis, que reserva uma quantidade de lugares apenas para membros de minoria em função da raça não havia atendido ao ônus dessa prova. No entanto, em sua decisão, sustentou que as universidades poderiam sim levar a raça em consideração explicitamente, somente como um dentre outros vários fatores, para conseguir a diversidade racial, e exemplifica o modelo de Harvard, em que estabelece um plano flexível, não se reservando um quantitativo exato de aceitação de minorias a serem alcançados. Daí, em Harvard, o que se reconhece é um corpo estudantil diversificado, tanto pela raça quanto pela diversidade geográfica ou outras tantas diversidades possíveis, tais como talentos extracurriculares.

Quanto a isso, Powell rejeitou que faculdades tenham o propósito de auxiliar determinados grupos vítimas de discriminação social, argumentando que não se deve buscar tal objetivo impondo classificações que causem desvantagens a outros, que evidentemente não possuem qualquer responsabilidade pela discriminação histórica e anterior.

Assim, segundo o juiz, a constitucionalidade de um plano de ação afirmativa depende, além de sua estrutura, também de seu propósito. Não ficando muito evidente como os tribunais deveriam decidir sobre qual o propósito de um programa de admissão com consciência de raça.

Muito embora Powell não tenha logrado êxito na formulação de sua tese, recebeu às críticas de Dworkin, que considerou sua base argumentativa fraca para uma solução constitucional pautada em fundamentos sólidos. Assim, declarando o filósofo:

Levanto essas objeções à opinião de Powell não apenas porque discordo de seus argumentos, mas porque acredito que a solução conciliatória que elaborou, embora imediatamente popular, pode não ser bastante forte, em princípio, para fornecer a base para um direito constitucional coerente e duradouro da ação afirmativa. (DWORKIN, 2019, p. 468).

Dworkin estava correto ao manifestar suas preocupações quando da análise da base argumentativa para a solução apresentada pelo juiz Powell. Em sua obra “Virtude Soberana”, o jurista ressaltou que há mais de trinta anos as melhores universidades e faculdades dos EUA vinham utilizando diretrizes de admissão considerando critérios de raça, no intuito de aumentar o quantitativo de alunos negros, hispânico, indígenas e de outras minorias. No entanto, autores

e políticos conservadores atacavam a política afirmativa desde o início, de modo que a ação afirmativa de fato corria riscos.

A direção da Universidade da Califórnia, em 1995, declarou que não mais poderia contemplar critérios de raça nas suas admissões⁶⁴, e, em 1996, eleitores da Califórnia aprovaram o Projeto 209, que confirmava e ampliava tal decisão, estabelecendo que nenhuma instituição do estado poderia discriminar nem oferecer tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo com base em raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade no serviço público, na educação pública ou contratações públicas. (DWORKIN, 2011, p. 543).

Um segundo perigo à política afirmativa ocorreu em 1996, no caso *Hopwood versus Texas*, quando o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação declarou a inconstitucionalidade do programa de admissões da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, sendo que dois juízes dentre os três que constituíram a maioria nesse processo declararam que a decisão no caso de *Bakke* fora anulado, por decisões mais recentes da Suprema Corte Americana, de modo que entendiam que as universidades não mais poderiam utilizar classificações raciais nos seus processos de admissões. (DWORKIN, 2011, p. 545). Ressalta-se, no entanto, que dentre os cinco juízes que julgaram o processo, somente dois declararam que o caso *Bakke* fora cancelado.⁶⁵

A Suprema Corte recusou-se a alterar a decisão do Quinto Tribunal Itinerante, de modo que criou uma instabilidade com relação a questão da política afirmativa, que mais cedo ou mais tarde, Dworkin acreditava que a Suprema Corte deveria analisar.⁶⁶

⁶⁴ Dworkin afirma que os efeitos dessa decisão da direção foram imediatos e desastrosos, na opinião de muitos professores da universidade. A Faculdade de Direito Boalt Hall, em Berkeley, faculdade pública, recebera uma média de 24 alunos negros por ano nos últimos 28 anos anteriores a essa decisão. No entanto, em 1997, recebeu somente um aluno e ele fora admitido no ano anterior. (2011, p. 544)

⁶⁵ As consequências nesse caso foram impressionantes, pois apesar da Faculdade de Direito do Texas ter conseguido matricular 31 alunos negros em 1996, só admitiu quatro alunos no ano seguinte. E na sequência, o Centro dos Direitos Individuais abriu processo semelhante em Michigan, argumentando ser inconstitucional o programa de admissões da Universidade de Michigan. (DWORKIN, 2011, p. 545)

⁶⁶ Em junho de 2023, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que as ações afirmativas das universidades de Harvard e da Carolina do Norte são inconstitucionais, por seis votos a três. Com isso, as universidades americanas ficam proibidas de usar critérios raciais no processo de admissão dos estudantes. O presidente da Corte, John Roberts. Jr, que votou pela inconstitucionalidade, argumentou que os alunos devem ser tratados com base nas suas experiências enquanto indivíduos e não com base na sua raça. "*Ambos os programas [de seleção das universidades] não têm objetivos suficientemente específicos e mensuráveis que justifiquem o uso da raça e inevitavelmente usam critérios raciais de forma negativa*", escreveu o juiz. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/eua-suprema-corte-determina-fim-das-aco-es-afirmativas-em-universidades>. Acesso em: dez. 2024.

Em 2003, outro caso tratado pela Suprema Corte foi *Grutter versus Bollinger*, quando a Faculdade de Direito da Universidade de Michigan negou admissão a Barbara Grutter⁶⁷. Na ocasião ela ingressou com a ação alegando ser vítima de discriminação com base na raça, em violação à cláusula da igual proteção. Os juízes decidiram que a consideração da raça, caso a caso, era uma prática que não violava a Constituição. Assim, a política de ação afirmativa da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan foi julgada conforme à Constituição. A decisão confirmou amplamente o que foi decidido pela Corte no caso *Bakke*, que permitiu que a raça fosse uma consideração na política de admissão, mas considerou que as cotas eram inconstitucionais.

Os motivos para os ataques políticos e jurídicos à ação afirmativa se concentravam na ideia de que a admissão considerando critérios raciais baixava os padrões educacionais, tendo em vista que esses alunos não estariam qualificados para se beneficiarem da formação que receberiam, exacerbando, portanto, a tensão racial⁶⁸.

As políticas de ação afirmativa para ingresso em universidades tendem a provocar a ideia de insuficiência de qualificação educacional dos estudantes beneficiados para a formação em nível superior, comparativamente aos alunos melhores posicionados em exames de seleção que levam em consideração exclusivamente a disputa de mérito.

Entretanto, deve-se questionar se a ação afirmativa viola de fato o direito de candidatos serem julgados com bases nas suas qualificações individuais e o que deveria ser definido como qualificação nesse contexto? Dworkin ao responder esses questionamentos enfatiza que em competições de beleza a qualificação é uma qualidade física, enquanto em programas de perguntas e respostas, a qualificação é uma qualidade intelectual. O vencedor da disputa será o

⁶⁷ Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Grutter_v._Bollinger. Acesso em: dez. 2024.

⁶⁸ Foi oportuna a publicação do primeiro exame abrangente e estatístico das consequências reais dos 30 anos de ação afirmativa nas universidades dos Estados Unidos, de William Bowen e Derek Bok, *The Shape of the River* (A forma do Rio). Nele, os autores analisam uma imensa base de dados de histórico escolares, sobre os mais de 80.000 graduados que se matricularam em 28 faculdades e universidades seletas em 1951, 1976 e 1989. O estudo tem limitações, reconhecidas pelos seus autores, no entanto, nenhuma dessas limitações prejudica a força das conclusões do estudo, e muitas delas, inclusive, contradizem premissas e declarações que se tornaram matéria-prima do debate sobre a ação afirmativa na atualidade. (DWORKIN, 2011, p. 546-548). A exemplo disso, observou-se que, diferentemente do que alguns negros afirmam se sentirem insultados ou constrangidos pela política de ação afirmativa e que tal política destrói ou envenena a imagem dos negros, ofendendo-os por precisarem de favores especiais, a maioria esmagadora dos negros entrevistados no estudo enaltecem políticas sensíveis à raça e acreditam que as universidades agora dão mais importância à diversidade racial e confirmam que a ação afirmativa foi boa pra eles. Além desse exemplo, o estudo demonstrou com base em suposições plausíveis que se fossem utilizados padrões de neutralidade racial, nas universidades, as admissões teriam diminuído entre 50 e 75 por cento o número de negros. (DWORKIN, 2011, p. 564-565).

mais bonito e no outro o que acertar mais perguntas. De fato, essas competições diferem sobre o acesso às vagas em universidades, pois nesse caso, as competições se baseiam em questões de possibilidades futuras e não de realizações passadas ou de dotes naturais. (2011, p. 569)

Sob esse contexto, os responsáveis pelas admissões em universidades não devem dispor das vagas como prêmios por realizações ou trabalhos passados, tampouco como premiação por talentos, seu papel deverá ser o de selecionar um corpo discente, que, no todo, possa dar maior contribuição possível para as metas legítimas que a instituição estabeleceu. É de se reconhecer que as vagas na educação superior é um recurso bastante valioso e escasso e, mesmo que esteja disponível para poucos, não se pode esquecer que é custeada por toda a comunidade e, portanto, as universidades devem, considerando suas responsabilidades públicas, escolher metas que beneficiem uma comunidade muito mais ampla do que somente seus próprios corpos discente e docente. (DWORKIN, 2011, p. 569).

Ressalta-se que tais metas não se restringem às áreas econômicas, sociais ou políticas, somente, devendo se estender para contribuir para a ciência, às artes e à filosofia, de modo que as universidades devem selecionar alunos e professores imbuídos também dessas metas. Cada instituição, a par de sua liberdade acadêmica, está livre para definir suas metas, dentro de limites amplos, bem como de definir estratégias acadêmicas, inclusive de admissão, que acredite serem mais apropriadas para o alcance das metas. Assim, os responsáveis pelas admissões deverão selecionar os candidatos que contribuirão para uma ou mais metas da instituição, analisando todos os indicadores que sejam importantes, não se restringindo estritamente a qualificações acadêmicas. (DWORKIN, 2011, p. 570-571).

Não se pode perder de vista que as instituições devem atuar para ajudar a melhorar a vida da comunidade como um todo, não só protegendo e aprimorando sua cultura e sua ciência, mas também outras áreas como a medicina, a agricultura, dentre outras, contribuindo a tornar a vida coletiva mais justa e harmoniosa. Nesse entendimento, o aluno somente terá direito à vaga de acordo com a probabilidade de contribuição que cada um, combinado com os demais selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas legitimamente definidas pela instituição. (2011, p. 572)

Dworkin defendeu que não há transgressão à cláusula da igual proteção, a política afirmativa que considera o fator raça nas admissões nas universidades, porque embora tais decisões possam beneficiar alguns e prejudicar outros, elas devem privilegiar o interesse geral da comunidade e entende que seria um erro proibir tal política agora, quando estatísticas e

análises abrangentes demonstraram seu valor, exceto se houver um estudo maior e mais pormenorizado refutando os benefícios da política afirmativa universitária.

Michael Sandel (2021) tratando da ação afirmativa menciona as objeções que os críticos ao argumento da diversidade apresentam, que são basicamente de dois tipos: o de ordem prática, em que questionam a eficiência das diretrizes de ação afirmativa, acreditando que é provável que a política não atinja seus objetivos de redução dos preconceitos e das desigualdades, mas que acabe resultando em mais problemas do que benefícios, como o de intensificar as tensões raciais; e aponta a objeção de ordem ideológica, que acredita ser injusta utilizar a raça ou etnia como fator para serem considerados nas admissões, por violar direitos de candidatos que são preteridos na competição.

Quanto à essa objeção, Sandel (2021) menciona a posição manifestada por Dworkin, que contra-argumenta que o uso da raça como critério não viola nenhum direito individual e assevera que assim como o fator raça não está no controle dos candidatos, o que pode motivar o senso de ser uma injustiça o uso desse critério, tantos outros critérios tradicionais de admissão à universidade envolve fatores que os indivíduos também não podem controlar. É provável que esses indivíduos acreditem que têm o direito ser avaliados exclusivamente por critérios acadêmicos, ou seja, considerando a própria pontuação nos testes de admissão. Se essa avaliação os colocarem em posição de serem selecionados, então são merecedores de serem admitidos.

No entanto, conforme observação de Dworkin, esse direito não existe, tendo em vista que as universidades definem suas missões de várias formas. Sob esse contexto, nenhum candidato tem o direito de exigir que a universidade defina sua missão e planeje sua política de admissão de maneira a valorizar determinado conjunto de qualidades acima de outras (seja aptidão acadêmica, aptidão atlética ou outra). Em verdade, a partir do momento que a universidade define sua missão e seus padrões de admissão, os indivíduos terão o direito legítimo de serem admitidos na medida em que preencham esses padrões em melhores condições do que seus concorrentes. (SANDEL, 2021, ebook)

Em outras palavras, ninguém tem o direito de ser avaliado segundo qualquer conjunto particular de critérios que não os da universidade, conforme Sandel esclarece:

A admissão não é uma honraria destinada a premiar o mérito ou a virtude superiores. Nem o aluno com a mais altas notas nos testes nem aquele que vem de uma minoria merecem moralmente

ser admitidos por esses motivos. A admissão é aceitável na medida em que contribui para o propósito social ao qual a universidade serve, e não porque recompense o aluno por seu mérito ou sua virtude, considerados de forma independente. (SANDEL, 2021, ebook)

Diante disso, é possível que algumas pessoas indaguem sobre a possibilidade de as universidades estabelecerem quaisquer critérios de admissão a depender da definição de suas missões, inclusive critérios de exclusão racistas. Quanto a esse ponto, Dworkin responde que a exclusão racial da era segregacionista se baseava na ideia de ódio e desprezo, ou seja, utilizava-se a raça como símbolo de inferioridade, acreditando que uma raça poderia ser mais digna do que outra, enquanto a ação afirmativa não expressa tal preconceito, manifesta que os propósitos educacionais serão melhores desenvolvidos a partir da diversidade racial e étnica em salas de aula.

Assim, nas ações afirmativas, por mais que candidatos sejam preteridos em função do critério da raça e sintam-se insatisfeitos, não poderão alegar que isso tenha sido como expressão de ódio ou desprezo. (SANDEL, 2021, ebook)

3.3.2 O conteúdo jurídico da igualdade – quando é permitido se estabelecer discriminações?

O jurista Celso Bandeira de Mello ao formular uma teoria sobre conteúdo jurídico do princípio da igualdade e seu alcance conforme positivado no ordenamento jurídico brasileiro destaca a excessiva generalidade desse enunciado e esclarece que é insuficiente para sua elucidação a notória afirmação de Aristóteles, que estabelece que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Isso porque muito embora se reconheça a sua procedência e validade, prospera um abismo de incertezas quando se indaga: Quem são os iguais e quem são os desiguais?

A inquietação provocada quanto à formulação do questionamento se desdobra em alguns outros que certamente evocam a necessidade de amparo teórico para compreensão do conceito e adequada aplicação do princípio isonômico. Assim, Mello questiona provocando reflexão sobre o tema: *“qual critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos*

jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”.

Pode-se ainda traduzir todas essas questões para uma indagação a ser formulada: *“Quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?”*

Mello apresenta vários exemplos⁶⁹ dos quais a norma estabelece *discrímen*, sem que tais exemplos sejam tratados como violadores da ordem isonômica constitucional, isso porque demonstram que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, de modo que não será no elemento de diferenciação escolhido que se deverá buscar algum desacato ao princípio da igualdade. (2014, p. 17)

Assim, ressalta que as situações exemplificadas sugerem que as discriminações são recebidas como compatíveis com o princípio da igualdade, apenas e tão-somente, quando existir um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento concedida em função dela, desde que também tal correlação não seja incompatível com demais interesses prestigiados constitucionalmente. (MELLO, 2014, p. 17)

Por óbvio que a Constituição Federal de 1988 quando em seu art. 5º, estabeleceu a igualdade perante a lei, sem qualquer distinção, traz a proibição de desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, idade e outros, no sentido de evitar qualquer tratamento discriminatório, por razões preconceituosas a serem determinadas de forma arbitrária.

Sob esse entendimento, Mello estabeleceu os critérios para que sejam reconhecidos casos de desrespeito à isonomia, bem como do contrário, as diferenciações que podem ser realizadas sem quebra do princípio, dividindo-os em três questões, a saber: a) o elemento adotado como fator de discriminação; b) a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e c) a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e juridicizados.

⁶⁹ Um dos exemplos consiste que nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão do sexo – a concursos públicos para preenchimento de cargo de “polícia feminina”. (MELLO, 2014, p. 17)

Para melhor explicar a teoria, quando existir norma que impute fator *discrímen* na relação jurídica é necessário investigar o elemento que é adotado como critério discriminatório; verificar se há justificativa racional, isto é, se há fundamento lógico entre o critério desigualador e o tratamento jurídico específico atribuído; e, finalmente, analisar se a correlação lógica e o fundamento racional são, em concreto, afinado com os valores constitucionalmente prestigiados.

Destaca-se que somente o resultado da análise do conjunto dos três critérios permitirá uma correta interpretação do problema, de modo que em qualquer dos três critérios individualmente pode residir a ofensa ao preceito isonômico, enquanto somente quando houver a observância cumulativa aos três aspectos é que não haverá violação ao princípio da igualdade.

Detalhando cada um dos critérios para o entendimento da teoria, Mello esclarece que em relação ao primeiro é de se observar dois requisitos: 1) a lei não pode determinar em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente um sujeito a ser tratado pelo regime peculiar; e 2) o traço diferencial estabelecido deve, necessariamente, residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada.⁷⁰

Quanto ao segundo critério, a correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação estabelecida no tratamento jurídico diversificado, o jurista pontua que se trata de questão central para exame da correção de uma regra em face ao princípio da isonomia. “O vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, é o *quid determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia*.” Assim, é preciso identificar se, para o critério de *discrímen*, há justificativa racional para adotar e atribuir tratamento jurídico específico, constituído em função da desigualdade afirmada, de modo que a ausência de correlação entre o elemento de discriminação e os efeitos jurídicos atribuídos a ela, tornaria inadmissível a hipotética norma jurídica. (MELLO, 2014, p. 37-38)

⁷⁰ Celso de Mello esclarece que a lei que singulariza o destinatário estaria incorrendo em ofensa à isonomia, porque corresponderia ou à imposição de um gravame ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa, sem que a situação pudesse se reproduzir ao longo do tempo, ampliando os possíveis destinatários da norma. “Trata-se, portanto, de saber se a regra questionada deixa portas abertas à eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistente à época de sua edição”. A lei pode atingir uma categoria de pessoas, sem agravos à isonomia. (2014, p. 24-25) Quanto ao segundo requisito, “é inadmissível discriminar pessoas, situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas), mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.” (2014, p. 29-30).

O terceiro critério a ser analisado é o de consonância da discriminação com os demais interesses protegidos na Constituição, que constitui dizer que, em concreto, o vínculo de correlação lógica referido no segundo critério seja pertinente em razão dos interesses constitucionalmente tutelados, ou seja, resulte em tratamento jurídico diferenciado fundado em razão valiosa para o bem público, ancorado no texto constitucional. (MELLO, 2014, p. 41)

Esses são, portanto, critérios que podem auxiliar a análise do caso em exame, considerando ser uma estratégia para identificar situações de normas que afrontam o princípio da igualdade, eliminando as barreiras interpretativas em função da generalidade do conceito.

A análise de constitucionalidade em função de violação ao princípio da igualdade deve ter parâmetros para além do simples discurso retórico ou da mera proclamação dos princípios. É dever do julgador demonstrar efetivamente a ofensa a tal princípio isonômico, de modo a evitar que situações não iguais sejam tratadas sob o comando da igualdade formal, perpetuando e desprezando o reconhecimento de relações de desigualdades efetivamente existentes, que deveriam ser albergadas por uma igualdade material.

A avaliação sobre se existe ofensa ao princípio da igualdade na política afirmativa de bonificação regional é essencial para o deslinde do problema de pesquisa. Nesse caso, existiriam dois cenários distintos a serem analisados, caso a pesquisa não tivesse o recorte da região Norte do país. Isso porque, enquanto categoria de política de ação afirmativa, os motivos e as circunstâncias fáticas são determinantes para a identificação de um problema social e, consequentemente, para formular e implementar uma política para mitigar ou até mesmo eliminar os efeitos negativos na sociedade.

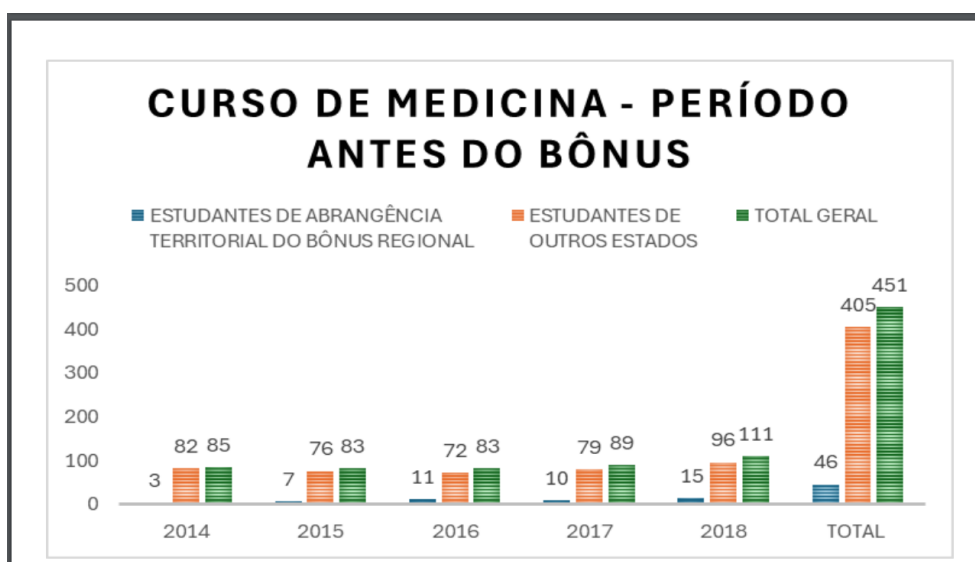
A resposta para a pergunta se a bonificação regional nas universidades brasileiras viola o princípio da igualdade pode, portanto, ter respostas distintas, a depender de onde essa política será implementada e dos motivos que justificariam a ação afirmativa, devendo ser observada a existência de um problema social que exija intervenção do poder público.

No caso específico desta pesquisa, em que o escopo é a constitucionalidade da política na região Norte do país, analisaremos, a partir dos critérios propostos pelo jurista Celso de Mello, se há violação ao princípio da igualdade a norma instituidora da bonificação regional. Para tanto, consideraremos o estudo de caso utilizado para melhor compreensão e análise da matéria, ou seja, o da Universidade Federal do Acre - Ufac, apresentado no capítulo 1.

Conforme já visto, a Ufac instituiu a política denominada “Argumento de Inclusão Regional” para candidatos que concluíram todo o ensino médio em escolas localizadas no estado do Acre e regiões adjacentes, definidas em resolução do Conselho Universitário. Os motivos justificadores para a implementação da referida ação constam de estudos elaborados pela instituição, que identificaram a baixa ocupação das vagas no curso de medicina por candidatos da própria região da universidade. Verificou-se que isso decorre dos desníveis educacionais verificados no desempenho dos candidatos da região, comparativamente com os candidatos oriundos de outras unidades da federação, problema identificado após a adesão ao SiSU.

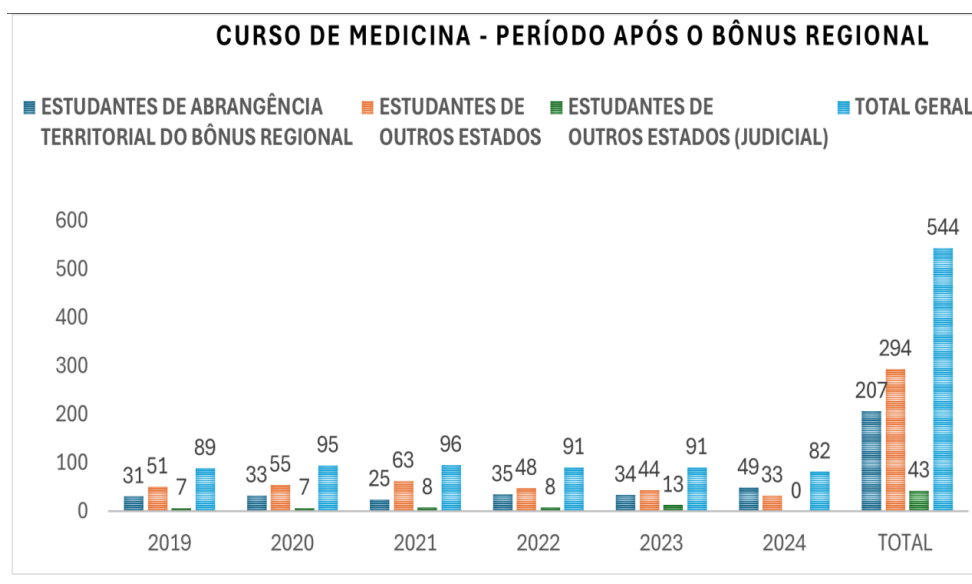
Nesse contexto, a Ufac implementou a política em 2019, de modo que os dados oficiais demonstram que houve, a partir de então, um equilíbrio na ocupação das vagas no curso de medicina entre o quantitativo de candidatos beneficiários da bonificação e candidatos de outras unidades da federação, conforme podemos observar nos gráficos abaixo.

GRÁFICO 5 – Quantitativo de estudantes ingressantes em medicina na Ufac – série histórica 2014 -2018 – sem implementação da Bonificação Regional.



Fonte: PROGRAD/Ufac – SIE

GRÁFICO 6 – Quantitativo de estudantes ingressantes em medicina na Ufac – série histórica 2019 -2024 – após implementação da Bonificação Regional.



Fonte: PROGRAD/Ufac – SIE

De acordo com o gráfico 5, observamos os dados referentes aos cinco anos anteriores à implementação da bonificação regional, compreendendo o período de 2014 e 2018, em que demonstram ter ingressado no Curso de Medicina da Ufac, um total de 451 estudantes, dos quais 10,20% são estudantes oriundos da região compreendida pela bonificação regional, enquanto 89,80% são de estudantes oriundos dos demais estados brasileiros.

No gráfico 6, observamos que após a implementação da política de bonificação regional na Ufac, ingressaram, entre os anos de 2019 e 2024, um total de 544 candidatos no Curso de Medicina, sendo 38,05% de estudantes de abrangência territorial do bônus regional, enquanto 61,94% ainda são estudantes de outros estados brasileiros.

Esses dados demonstram efetivamente o aumento de estudantes ingressantes da região da bonificação regional, após a implementação da política afirmativa, sem, contudo, inviabilizar o ingresso de estudantes oriundos de outros estados brasileiros, que continuam, inclusive, sendo a maioria no curso.

Importante observar que no gráfico 5 não existem estudantes de outros estados, que tenham ingressado por força de decisão judicial, enquanto no gráfico 6, observamos um total de 43 estudantes de outros estados que conseguiram ingressar no curso de medicina da Ufac, por força de decisão judicial, considerando que obtiveram o benefício do bônus regional, ainda que não fossem beneficiários da política. Esse dado demonstra que a judicialização enfrentada pela instituição, ocorreu contra o bônus regional.

Seguindo a análise dos critérios apontados por Celso de Mello, a norma não poderá determinar critério diferencial tão específico que singularize no presente e futuro um único sujeito a ser tratado pelo regime diferenciador, bem como o traço diferencial deve residir na pessoa, coisa ou situação. No caso da resolução da Ufac, a norma estabeleceu como público da política uma quantidade indeterminada de pessoas que podem tanto no presente quanto no futuro serem alcançadas de forma não identificável. Além disso, o traço diferenciador reside necessariamente na situação a ser discriminada, ou seja, pessoas que concluíram todo o ensino médio em escolas da região estabelecida na norma, em função dos desníveis educacionais identificados na região da Ufac, comparativamente a outros estados. Assim, quanto ao primeiro critério, verificamos não haver ofensa ao princípio isonômico.

Quanto a esse critério, especificamente, Mello (2014, p. 30) faz ressalva importante para o nosso estudo de caso quando esclarece que não é admissível discriminar pessoas ou situações ou coisas, mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes, ou seja, um fator neutro em relação às situações, pessoas ou coisas diferenciadas não é meio adequado para distingui-la. E exemplifica dizendo que não pode ser deferido um tratamento mais favorável ou desfavorável juridicamente a determinada categoria profissional, só porque habite em determinada região do país, isto é, discriminação nenhuma poderá ser estabelecida entre eles, simplesmente em razão da área espacial em que estejam sediados.

O exemplo acima poderia levar a uma compreensão equivocada de que se trata da mesma situação estabelecida na política de bonificação regional, o que geraria ofensa à igualdade. No entanto, Mello (2014, p. 30) didaticamente elucida que coisa bastante diversa é poder *“existir nestes vários locais, situações e circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso, não será a demarcação espacial, mas o que nelas exista, a razão eventualmente substante para justificar discrimen entre os que se assujeitam – por sua*

presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias.”

Essa distinção é fundamental, pois a bonificação regional não estabelece *discrímen* em função do beneficiário ser morador do estado do Acre e regiões adjacentes – *só por isto* – não é uma discriminação em razão de área exclusivamente espacial em que esteja sediado. A razão da discriminação reside nas situações e circunstâncias fáticas existentes, quer dizer, dos desníveis educacionais existentes entre as regiões brasileiras, verificados a partir do desempenho dos estudantes e da realidade de desigualdade demonstrados a partir de dados oficiais.

Sob esse contexto, mesmo que determinado candidato seja morador do estado do Acre não terá o perfil de beneficiário da política afirmativa, só porque reside em área espacial do estado. Somente será um beneficiário se, em função dos desníveis já identificados na área da educação, concluir todo o ensino médio em escolas da região estabelecida na normativa de bonificação regional. Essa é a situação de discriminação, tendo em vista que os estudantes que estão nessa situação enfrentam condições bastante diferentes daqueles que não estão nas mesmas circunstâncias educacionais.

Examinando o segundo critério apontado na teoria que abordou o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, observamos que há correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação estabelecida no tratamento jurídico diversificado.

Isto é, há justificativa racional para adotar e atribuir o tratamento jurídico específico estabelecido pela resolução da Ufac, que instituiu a bonificação regional. Uma vez que foi identificado o problema de acesso dos estudantes da região no curso de medicina da Ufac, que é o mais concorrido por ser um curso de elevado valor financeiro e prestígio social, e verificado que a dificuldade de acesso às vagas decorria do menor desempenho nas avaliações do Enem desses estudantes, demonstrando um importante desnível educacional existente entre os estados brasileiros, o tratamento instituído de atribuir uma bonificação regional, que consiste em um incremento na nota do Enem desses candidatos, guarda relação lógica para enfrentar o problema e mitigar os efeitos negativos da exclusão antes verificada. Assim, com o incremento na nota do Enem, esses candidatos antes excluídos passaram a ter maiores chances de concorrer às vagas com maior igualdade de condições. Quanto a esse segundo critério também não há ofensa ao princípio da igualdade.

Por último, considerando o terceiro critério de consonância da discriminação com os demais interesses protegidos na Constituição, isto é, que o critério adotado diferenciado seja relevante em razão dos interesses constitucionalmente tutelados, com base em razão valiosa para o bem público, temos que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles: o de construir uma sociedade livre, justa e solidária e o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Conforme reflexão da jurista Cármen Lúcia Rocha (1996, p. 289), todos os verbos utilizados no infinitivo, contidos na norma do art. 3º - construir, erradicar, reduzir, promover – expressam ação, isto é, indicam um comportamento ativo, de modo que *“os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.”*

Assim, todos os objetivos transcritos no art. 3º, traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. *“A expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.”* (ROCHA, 1996, p. 289)

Com efeito, por meio de uma ação afirmativa é que é possível uma atuação transformadora, igualadora, que possibilite a *“verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.”* (ROCHA, 1996, p. 290)

A normativa de implementação de bonificação regional, no âmbito da Ufac, tem o objetivo de reduzir as disparidades de acesso ao ensino superior, verificadas comparativamente às demais regiões do Brasil, de modo que a política visa proporcionar igualdade de condições para ingresso no curso de medicina, curso de maior concorrência, dos candidatos da própria região da instituição, visto que no processo seletivo unificado permaneciam em desvantagem para a disputa em função do menor desempenho nas provas de avaliação.

Além da questão educacional, a política tem como finalidade de médio a longo prazo, a possibilidade de redução de escassez de médicos no Estado, aumentando a fixação de profissionais para atuação no sistema de saúde, tendo em vista o baixo índice de médicos por mil habitantes existente, que compromete a oferta de serviços de saúde para a população.

Assim, a ação afirmativa implementada guarda total relação de consonância com os objetivos de redução das desigualdades regionais e de construir uma sociedade justa e solidária, objetivos constitucionais, bastante relevantes para o bem público. Portanto, por esse critério, não se vislumbra violação ao princípio da igualdade.

Após análise da normativa de implementação da bonificação regional da Ufac, a partir dos critérios estabelecidos em conformidade com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade proposto, podemos concluir que não há ofensa à igualdade constitucionalmente tutelada, visto que a política tende a promover igualdade de condições entre candidatos para concorrer à vagas.

Destaca-se também, conforme compreensão de Dworkin, que os candidatos não beneficiados pela política afirmativa têm o direito legítimo de serem selecionados de acordo com a política de admissão instituída, a partir do que for definido como missão institucional.

No estudo de caso, a Ufac ao criar o curso de medicina na instituição definiu claramente a missão pela qual o curso estaria sendo implantado, motivos que foram determinantes para os ímpetus institucionais, tanto que em seu Projeto Pedagógico Curricular justificou as perspectivas de melhorias do sistema de saúde na região, a partir da formação de médicos que reconheçam as necessidades regionais, exercitando a prática geral da medicina conforme esse reconhecimento e, indo além, ao almejar que houvesse contribuição para o desenvolvimento regional, com aumento da qualidade de vida da população que habita o Norte do país.

Assim também, o Conselho Nacional de Educação reforçou que o curso de medicina da Ufac traz uma missão de melhoria dos padrões de qualidade de saúde na região, onde será implantada.

Necessariamente, o cumprimento dessa missão foi bastante prejudicado com a universalização da concorrência por meio do Sisu, acarretando uma excessiva exclusão de candidatos da região da instituição, o que compromete ainda mais a melhoria do sistema de saúde para a população da localidade, em função da pouca fixação de formados vindos de outros estados na região. Assim, considerando que o curso de medicina tem uma importante missão de interesse público, nada mais natural que ações afirmativas sejam implementadas para recompor a exclusão de candidatos da região, com vistas a proporcionar que sejam admitidos com igualdade de oportunidades e condições.

Desta forma, os candidatos que se insurgem contra a política de bonificação, no estudo de caso, não podem querer definir os objetivos, as metas e a missão do curso de medicina para

a região e para a universidade, mas possuem legitimamente o direito de serem admitidos de acordo com os critérios de seleção assim definidos, sem qualquer discriminação.

Uma política de admissão pautada exclusivamente no mérito, baseada na ideia de um “campo de jogo nivelado” já foi relativizada quando do julgamento das cotas raciais pelo Supremo Tribunal Federal, que as considerou constitucionais e também com a edição da Lei nº. 12.711/2012.

A ideia de “campo de jogo nivelado” nos leva ao entendimento de que todos possuem as mesmas condições para disputar em uma competição, buscando ascender em espaços de poder. Pode-se firmar a ideia de que uma vaga no curso de medicina, por ser um curso de grande prestígio social e de alto valor financeiro para a formação, tem forte competitividade. No entanto, poucos terão as mesmas condições de competição.

O desafio, explica Sandel (2020, p. 23), é que em sociedades desiguais aqueles que alcançam o sucesso acreditam que o conquistaram através exclusivamente de seu empenho e esforço, ou seja, com base no próprio mérito. No entanto, por mais que possam se orgulhar por alcançar uma vaga em uma universidade pública e, ainda que isso reflita dedicação e empenho individual, a ideia de que conquistaram por conta própria, nessas sociedades, é de certa forma ilusória. Não se pode dizer que foi resultado somente da própria ação. Esse debate nos exige mais do que a superficialidade da ideia de meritocracia, pois desconsidera fatores externos tais como talentos, dons, vantagens e privilégios, como as condições e auxílios que o indivíduo recebeu ao longo do caminho.

Todos têm oportunidades verdadeiramente iguais para competir por bens desejáveis e posições sociais? É claro que não! Sandel afirma que o que importa para uma meritocracia é que os indivíduos tenham oportunidades iguais para subir as escadas para o sucesso, sem, no entanto, se preocupar qual deveria ser a distância entre os degraus da escada. Isso importa dizer que o ideal meritocrático não é remédio para desigualdades, mas em verdade, que é justificativa para a desigualdade. (2020, p. 181)

O contrário do pensamento daqueles que alcançam o sucesso, como resultado de esforço e ações próprias e medida de sua virtude, resta o sentimento de fracasso e humilhação para aqueles que não conseguem ascender. O ideal meritocrático felicita vencedores e rebaixa perdedores, de modo que para eles o fracasso também seria resultado de suas próprias ações, de não ter empreendido esforços suficientes e por isso não merecem as melhores posições sociais. “*É isso que faz do mérito uma espécie de tirania.*” (SANDEL, 2020, p. 38)

Olhando para o nosso problema de pesquisa, a partir do estudo de caso, o ideal meritocrático conduz a uma concepção de que os estudantes das escolas do estado do Acre e regiões adjacentes não conseguem ocupar as vagas do curso de medicina da Ufac, sem a bonificação regional, porque não merecem ingressar no curso, tendo em vista não empreenderem esforços suficientes e por considerar que a incapacidade de ocupar essas vagas é resultado de suas próprias ações.

Essa ideia é arrogante e desmoralizante para esses estudantes. É inadmissível uma afirmação tão preconceituosa de que estudantes da região são incapazes de concorrer igualmente pelas vagas de medicina da Ufac, por ausência de esforços e dedicação aos estudos. Essa visão distorce o princípio de igualdade e imputa a reponsabilidade pelo “fracasso” unicamente aos estudantes. Nesse caso, em se tratando da região Norte, esse pensamento desconsidera as desigualdades regionais historicamente existentes, em função do modelo de desenvolvimento do país.

3.4 Regras e princípios: conceitos e distinções na teoria de Dworkin e Alexy.

Considerando o problema de pesquisa, verificamos que os princípios jurídicos são o cerne para a solução da controvérsia, tanto para firmar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da política afirmativa. Para tanto, é essencial a compreensão de uma teoria dos princípios que auxilie ao deslinde da questão, especialmente porque os princípios jurídicos positivados na Constituição Brasileira são responsáveis por uma construção interpretativa, direcionando o entendimento manifestado nos julgamentos dos processos judiciais.

Os princípios são utilizados pelos julgadores de maneira a justificar, muitas vezes, entendimentos pré-concebidos, sem que esses princípios sejam avaliados a partir de métodos que levem a uma decisão correta, com base em um direito coerente e íntegro. Assim, analisar essas questões sob a perspectiva das teorias dos princípios permite avaliar e examinar criticamente se as decisões judiciais justificam, de forma coerente, o problema de pesquisa, a partir da prática argumentativa de violação ou não dos princípios constitucionais.

A partir disso, é fundamental esclarecer que os princípios jurídicos reconhecidos como normas que agregam valores, são compreendidos no sistema jurídico como norma das normas e são utilizados de maneira bastante particular pelos aplicadores do direito, interpretando-os, por vezes, sem critérios objetivos, em razão de sua amplitude ou vagueza na conceituação.

Humberto Ávila (2016, p. 43-44) ressalta a importância cada vez maior de se construir o sentido e demarcar a função dos princípios jurídicos, já que fundamentam, por vezes, a aplicação do ordenamento constitucional, ao tempo em que critica o fato da adoção de condutas que levem à mera proclamação dos princípios, às vezes de forma inconsequente na apreciação das demandas. Quanto a isso, afirma de forma eloquente que *“os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.”* (2016, p. 44).

O jurista Ronald Dworkin, criticando o modelo positivista, formulou uma teoria das regras e dos princípios, aprofundando os conceitos e tratando de suas diferenciações para uma compreensão do direito mais adequada, contribuindo para o reconhecimento dos princípios como parte integrante do ordenamento jurídico, diferentemente da teoria positivista, que defende um sistema de regras.

A partir disso, Dworkin define o direito como um sistema aberto de regras e princípios, em que as regras são definidas como proposições normativas que buscam controlar a sua aplicação, enquanto os princípios são normas abertas e que não buscam controlar previamente sua própria aplicação, mas que, no entanto, embora sejam abertos e indeterminados, são passíveis de se tornarem consistentes nas situações concretas de aplicação, “segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso em tela”. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2020, p. 42-43)

Para o argumento positivista, não havendo regras à disposição para aplicação ao caso concreto, o juiz pode exercer o poder discricionário, *“no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”* (DWORKIN, 2002, p. 55). Diferentemente desse pensamento, *“Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso”* (NEVES, 2014, p. 52).

Dworkin explica a distinção entre princípios jurídicos⁷¹ e regras como sendo de “natureza lógica”, pois ambos apontam para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguindo-se, entretanto, no tocante à natureza da orientação que

⁷¹ Marcelo Neves (2014, p. 55) interpretando o modelo de Dworkin, do qual ele reverencia pela contribuição para a teoria do direito e dos princípios explica que: *“no modelo de Dworkin, os princípios jurídicos têm origem em princípios da moralidade comunitária (ou em práticas moralmente assentadas dos juízes e profissionais do direito), mas eles devem passar por um tipo de teste de consistência ou coerência constitucional, para que não dissipem no meio de conflitos existentes na moralidade comunitária. [...] no contexto da teoria de Dworkin, não cabe falar de fronteira clara entre moral e direito, pois a noção de princípios serve, a rigor, para enfraquecer ou mesmo diluir essa fronteira.”*

oferecem. A lógica das regras é de aplicação do “tudo-ou-nada”, logo, na ocorrência dos fatos de determinada regra, ou ela é válida, devendo ser aplicada e seus efeitos serem produzidos, ou não será válida, e não contribuirá em absoluto para a resolução do problema. Destaca-se a necessidade de haver previsão, para as regras, de suas exceções, tornando seu enunciado o mais completo (DWORKIN, 2002, p. 39-41).

De outra banda, os princípios não estabelecem condições para tornar sua aplicação necessária, eles anunciam uma razão que conduz o argumento a determinada direção, de modo que ainda depende de uma decisão particular em cada caso. *“Mesmo os princípios que mais se assemelham a regras também não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”* (DWORKIN, 2002, p. 40). Dependendo de cada caso, é possível que haja princípios que apontem para uma argumentação em outra direção, entretanto, se assim ocorresse, havendo a prevalência de um dos princípios, o outro não deixaria de pertencer ao nosso sistema jurídico (DWORKIN, 2002, p. 39-41).

Os princípios possuem uma dimensão do peso ou importância. Assim, quando os princípios colidem, é preciso considerar a força de cada um deles para a resolução do conflito, de modo que os dois princípios podem ser simultaneamente válidos, mesmo que com pesos diferentes para a aplicação em determinado caso concreto. Esse perfil característico dos princípios não se estende às regras, assim, em havendo conflito de regras, uma será válida e a outra não, e a forma de se conhecer qual será válida dependerá de outras regras dentro do sistema jurídico que regulem os casos de conflito (2002, p. 42-43).

Quando das críticas realizadas pelos positivistas à diferenciação formulada entre regras e princípios, Dworkin defendeu a distinção afirmando que:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de se avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido (2002, p. 114).

Os princípios, como parte do sistema jurídico, atuam com maior ênfase nos casos de difícil solução, desempenhando papéis essenciais na fundamentação das decisões judiciais que ditam os direitos e as obrigações dos indivíduos, resultando após a decisão numa regra particular. Daí a importância dos princípios na resolução de casos difíceis (*hard cases*), pois na inexistência de regras antes da decisão, os tribunais utilizam princípios para argumentar e fundamentar a formulação e aplicação de uma nova regra particular ao caso. (DWORKIN, 2002, p. 46-47).

Marcelo Neves, tratando da teoria dworkiniana, explica que “*os princípios implicam diferenças analógicas de peso, não comportam exceções suscetíveis de enumeração em enunciados mais amplos que as incorporem, tampouco estabelecem uma relação condicional automática ‘se-então’*” (2014, p. 53).

Macedo Junior (2013, p. 162 -163) ressalta que na teoria dworkiniana “*os princípios revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica*” (2013, p. 162), de modo que possam sofrer algum tipo de ponderação a ser realizado por meio de “justificação argumentativa”, com a finalidade de fundamentar uma determinada decisão. O autor analisando a aplicação dos princípios, enfatiza que:

Uma fenomenologia da atividade judicial mostra que os juízes reconhecem uma obrigação para aplicar os princípios. Estes não são compreendidos como regras vagas (*rules manquees*), mas como razões substantivas que impõem aos magistrados a *obrigação* de decidir com justiça. Para Dworkin, os advogados e os juízes, quando postulam um direito ou decidem um caso, não visam apenas a produzir uma argumentação e uma decisão boas e razoáveis, dentre outras possíveis, mas sim produzir um argumento correto segundo o direito (2013, p.164-165).

No modelo formulado por Dworkin, os princípios atuam exigindo algum tipo de ponderação, desenvolvida segundo métodos argumentativos e de justificação, e abrangem a referência a um valor que demanda uma atitude interpretativa do operador do direito. Nessa perspectiva, as decisões judiciais não objetivam alcançar aquilo que o direito deveria ser, no plano ideal, mas o que se busca é a correta interpretação do direito e o resultado dessa interpretação nas pretensões jurídicas das partes. Assim, a interpretação jurídica tal como

funciona na prática não deve reconhecer os princípios somente como guias para o exercício da atividade discricionária⁷², mas, para além disso, constitui-se numa importante dimensão do direito (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 164-165).

Na perspectiva interpretativa, Dworkin compreende a integridade⁷³ como *“corolário da compreensão teórica de democracia como comunidade de princípios que lhe é indissociável”*. Assim, a referida ideia de integridade tende a delinear a postura do intérprete de não se utilizar da discricionariedade para decidir determinado caso concreto, excluindo-a e propondo observar de forma inequívoca os princípios legais, morais e políticos, como maneira de legitimar a decisão judicial. A integridade, pois, busca considerar todos os aspectos fáticos, normativos e morais relevantes para cada situação a ser analisada, de modo a criar os meios de impedir ao intérprete escolhas arbitrárias, sob o comando da discricionariedade, exigindo do julgador uma atitude muito mais profunda ou um *“esforço hercúleo para construir uma decisão que integre materiais vastos e, não raro, conflitantes entre si.”* (MARTINS; FERRI, 2006, p. 280).

Dworkin afirma ser equivocada a discussão sobre se determinada decisão judicial, pautada em princípios amplos e gerais, seria interpretativa ou criativa, em virtude do julgador se utilizar de ambas as possibilidades simultaneamente, de modo que, em termos estritos, acaba por não fazer nenhuma delas. Assim, entre os juízes ativistas, que acreditam poder tomar decisões com base em princípios morais e políticos e os conservadores, que defendem que o juiz não pode impor sua vontade subjetiva, devendo julgar estritamente em conformidade com o ordenamento jurídico existente, Dworkin acredita que decisões equivocadas podem ser tomadas por ambos, e elabora uma teoria mais adequada para superar a problemática da “correta decisão judicial”, valendo-se da distinção entre conceito e concepções para considerar o pressuposto da interpretação (MARTINS; FERRI, 2006, p. 280).

Nas palavras de Argemiro Martins e Caroline Ferri (2006), a integridade, proposta por Dworkin, tem a finalidade de fazer a melhor interpretação possível, não devendo ser avaliada simplesmente em termos de verdade ou falsidade, restringindo à interpretação a

⁷² Segundo Dworkin, (2002, p. 51-52) o poder discricionário pode ser entendido em sentido fraco ou em sentido forte. Assim, pode-se empregar o *“poder discricionário em sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.”* O segundo sentido fraco para o poder discricionário serve apenas *“para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.”* Já o sentido forte do poder discricionário serve para *“dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.”* Nesse caso, quando tratarmos do poder discricionário o estaremos tratando no sentido forte.

⁷³ Dworkin esclarece que *“temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.”* (2014, p. 213)

correspondência a um dado conteúdo normativo. Em referência, apresentam a explicação que refuta as questões relacionadas à segurança jurídica da seguinte forma:

A proposta de Dworkin baseada na construção de decisões coerentes com um conjunto de princípios comunitariamente compartilhados contrasta com a proposta de segurança jurídica defendida pelo positivismo jurídico: a tomada de decisões judiciais de modo que se garanta o cálculo e a previsibilidade por parte dos cidadãos. A idéia de uma “comunidade de princípios” não rejeita a função de garantir a segurança jurídica que assume o direito na concepção positivista, mas procura ir além propondo uma decisão pautada pela aplicação de todos os princípios que regem uma sociedade (MARTINS; FERRI, 2006, p. 281).

Sob esse contexto, a ideia de integridade com o intuito de fazer a melhor interpretação *“impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes”*, limitando a discricionariedade do juiz, que deverá *“compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente.”* (MARTINS; FERRI, 2006, p. 281).

A partir do entendimento do direito como integridade, a decisão judicial, para ser bem sucedida, deve estar pautada em um poder explicativo, por meio da argumentação e justificação, não podendo deixar sem explicação aspectos centrais e relevantes da questão discutida. De modo que somente é admitida uma única e melhor decisão possível para cada caso. Dworkin reconhece a dificuldade de tal postulado, mas considera que *“a idéia subjacente ao postulado de que exista mais de uma interpretação possível está ligada à noção de que a atividade interpretativa é eminentemente subjetiva e associada à idéia de que interpretar implica, em última instância, uma escolha pessoal, uma mera opinião”*. (MARTINS; FERRI, 2006, p. 282)

Após tratarmos da teoria formulada por Dworkin quanto à distinção entre regras e princípios, no plano conceitual e, especialmente, a diferenciação de como devem ser resolvidas as hipóteses de conflito, apresentando também, brevemente, o entendimento que faz da interpretação jurídica e de como devem ser pautadas as decisões mais corretas, analisaremos a distinção proposta pelo jurista Robert Alexy, que também partiu das considerações de Dworkin, com diferenças relevantes.

A importância de estudar a teoria lançada por Alexy, deve-se ao fato de que, no Brasil, muito se vem apostando no uso da ponderação de princípios, nas decisões judiciais de casos difíceis, a partir de Alexy.

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, e inicia sua análise firmando o entendimento de que tanto as regras quanto os princípios são normas pertencentes ao sistema jurídico, fazendo uma distinção quanto ao grau de generalidade⁷⁴ dos princípios, que é relativamente alto em comparação ao das regras. Outra forma de distinção seria o fato de os princípios serem considerados normas de argumentação, enquanto as regras constituem-se em normas de comportamento (ALEXY, 2017, p. 85-89).

Alexy, tratando da distinção entre regras e princípios, menciona que a referida diferenciação não se restringe apenas a uma diferença gradual, mas também revela uma diferença qualitativa, baseando-se no critério de que princípios *“são normas que ordenam que algo será realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”* (2017, p. 90-91).

Assim, na concepção elaborada por Alexy, os princípios são mandamentos de otimização e se caracterizam por poderem ser satisfeitos em variados graus, tendo em vista que a medida devida de sua satisfação depende tanto das possibilidades fáticas, quanto também das possibilidades jurídicas. E, o âmbito das possibilidades jurídicas é estabelecido pelos princípios e regras colidentes. No caso das regras, Alexy leciona que estas são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, se uma regra vale, então deve ser feito exatamente o que ela exige; nem mais e nem menos. Assim, regras contêm *“determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”*. (ALEXY, 2017, p. 90-91).

Podemos observar com maior clareza a ocorrência da colisão de princípios ou conflito de regras, quando ao serem aplicadas isoladamente ao caso levariam a resultados diferentes, distinguindo-se pela forma de solução do conflito. Alexy afirma que no conflito de regras, ou uma das regras é considerada inválida ou deverá ser introduzida cláusula de exceção à regra

⁷⁴ Marcelo Neves aponta a distinção entre generalidade e abstração, referenciando Norberto Bobbio, que classifica normas gerais quando são normas que se dirigem a uma classe de pessoas, e em normas abstratas quando são normas que regulam uma ação-tipo. Nesse sentido, esclarece: “pode-se dizer que a generalidade é concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma, dizendo respeito ao âmbito pessoal de sua vigência. A abstração refere-se, por seu turno, à dimensão semântica dos referentes da norma, relacionando-se ao domínio material de sua vigência e envolvendo a questão de definir os fatos jurídicos e casos que são subsumíveis à norma. Tanto os princípios quanto as regras são normas gerais e abstratas. O problema que se apresenta é a determinação do grau de generalidade e abstração (2014, p. 21-22).

eliminando o conflito identificado. Sendo válida e aplicável uma regra jurídica a determinado caso, suas respectivas consequências jurídicas serão aceitas e também válidas (ALEXY, 2017, p. 91-94).

Diferentemente, na hipótese de colisão de princípios, um dos princípios não será considerado inválido, tampouco deverá ser incluída cláusula de exceção, mas deverá ceder ao outro, de modo que um dos princípios terá precedência ao outro, em determinada circunstância, podendo ter soluções diferentes de precedência em outras condições, isto é, não haverá uma precedência absoluta de um sobre o outro. O que ocorre é a atribuição de pesos a cada um dos princípios quando aplicados a um caso concreto, de maneira que o princípio com maior peso terá prevalência (ALEXY, 2017, p. 91-94).

Nessa construção, quando da aplicação da ponderação dos princípios, um deles, sendo preponderante em determinada circunstância, restringirá as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio, mesmo que não declarando a sua invalidade. Alexy defende que a solução da colisão dos princípios ou de direitos ou interesses depende de se estabelecer uma relação de precedência entre eles, levando-se em consideração o caso concreto. Desse modo, o conflito se resolve pelo sopesamento entre os interesses conflitantes, que abstratamente estão no mesmo nível de hierarquia, mas que no caso concreto um deles passa a ter maior peso e importância ⁷⁵(ALEXY, 2017, p. 94-96).

Alexy entende decisivo identificar sob quais condições qual princípio prevalecerá e qual deverá ceder, tal que a resposta apresentada, aparentemente simples, parece bastante vaga, pois estabelece que um princípio terá maior peso que o outro princípio se houver razões suficientes para a referida prevalência em determinadas circunstâncias (ALEXY, 2017, p. 97).

A “lei de colisão”, como um dos fundamentos da teoria dos princípios, fixa o entendimento de que não existe relação de precedência absoluta, bem como a sua “*referência a ações e situações que não são quantificáveis*”, ao tempo em que eles constituem “a base para

⁷⁵ Argemiro Martins e Luíz Cademartori (2007, p. 5) explicam sinteticamente os passos do método de aplicação da ponderação e sopesamento propostos por Alexy da seguinte forma: Alexy formula uma regra ou máxima para a resolução dos conflitos entre princípios, baseada na sua ponderação ou sopesamento. Ele denomina tal critério hermenêutico de regra da proporcionalidade, uma espécie de meta-princípio estruturado em três passos ou estágios subsequentes: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade, em sentido estrito. O primeiro passo diz respeito à verificação da adequabilidade dos meios jurídicos empregados para a obtenção de um certo fim. Ou seja, uma determinada norma restringe, por exemplo, o direito de propriedade em razão da tutela do meio ambiente. Caberia verificar se a restrição legal atinge o fim proposto ou não. O segundo passo questiona a existência de outro meio, menos gravoso para a propriedade privada, que tutelasse o meio ambiente com a mesma eficácia. Por fim, no estágio da razoabilidade em sentido estrito, procede-se a um cálculo de custo-benefício entre os princípios colidentes de modo a verificar seu maior ou menor grau de eficácia.

a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores” (ALEXY, 2017, p. 99).

Na ponderação dos princípios colidentes, o uso do sopesamento defendido por Alexy sofre objeções por ele mesmo, identificadas como a de ser um modelo aberto a um controle racional. Tal observação pode ser melhor esclarecida conforme segue:

Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional (ALEXY, 2017, p. 163-164).

Alexy, defendendo a lei do sopesamento, demonstra que se o modelo fosse resumido à formulação de um enunciado de preferências e, consequentemente, à determinação de uma regra específica para o caso, de fato o sopesamento não seria um procedimento racional, pois a preferência condicionada poderia ocorrer intuitivamente a quem faz o sopesamento, que seguiria unicamente as suas próprias convicções subjetivas (ALEXY, 2017, p. 164-165). Entretanto, quanto a esta crítica, Alexy defende um modelo fundamentado de sopesamento que se contrapõe ao modelo decisionista, esclarecendo a diferenciação da seguinte maneira:

Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento

é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional (ALEXY, 2017, p. 165).

Inúmeras críticas foram lançadas ao modelo apresentado de sopesamento e ponderação para a solução de conflitos de Alexy. Neste cenário, recorreremos aos juristas Argemiro Martins e Luiz Cademartori, que explicam, em síntese, o teor de algumas dessas críticas, que reconhecemos bastante relevante. Referenciando Günther, apresentam uma das discordâncias fundamentais à tese de Alexy, que credita a resolução dos conflitos normativos à ponderação de valores traduzidos em princípios, conforme já demonstrado, expressando a concepção de que *“não se trata de uma disputa entre valores, mas da determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto, cuja determinação não passa pelo processo de sopesamento de valores”* (MARTINS; CADEMARTORI, 2007, p. 10).

Para Günther, a ponderação de princípios não se constitui em um critério racional, com possibilidade de se verificar qual a norma seria mais adequada ao caso. Em verdade, o jusfilósofo tem a compreensão de que esse método substitui a lógica da aplicação pelo resultado conferido ao caso, de modo que reduz uma melhor discussão para o alcance do resultado ideal, pois interrompe a construção da argumentação e introduz elementos insuficientes de justificação adequada (MARTINS; CADEMARTORI, 2007, p. 10-11).

A crítica consiste no fato de que a busca pela solução mais adequada nos casos de conflitos deve ser a que propicia a construção de uma melhor fundamentação da norma aplicável, priorizando a coerência e não a simples opção valorativa entre princípios. E neste ponto, especificamente, em que pese Alexy concordar que deva existir a coerência na construção da decisão, ratifica que não pode haver coerência sem ponderação (MARTINS; CADEMARTORI, 2007, p. 11).

Por sua vez, outra crítica formulada a Alexy foi discutida por Habermas, traduzida da seguinte maneira por Martins e Cademartori:

A segunda crítica de Habermas à tese de Alexy diz respeito ao caráter gradual do código dos valores que não se ajusta ao código binário, derivado do caráter deontológico, do direito. A exigência contrafactual de uma única decisão correta para o caso perde espaço para um leque de possibilidades matizadas. [...] o que o autor sublinha é o fato de que normas e valores possuem gramáticas distintas. Ao se introduzir a

ponderação típica dos valores no direito, dissolve-se seu código binário. Nesse ponto, Habermas concorda com a tese da única decisão correta de Dworkin, pois somente ela é capaz de preservar a “tranquilizadora coação à justificação”. E o dever de justificação deve ser imposto às decisões judiciais porque, ao contrário das escolhas morais, o direito pode interferir sensivelmente na liberdade das pessoas por meio da coerção. Contrariamente, a idéia subjacente à noção de Alexy sobre princípios é a de que não há que justificar um valor face a outro, basta ponderá-los (2007, p.13).

No Brasil, Streck (2013b) menciona o fato de que a ponderação tem sido bastante utilizada, considerando a teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy, mas destaca o fato de que apesar dessa expansão alexiana, poucos intérpretes efetuem efetivamente os procedimentos descritos na chamada lei de colisão.

E destaca criticamente que:

A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo ponderação, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento da ponderação. Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação—estabelecidas por Alexy — tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros. (STRECK, 2013b, p. 355).

Para Streck (2013b), considerando as leituras equivocadas da obra de Alexy, pode-se dizer que no Brasil há somente traços analíticos de uma teoria dos princípios, sem o controle – bem ou mal – exercido pelas regras de argumentação. Assim, considerando a precariedade de como a ponderação é aplicada nas decisões judiciais – e até mesmo ainda que fosse a ponderação propriamente Alexiana – a prática oculta um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação. De modo que é possível concluir que, sob o véu de uma racionalidade, Alexy, em verdade, perpetua a subjetividade.

3.4.1 O direito como integridade e a coerência no contexto brasileiro.

A teoria do direito como integridade⁷⁶, na concepção elaborada por Dworkin, sugere que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que utilizam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro⁷⁷, e que interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, a integridade enquanto princípio judiciário instrui os juízes a identificar direitos e deveres, considerando o pressuposto de que todos foram criados por um único autor (a comunidade personificada), de modo a expressar uma concepção coerente de justiça e equidade. (DWORKIN, 2014, p. 271-272)

Daí que a integridade demanda uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de todo o arcabouço de normas jurídicas que agora vigora. Isso significa dizer que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que permitem ou exigem coerção – não compreende tão somente o conteúdo explícito dessas decisões, mas também, em um sentido mais abrangente, o sistema de princípios necessários à sua justificativa. Com base nisso, o direito como integridade começa no presente e só se volta ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. (DWORKIN, 2014, p. 273-274).

Diante dos pressupostos da teoria de Dworkin, também já tratados nos tópicos anteriores, urge analisar a sua aplicação no direito brasileiro, tendo em vista que o autor é norte-americano e embasou sua teoria, em alguma medida, na interpretação do direito americano.

⁷⁶ Os juristas Sérgio Cademartori e Lucas Kuhn mencionam que o livro “Justiça para Ouriços” além de ser um dos maiores de Dworkin, também faz as maiores alterações e reposicionamentos de sua obra. E explicam, a partir da concepção Charles Olney, que na obra ele visa reformular o conceito de Direito como integridade. E “*Isto passa pela crítica de seu posicionamento anterior, que instrui como um juiz deverá agir tendo em vista a integridade, mas não por quê agir com integridade. Para resolver o problema, Dworkin irá apostar na unidade, como uma forma diferente de tratar a integração buscada pelo direito*”. No entanto, indica ainda que “*Olney afirma não haver uma distinção tão massiva nestas abordagens de Dworkin, quem, para ele, continua apostando em uma narrativa de redenção, onde as lacunas –ou diferenças –possuem o potencial para a recuperação da ordem. “Justiça para Ouriços” é a aposta em um sistema unificado de valores que coloca o Direito como ramo da moralidade política, como tentativa de justificar a escolha de tratar o Direito como íntegro e, ao mesmo tempo, superar a oposição entre os sistemas normativos da Moral e do Direito: ao colocá-lo como ramo da moralidade política, que por sua vez é ramo da moral, preserva portanto o intento de coerência que já existia na sua argumentação pelo interpretativismo, que afirmava a moralidade como parte do esforço interpretativo jurídico – e necessariamente, conectando Direito e Moral no sentido de que as reivindicações jurídicas se afirmam a partir de leituras morais*”. (2020, p. 606-607)

⁷⁷ O direito como integridade é mais interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O convencionalismo demanda que os juízes se voltem para o passado na tentativa de descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. (DWORKIN, 2014, p. 272)

É sabido que o jusfilósofo foi um grande crítico do positivismo jurídico e que pautou, como grande diferencial do conjunto de sua obra, o reconhecimento do direito como uma atividade interpretativa, sem que isso fosse uma defesa de posturas relativistas no julgamento dos casos. Podemos, em síntese, compreender que a tese de Dworkin concebe a dimensão interpretativa do direito e propõe uma reflexão sobre as práticas jurídicas e as divergências que delas são geradas, no intuito de encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia, ou, em outras palavras, para encontrar a melhor resposta. (STRECK, 2021, Ebook).

Lenio Streck analisando a coerência e a integridade da teoria dworkiniana e sua aplicação no contexto brasileiro esclarece que ao tratar das respostas corretas passou a utilizar a terminologia “*constitucionalmente adequadas*”, ao afirmar que “*a defesa de respostas constitucionalmente adequadas (numa ampliação da tese de Dworkin) parte do pressuposto de que o direito não pode ser o campo de incertezas (dos relativismos). Esse reconhecimento é ainda mais necessário no contexto brasileiro, caracterizado pela intensa judicialização, isto é, por um judiciário que está no centro do debate político, e pela dificuldade de se fazer cumprir a Constituição*”. O jurista assegura, ainda, que considerando o modelo judiciário brasileiro, em que a atuação muitas vezes se revela ativista⁷⁸, a defesa por respostas constitucionalmente adequadas é mais urgente e necessária. Assim, a exigência de coerência e integridade são indispensáveis para se compreender o papel do julgador na consolidação do projeto democrático. (STRECK, 2021, Ebook).

Em Dworkin, coerência e integridade são elementos da igualdade, de modo que especificamente em se tratando de decisões judiciais, isso significa dizer que os diversos casos devem ser julgados com igual consideração. Assim, para melhor compreensão, entende-se a coerência como a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, e a integridade entende-se como a exigência de que os juízes elaborem seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Nesse entendimento, exigir coerência e integridade nas decisões judiciais significa que o julgador não pode se utilizar de arbitrariedades interpretativas ou, do que podemos chamar, de “drible hermenêutico” na causa. (STRECK, 2021, Ebook).

⁷⁸ “É necessário diferenciar os fenômenos judicialização da política e ativismo judicial. São temas que não podem ser tratados de modo dissociado, mas que não devem ser compreendidos como sinônimos. Assim, entendo a judicialização da política como algo inerente ao atual contexto brasileiro, considerando as inúmeras promessas constitucionais não concretizadas pelos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo diz respeito a um tipo de postura do judiciário, ou melhor, a um comportamento judicial pelo qual julgamentos são substituídos por escolhas (critérios jurídicos desaparecem diante da predominância do elemento vontade/discrecionalidade)”. (STRECK, 2017, Ebook)

Muito embora, as contribuições da teoria do direito como integridade possam ser um respaldo importante contra as arbitrariedades interpretativas, como ferramenta de frear atitudes solipsistas. No Brasil, muitas são as queixas sobre apropriações de elementos da obra dworkiniana para justificar desvios interpretativos e morais praticados por juízes, a exemplo do abuso do uso do conceito de princípios, invocados nas decisões judiciais para decidir segundo preferências pessoais, sem que sejam atendidos requisitos interpretativos, deturpando, portanto, a busca da integridade no direito . (LOPES, 2021, Ebook)

Destaca-se a contribuição de Dworkin para o conceito de princípios, no entanto, não se pode ignorar a leitura seletiva e enviesada deste autor para instrumentalizar uma ideia deturpada que visa ampliar a discricionariedade judicial, a despeito de toda sua teoria ser uma defesa da responsabilidade interpretativa. (LOPES, 2021, Ebook)

Ao falarmos de Dworkin no Brasil e a recepção de suas contribuições, considerando as diferenças entre as culturas jurídicas do direito americano e a do direito brasileiro, seria possível assimilar os conceitos de sua teoria ao contexto brasileiro? ou sua teoria seria exclusivamente possível em estados cuja cultura jurídica é baseada na *common law*? Para essa resposta podemos recorrer ao que o próprio Dworkin afirmou:

Qualquer tentativa de chegar a uma concepção ecumênica de legalidade terá de se haver com pressões provenientes de dois lados. É preciso que ela tenha conteúdo suficiente para evitar a falta de sentido, mas também um nível de abstração suficiente para evitar o provincianismo. Os críticos ingleses afirmam frequentemente que meu projeto tem inspiração provinciana – que pretende apenas explicar a prática jurídica de meu país – ou que é claramente provinciano em seus resultados, porque de algum modo se pode perceber, sem grandes reflexões ou pesquisas, que ele só se ajusta a essa prática jurídica. Na verdade, minha exposição aspira a uma grande generalidade, e em que medida esse objetivo é bem-sucedido é algo que só pode ser avaliado por um trabalho muito mais exaustivo de interpretação jurídica comparativa do que o que foi realizado por esses críticos. (DWORKIN, 2010, p. 262)

Ressalta-se que Dworkin é um filósofo e não elabora sua teoria em uma perspectiva dogmática do direito americano, nem de direito comparado, mas apresenta uma sofisticada

teoria de princípios que pressupõe grande generalidade. Assim, o autor estabelece uma teoria universal de como lidar com princípios, ainda que esses princípios no direito brasileiro estejam positivados constitucionalmente, não perdem a característica de abstração e não são aplicados no modelo de regras, ou seja, do tudo ou nada.

Diante da recepção distorcida da teoria de Dworkin, especialmente quanto à formulação de uma resposta constitucionalmente adequada ou da resposta correta nos casos difíceis, observou-se uma maior apropriação, por parte de alguns julgadores, do poder discricionário para decidir com base em proclamação de princípios constitucionais, pautados em concepções e opiniões subjetivas. No caso do problema de pesquisa essa questão é bastante evidenciada, considerando que a maioria das decisões judiciais que decretaram a inconstitucionalidade da política de bonificação regional afirmam, sem grandes construções argumentativas, a violação de princípios de forma retórica e enunciativa, principalmente no tocante à isonomia constitucional.

Assim, tais decisões recaem no problema da discricionariedade judicial, que será tratado no próximo tópico, especialmente abordaremos como o judiciário brasileiro tem tolerado essa discricionariedade nas decisões de casos difíceis, a exemplo do caso da bonificação regional.

3.5 A discricionariedade judicial no direito brasileiro e a Teoria do Direito de Dworkin.

Há tempos, o conhecido livre convencimento motivado se tornou um instrumento de exercício do poder discricionário nas decisões judiciais. A prática jurídica incorporada ao judiciário brasileiro tem sobrevivido, muito embora a nova legislação processual civil tenha expurgado essa prerrogativa dos julgadores. Assim, a tese da única resposta correta em Dworkin, a partir da Teoria do Direito como Integridade é contraponto aos decisionismos judiciais, ancorados na discricionariedade. E é esse nexo de relações que pretendemos analisar.

3.5.1 O livre convencimento motivado permanece vivo como instrumento de discricionariedade judicial.

O livre convencimento “motivado”, nas palavras de Lênio Streck (2020), traduz erroneamente uma concepção acerca do que se entende por independência do judiciário, respaldando uma relação supostamente livre entre o juiz e a interpretação do “Direito”. Essa considerada tal “liberdade” possui estreita vinculação com o elemento da vontade, que permite

aos julgadores construir o sentido do direito que melhor se adapte ao seu conjunto pessoal de afetos e visões de mundo.

O Código de Processo Civil de 1973, estabelecia, em seu art. 131, que: “*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*”. Por óbvio que naquele momento, em que o país vivia sob o forte regime da ditadura militar, a legislação processual promulgada não se compatibilizaria com a ideia de um exercício jurisdicional pautado no constitucionalismo democrático e, mesmo após o processo de democratização, com o advento da Constituição Federal de 1988 se manteve vigente, influenciando e moldando até os dias atuais a forma como os juízes decidem.

Assim pois, o livre convencimento motivado, na legislação de 1973, evidenciava “uma tal liberdade” do juiz primeiro decidir, ainda que sem razões jurídicas, para depois construir uma “argumentação” suficiente para convencer os demais sobre o direito, ou seja, a motivação significa apenas expor as razões pelas quais se convenceu. Evidentemente que a motivação não se confunde com a fundamentação, uma vez que em assim sendo, a fundamentação nas decisões judiciais não mais precisaria fundar-se em razões de direito e o processo nada mais seria do que “*apenas um instrumento ou algo que coloca flambagem em escolhas discricionárias, quando não arbitrárias*”. (STRECK, 2018, p. 13)

Nesse universo, essa tal “liberdade motivada” insere elementos subjetivos e até mesmo arbitrários na função do julgador, que lança mão de suas experiências pessoais, de suas visões de mundo, da sua vontade interna para dizer o direito, bastando para tanto motivar sua convicção. Inegável que esses elementos se interligam intrinsicamente à discricionariedade do sujeito, característica importante do positivismo jurídico, que a admite como alternativa para julgamento de casos difíceis, em que há ausência de regras aplicáveis ou quando na sua existência contenham vaguezas ou ambiguidades.

Diante dessa previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro, que autorizava o julgador a decidir conforme seu livre convencimento, notamos despontar a centralidade da figura do juiz na prestação jurisdicional pelo Estado, flagrando a discricionariedade judicial por detrás dessa “liberdade”. Essa centralidade reforça a possibilidade do exercício arbitrário na atividade de decidir, a partir do subjetivismo, do decisionismo e do voluntarismo⁷⁹.

⁷⁹ Segundo Lênio Streck, (2020, p. 451) “*por voluntarismo podemos entender todas as posturas, teses ou teorias que colocam na vontade de poder do intérprete o polo de tensão para a atribuição de sentidos.*” O autor observa que “*em Kelsen, o voluntarismo está presente na sua visão acerca da impossibilidade de se controlar os juízes*”. E ressalta que “*no voluntarismo se decide como quer, naquilo que, em seu íntimo, acha justo.*” (2020, p. 453).

Nessa perspectiva, a atividade cognitiva voltada ao provimento final estaria concentrada, até mesmo de forma soberana, nas mãos do juiz, apontado como único responsável pela solução dos problemas, como salvador exclusivo das relações conflituosas, que retrataria uma visão privilegiadamente solipsista, considerando-o o único protagonista do processo. (CUNHA, 2018).

É, portanto, correto dizer que o subjetivismo, o voluntarismo, o solipsismo⁸⁰ e o decisionismo são termos correlatos, manifestados no protagonismo judicial da figura dos julgadores, que se mantém na centralidade do processo para dizer o direito, utilizando-se do poder discricionário como prática jurídica na prestação jurisdicional, e que tem no livre convencimento motivado um de seus trunfos.

Não à toa, observamos o não constrangimento na construção de decisões judiciais em que julgadores, aplicadores do direito, se utilizam de sua pretensa liberdade de decidir. E, ainda que indiquem ou não, expressamente essa liberalidade, demonstram na construção da fundamentação e dos argumentos de decisão a ausência de uma elaboração coerente e íntegra do direito.

Após longo período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, que se manteve mesmo após o advento da Constitucionalização Democrática, em 1988, verificou-se a necessidade de compatibilizar a dogmática processual, resultando na elaboração do Novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015. Quanto à inovação legislativa, Streck reflete sobre os avanços que a lei processual entrega para a prática jurídica das decisões judiciais, alicerçando a resposta a um dispositivo já existente na Constituição Federal Brasileira, *in verbis*:

(...) surge a elaboração de um Código de Processo Civil, que entra em vigor em 2015, que, dentre outros aspectos, traz avanços significativos no que diz respeito a uma pergunta fundamental: como se decide adequadamente? Ou, associando esta pergunta à perspectiva teórica de Ronald Dworkin, como se decide de forma responsável em um paradigma democrático? A resposta para essas perguntas direciona o debate para um único local: o dever de fundamentação das decisões

⁸⁰ No dicionário de Hermenêutica, Lênio Streck (2020, p. 411) define o solipsismo “*como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme seu ponto de vista interior*”.

“*Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo.*”

judiciais, que é garantido pela Constituição brasileira no art. 93, IX. (STRECK, 2018, p. 7).

E ressalta que, diante do dispositivo constitucional, não haveria mais lugar para mantê-lo, por se tratar de instrumento para a discricionariedade e até mesmo arbitrariedades nas decisões judiciais, potencializados pelo subjetivismo e solipsismo. A democratização do nosso sistema de justiça é uma preocupação que consiste em aumentar o controle da comunidade de intérpretes. (STRECK, 2018)

Na sua concepção, as críticas direcionadas ao decisionismo e à discricionariedade não significam que o juiz está proibido de interpretar, mas ao fato de que tais práticas jurídicas transformam os juízes em legisladores, em que as métricas para julgamento são reduzidas aos conceitos e concepções próprios de mundo. Assim, o que se defende é que a decisão deve estar fundamentada a partir de critérios jurídicos, que são encontradas no Direito e verificáveis a partir dele. *“O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras.”* (STRECK, 2013, e-book)

Apesar da retirada do livre convencimento do CPC/2015, nota-se que as práticas jurídicas não abandonaram, de fato, o subjetivismo e a discricionariedade na prestação jurisdicional que o livre convencimento até hoje oportuniza e o judiciário tolera.

Há certa resistência em manter uma prática decisória, ainda que sem respaldo constitucional, de modo que mesmo sepultada do texto legal, a ideia dessa liberdade de se convencer e decidir está longe de ser uma prática eliminada no direito brasileiro.

Ressalta-se que quando o legislador decidiu pela retirada do livre convencimento da legislação processual, o fez conscientemente, entendendo ser incompatível com o sistema democrático, o uso livre de critérios subjetivos para a aplicação do direito, sem parâmetros definidos. Assim, por óbvio que o cidadão quando busca o judiciário não tem a intenção de pedir ou conhecer a opinião pessoal do julgador sobre determinada demanda de seu interesse, tampouco deseja estar à mercê de sua bondade ou maldade na resolução do litígio. Em verdade, o interesse do cidadão é conhecer o que o Direito tem a lhe dizer, de modo que a intenção do legislador foi de despersonalizar a aplicação da lei. (STRECK, 2020).

3.5.2 A crítica de Dworkin à discricionariedade judicial positivista

A dificuldade da teoria positivista que concebe o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, se denota no reconhecimento do caráter impreciso, indeterminado ou lacunoso das regras abstratas, dada a estrutura aberta da linguagem⁸¹. Isso porque quando do desejo de regulação das mais variáveis condutas possíveis, fica evidenciada a inviabilidade de concretude de tal ideal, restando, portanto, ao sistema jurídico o papel de lidar com essa indeterminação, uma vez que não podem deixar de decidir. Assim, para o positivismo, a discricionariedade do juiz satisfaz a inexistência de regras jurídicas nos casos difíceis. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2020).

É evidente que a crença existente de que as regras são normas capazes, por si só, de regular as situações sempre individuais, concretas e infinitamente complexas da vida, sem a mediação do aplicador é inimaginável. Nesse compasso, tal crença produz uma outra crença: a da concepção de imparcialidade do aplicador, que pressupõe uma “cegueira” às especificidades das situações de aplicação e uma ideia de que a elaboração de normas gerais e abstratas perfeitas eliminaria o problema do direito, pois ao aplicador restaria somente um trabalho mecânico e silogístico de aplicação dessas normas às situações concretas da vida, sempre reduzidas a situações padrões, o que sabemos, hoje, ser irracional. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2020, p. 43).

Além disso, em se tratando dos casos difíceis, os juristas Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti expressam que:

O positivismo jurídico de Hart concebe os *hard cases* como casos que não podem ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara, cabendo, portanto, ao juiz fazer uso de sua discricionariedade para decidir. Ao fazê-lo, uma nova regra estaria sendo criada e aplicada retroativamente por mais que o juiz se esforçasse para dar a entender que estaria simplesmente aplicando um direito preexistente, tentando assim salvaguardar a ficção da segurança jurídica. (2020, p. 37)

⁸¹ Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2020, p. 36) manifestam que “é óbvio que não há dicionário ou gramática, por mais bem-feita que seja, capaz de congelar a linguagem. Dicionários e gramáticas ficam defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da gramática das práticas sociais em permanente transformação. A linguagem é algo vivo e vivenciado que não se deixa aprisionar.”

Nesse caso, com a finalidade de combater a discricionariedade do positivismo jurídico e a consequente função criativa que os juízes desempenham a partir de suas decisões nos casos difíceis, tem-se a teoria do direito como integridade de Dworkin e a tese da única resposta correta, já mencionadas nos tópicos anteriores.

O positivismo de Hart, na visão de Dworkin é sinteticamente pautado por duas postulações consideradas básicas. A primeira diz respeito a tese da obrigação, quando o sujeito tem a obrigação de fazer determinada coisa, quando existir uma regra jurídica que assim o determine. Dado esse postulado, o juiz tem a obrigação de aplicar a regra sempre que dela possa se extrair uma obrigação clara. Ao contrário, em não havendo regra clara, na existência de vagueza ou indeterminação, o julgador deverá agir discricionariamente. A segunda postulação constitui a tese da discricionariedade, que afirma que nos casos difíceis, os juízes deverão decidir discricionariamente, não seguindo nenhuma regra jurídica, mas criando uma nova regra jurídica, de modo que suas decisões não estarão certas ou erradas sob o ponto de vista das regras estabelecidas no sistema jurídico. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 161)

Para fins de tornar mais clara a concepção de sua teoria, Dworkin esclarece a existência de três maneiras distintas do conceito do poder discricionário⁸². Das três distinções existentes ao conceito de discricionariedade, pode-se subdividi-las em dois sentidos: a discricionariedade fraca e a discricionariedade forte. É no sentido forte atribuído ao conceito do poder discricionário, que se assenta a crítica ao positivismo de Hart, uma vez que:

Dworkin ressalta que o conceito de sentido forte de discricionariedade não pode (e também não deve) ser compreendido como uma excessiva permissividade. Grande parte das ações praticadas têm em si carregadas questões de racionalidade, eficácia e equidade. O uso do poder discricionário em um sentido forte não permite àquele que deve tomar uma decisão a ausência de bom senso. Em sendo todos possuidores de bom senso, a discricionariedade em sentido forte não significa

⁸² Na primeira maneira distinta do conceito de discricionariedade, diz que “*um homem tem um poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes.*” A segunda maneira identificada é quando “*um homem possui poder discricionário se sua decisão for definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão*” e a terceira maneira distinta é quando “*um homem tem poder discricionário quando algum conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica*” No primeiro sentido se agrupam a primeira e segunda maneiras identificadas por Dworkin, já no sentido forte figura a terceira maneira do conceito de discricionariedade. (DWORKIN, 2020, p. 108-109)

liberalidade, mas que a decisão de um agente não é controlada por determinados padrões que tenham sido por uma autoridade formulados. (FERRI; MARTINS, 2006, p. 271).

Dworkin destaca a importância do modo como os juízes decidem os casos para aqueles que sem veem diante do tribunal. Assim, ressalta que a diferença entre a glória e a ruína nos processos judiciais, pode depender de um simples argumento, que venha a ter menor ou maior grau de importância ou poder aos olhos de outro juiz, ou até mesmo do mesmo juiz no dia seguinte. (DWORKIN, 2014).

A importância dos processos judiciais e as dimensões que tais decisões podem causar, de forma inequívoca, na vida das pessoas, sugere uma responsabilidade coletiva, conforme observamos na passagem em que Dworkin assertivamente dispõe que:

Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida como fora da lei. O dano é mais grave quando se condena um inocente por um crime, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido. (2014, p. 4).

Por óbvio que a discricionariedade (em sentido forte) proposta como solução para os casos difíceis no positivismo jurídico, como também observado na prática jurídica por detrás do livre convencimento motivado, tendem a causar disparidades e incongruências insuperáveis quanto aos possíveis efeitos provocados aos demandantes/litigantes. Evidentemente uma teoria do direito, como suporte ao Estado Democrático de Direito não pode estar alicerçada ao subjetivismo das decisões judiciais, justificadas no poder discricionário ou sob o argumento da indeterminação do direito. Faz-se necessária uma teoria capaz de enfrentar as possíveis indeterminações do direito de forma a impedir excessos, arbitrariedades, voluntarismos e protagonismos judiciais.

Assim, a concepção do direito como integridade, defendida por Dworkin, conjuntamente com a tese da única resposta correta em oposição ao poder discricionário da teoria positivista são importantes contribuições para enfrentarmos a indeterminação do direito e os decisionismos advindos dessa prática.

Isso porque Dworkin (2020, p.51) defende que *“o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”* e assevera que:

O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica. Quase todas as situações nas quais uma pessoa age (inclusive aquelas nas quais não trata de decidir com base em uma autoridade especial e, portanto, sem poder discricionário) tornam relevantes certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia. (2020, p. 53)

O autor diferencia a sua teoria do direito a partir do entendimento de que o sistema de regras defendido pela teoria positivista de Hart ignora os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras. Daí a dificuldade de decisão dos casos difíceis no direito, pois esses casos recorrem a padrões que operam como princípios, políticas e outros padrões que não funcionam como as regras, aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. (DWORKIN, 2020)

Nesse aspecto, os professores Menelick Carvalho Netto e Guilherme Scotti nos esclarecem sobre o caráter normativo dos princípios indicando que:

A perspectiva deciosionista a que chega o positivismo em face da reconhecida indeterminação das regras é rechaçada assim pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do direito. (2020, p. 41)

Dworkin (2014) defende a ideia de que, no Direito, a integridade⁸³ exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas de modo a expressar, o máximo possível, um

⁸³ Dworkin (2014, p. 213) identifica dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.

sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, na qual a integridade se caracteriza como ideal político de uma comunidade, em que os associados se reconhecem reciprocamente como parceiros do direito livres e iguais e obriga, tanto os cidadãos quanto os órgãos legislativos e jurisprudenciais, a efetivar nas práticas e instituições sociais a norma fundamental de iguais consideração e respeito a todos.

Assim, a partir do direito como integridade, busca-se superar a discricionariedade jurídica, dimensionando o direito como uma prática interpretativa que deve conceber uma única resposta correta para as demandas ajuizadas, a partir de um sistema aberto do direito, que articule coerentemente todos os seus elementos, constituído por regras, princípios, precedentes e etc.

A integridade como princípio pressupõe que o julgador, na busca pela única decisão correta, fará um esforço para encontrar a melhor interpretação possível em determinada divergência, dentro de uma concepção coerente, tanto legislativa, no conjunto de normas, quanto jurisprudencial, a partir dos precedentes, significando que nas decisões judiciais, os casos diversos sejam julgados com igual consideração:

É nesse sentido que pode Dworkin falar da exigência de se buscar a *única decisão correta* autorizada pelo ordenamento: não como mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, mas como postura a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não reguladas apresentadas pelos *hard cases*, de densificação dos sentidos abstratos em face de um compartilhamento existente, embora sempre passível de problematização e polemizado, do sentido vivencial dos princípios jurídicos, presente naquela determinada comunidade de princípios, tanto na assimilação prática dos direitos pela sociedade em seu cotidiano, em suas lutas, reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do sentido dessa história pelos órgãos oficiais. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 41)

Ao tempo em que a integridade e a coerência permitem uma prática interpretativa do direito para a busca da única resposta correta, também é importante mencionar que o Direito

como integridade, compreende a imposição de limites ao julgador, conforme afirmado por Streck a seguir:

De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas, pois aponta um caminho. A igualdade política exige que coerência e integridade sejam faces da mesma moeda. (...) Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar um “drible hermenêutico” na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. (STRECK, 2020, p.44-45)

Para o autor, a defesa do livre convencimento dos juízes significa o completo afastamento dos elementos de coerência e integridade, pois autoriza a inexistência de critérios públicos de decisão, ressaltando que, ao tempo em que foi promovida a retirada do livre convencimento do Código de Processo Civil, em 2015, foi incluída textualmente à exigência de coerência e integridade das decisões judiciais.

Também o problema da discricionariedade jurídica, aqui criticada em razão do livre convencimento motivado nas decisões judiciais, está presente desde as primeiras determinações de escolas positivistas e foi abordado por Habermas (2020), quando ao tratar da tensão entre facticidade e validade dentro da jurisprudência no direito, nos revelou que ela se manifesta como uma tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de uma decisão correta, conforme será objeto de análise do próximo tópico.

3.6 A racionalidade da decisão judicial em Habermas.

Conforme visto anteriormente, a *praxis* judicial brasileira ainda é fortemente contaminada pelo subjetivismo judicial do intérprete, sob a figura do livre convencimento motivado. Assim, assume importância analisar teorias do direito que refutam a discricionariedade judicial e buscam, por conseguinte, assegurar maior racionalidade ao processo decisório.

Nesse contexto, possui destaque o pensamento de Habermas, que discorre, na obra *Facticidade e Validade*, sobre a indeterminação do direito e a racionalidade das decisões

judiciais. Entende o autor, que o problema da racionalidade das decisões judiciais pode ser respondido quando é garantida, de forma simultânea, as exigências de segurança jurídica e de pretensão de uma decisão correta. Inclusive, a tensão entre esses dois elementos é a própria tensão entre facticidade e validade manifestada no âmbito da decisão judicial (HABERMAS, 2020, p. 257).

Dessa forma, busca-se estabelecer o ressignificado de segurança jurídica no contexto do direito moderno e como deve ser compreendida a pretensão de decisão correta, segundo a visão de Habermas. Após, será, então, discorrido sobre a necessidade de equacionar a tensão entre tais garantias - numa relação de complementariedade - e qual a teoria do direito melhor se adequa para tal finalidade, com vistas a assegurar maior racionalidade da decisão judicial.

3.6.1 A segurança jurídica e sua ressignificação procedimental.

A segurança jurídica constitui elemento central para a definição da própria ideia de direito, pois a justificativa para a coerção estatal tem como pressuposto o ideal de expectativas asseguradas pelo direito. Com efeito, a segurança jurídica constitui-se em imprescindível sustentáculo para o Estado Democrático de Direito, permitindo a aspiração de estabilidade buscada pela sociedade, por meio de uma ordem jurídica que assegure um mínimo de previsibilidade nas suas relações jurídicas, garantindo que o cidadão tenha prévio conhecimento das normas jurídicas e, conseqüentemente, das conseqüências jurídicas dos seus atos praticados. Sobre essa ligação entre segurança jurídica e Estado de Direito, discorre Lígia Maria Melo:

Apresenta-se como um princípio geral do Direito, refletindo em todas as áreas que o direito baliza, traduzindo o mínimo de certeza positivada em um ordenamento. É impossível ao homem conviver com o semelhante à sombra de todas as dúvidas e incertezas que permeiam sua existência. Ao menos naquilo que advém do sistema, da ordem jurídica instituída, que tenha, ele, a possibilidade do mínimo de previsibilidade. (MELO, 2006. p. 133).

Assim, ante a fundamentabilidade da segurança jurídica, não se deve olvidar sua observância no âmbito da aplicação do direito, pois, conforme Habermas (2020, p. 258), o respeito à segurança jurídica nas decisões judiciais é, por um lado, pressuposto de validade do direito, pois implica que a decisão foi dada em conformidade (dentro) do quadro da ordem

jurídica existente, ou seja, de acordo com as expectativas de comportamento previamente estabelecidas. Por outro lado, é também condição de legitimidade do direito, já que impõe o dever de obediência ao jurisdicionados, ante a transmissão da ideia de que as normas jurídicas estabelecidas nas decisões decorrem de um tratamento análogo para todos os casos semelhantes.

Por outro lado, é válido acrescentar que o significado clássico de segurança jurídica, baseado na ideia previsibilidade inequívoca do direito, afeito a um sistema jurídico baseado no modelo de regras, que são aplicáveis na maneira de tudo ou nada, é inadequado para a complexidade do direito moderno, que, além das regras, possui também princípios como padrões normativos⁸⁴. E os princípios, ante a chamada “textura aberta” (*open texture*) de Hart⁸⁵ ou por não indicar as consequências jurídicas (Dworkin⁸⁶), não permitem obter de forma prévia e segura quanto à possibilidade de prever o resultado pelo jurisdicionado.

Assim sendo, conforme esclarece Habermas (2020, p. 284), o conceito de segurança jurídica no direito moderno exigirá uma reconstrução do seu significado clássico. Em primeiro lugar, é preciso considerar a segurança como um padrão normativo princípio, o qual deve ser compreendido sob um ângulo procedimental, com enfoque a um procedimento equitativo, em que são garantidos aos participantes o esclarecimento discursivo de todas as questões de fato e de direito, assim como a decisão seja dada com base em fundamentos relevantes e coerentes com o direito, e não por motivos arbitrários ou de convicções pessoais:

Desse modo, a segurança jurídica que se apoia no reconhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que precisa ser ponderado em cada caso com outros princípios. A teoria do direito aqui postulada possibilita, em compensação, a “única decisão correta”, que garantem segurança jurídica em um âmbito distinto. Os direitos procedimentais asseguram a cada pessoa de direito uma pretensão a um procedimento equitativo o qual não garante a segurança dos resultados, mas, sim, o esclarecimento discursivo de todas as questões de fato e de direito que

⁸⁴ Dworkin (2010, p. 36): “*Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente nesses casos difíceis (...), eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros padrões.*”

⁸⁵ De acordo com Hart: “*A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.*” (HART, 2001, p.148).

⁸⁶ Dworkin (2010, p. 40): “*(...) não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.*”

se mostrem pertinentes. Dessa forma, as partes afetadas podem contar com um processo decisório no qual serão decisivos não motivos arbitrários, mas apenas razões relevantes. (HABERMAS, 2020, P. 285).

Portanto, analisada a importância da segurança jurídica para a validade e legitimidade do direito, contribuindo diretamente para uma maior racionalidade da decisão judicial, já que o respeito a história institucional constitui limite à discricionariedade do julgador na tomada de decisão, cabe analisar a segunda garantia apontada por Habermas, relacionada à pretensão de uma decisão correta.

3.6.2 A pretensão de decisão correta e a relação entre direito e moralidade

Além de respeito à história institucional, a prática da decisão judicial, para se firmarem como legítimas, precisam ser consideradas corretas pelos jurisdicionados. De fato, em nada adianta respeitar às decisões do passado, quando essas decisões mantêm ou produzem injustiças, exigindo que as fundamentações das decisões se emancipem das contingências do contexto de surgimento e sejam aceitas racionalmente como uma decisão correta (HABERMAS, 2020, p. 258).

Todavia, é preciso esclarecer que a “correção da decisão” é de caráter normativa e não metafísica ou moral, no sentido que a demanda judicial seja decidida à luz do melhor direito vigente, interpretado de forma coerente com as normas do ordenamento jurídico (HABERMAS, 2020, p. 267-268). Ou seja, a “decisão correta” em Habermas não implica em liberar o intérprete-julgador da necessidade de observar o direito vigente, permitindo se valer de argumentos morais no discurso jurídico.

Razão disso, Habermas critica a denominada tese do “caso especial” de Alexy e adota a tese da “resposta correta” de Dworkin. Para melhor compreender a distinção entre os referidos autores, é fundamental diferenciar como eles trabalham a relação entre direito e moralidade, a fim de compreendermos o que Habermas sustenta quando aponta a garantia da “decisão correta”, como pressuposto para racionalidade da decisão judicial.

Dworkin, na obra “A Raposa e o Porco Espinho”, considerada uma das mais importantes ao lado da obra “Império do Direito”, defende a ideia de unidade do valor entre a moral e o direito: *“a raposa sabe muitas coisas, mas o porco espinho sabe uma só. O valor é uma coisa muito importante”* (DWORKIN, 2014b, p. 4). Para o Autor, há um elemento central que une

todas as coisas, inclusive, o direito. E esse elemento unificador (“unidade do valor”) revela-se na ideia do “bem viver”, que se liga à moral particular, à moral política e, por conseguinte, ao próprio direito: *“Também é necessário conceber a estrutura moral em geral como semelhante a uma árvore: o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver.”* (DWORKIN, 2014b, p. 10).

O “viver bem” de cada pessoa enseja opções particulares de vida, de acordo com suas crenças, interesses, cultura, etc. Essas opções éticas de vida defluem de concepções de moralidade particular de cada indivíduo. Por conseguinte, a vida em sociedade, leva os indivíduos a compartilharem grande parte desses valores morais, surgindo a moralidade política. Por sua vez, essa moralidade política, para garantir sua exigibilidade por meio de instituições judiciais e coercitivas, é elevada à condição de direito. Por exemplo, questões como “não mentir”, “não roubar”, “não matar” são questões morais. No entanto, a sociedade pode entender que, não obstante mentir seja errado (moral particular), não precisa tal questão moral ser protegida pelo direito, diferentemente de “não matar”, que é compreendido como algo importante a ser protegido pela sociedade por meio do direito. Assim, na analogia com uma árvore, o viver bem seria o tronco; a moralidade individual, os galhos maiores; a moralidade política os galhos médios; por fim, o direito seria os pequenos galhos que saem dos galhos médios (viver bem – moralidade pessoal – moralidade política – direito).

Dessa forma, o discurso jurídico é delimitado pelo próprio direito, que consagrou os princípios de moralidade política vigentes da comunidade. A moralidade não está acima do direito, mas ela é refletida no direito, que assimilou conteúdos morais traduzidos para o código jurídico, que devem ser interpretados de forma coerente, não podendo o intérprete valer-se da moralidade pessoal ou de uma moralidade fora do direito, como se fossem dois sistemas independentes.

Diferentemente, Alexy (2015, p. 35), ao formular a tese do caso especial, entende que, em razão das limitações e lacunas dos enunciados normativos (não conseguem prever soluções para todos os casos), há situações “especiais” (por isso, a ideia de caso especial) que exigirá do interprete-jugador valer-se de argumentos da razão prática para solução do caso, surgindo, então, a possibilidade de raciocínios morais no direito, o que abre possibilidade até mesmo para uso da moral particular no processo decisório:

Pode-se afirmar que a argumentação jurídica chega até um determinado ponto em que já não possíveis outros argumentos especificamente

jurídicos e que, nesse momento, tem de entrar em jogo a argumentação prática geral. Essa proposição pode ser denominada de tese da adição. Além disso, há a possibilidade de que o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais. Essa concepção, que pode ser caracterizada pela expressão tese da integração, será adotada aqui. (ALEXY, 2015, p. 35).

Assim sendo, enquanto Habermas, apoiado em Dworkin, entende que a moralidade é o reflexo no direito positivado⁸⁷, a tese de Alexy permite o uso de argumentos morais da razão prática na decisão judicial. Consequentemente, essas duas formas de enxergar a relação entre moralidade e direito levam a consequências totalmente distintas relacionadas à racionalidade do direito, já que abertura aos argumentos morais na aplicação do direito vulnera o princípio da separação dos poderes e permite maior discricionariedade na decisão judicial.

Razão disso, Habermas critica a tese do caso especial de Alexy, pois não resolve o problema da racionalidade da decisão judicial ao romper com o caráter deontológico do direito, relativizando a ideia de resposta correta, ao permitir o uso de raciocínios morais na decisão judicial.

Desse modo, compreender a relação entre direito e moralidade é fundamental para entender o significado de “pretensão de uma decisão correta” em Habermas, que entende, assim como Dworkin, que os *“pontos de vista moral cumprem um papel na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou conteúdos morais de modo inevitável”*. (HABERMAS, 2020, p. 265-267). E as razões morais penetram no direito pelo processo democrático de legislação, de modo que a moral possui sua sede primária na vontade do legislador e os *“efeitos da moral no direito significam apenas que conteúdo morais foram traduzidos ao código jurídico e passam a ser adotados de um outro modo de validade”*. (HABERMAS, 2020, p. 267).

⁸⁷ Ainda que as decisões judiciais sejam fundamentadas com elaboração de princípios não expressos (literalmente) na legislação, tal justificação só é possível porque o próprio “direito válido incorpora conteúdos teleológicos e morais, assimilando em especial as razões decisórias do legislador” (HABERMAS, 2020, p. 269).

3.6.3. A simultaneidade entre segurança jurídica e correção normativa no âmbito da decisão judicial.

A racionalidade da decisão judicial irá exigir que ambas garantias (segurança jurídica e decisão correta) sejam resguardadas simultaneamente, numa relação de complementariedade (cooriginalidade), em decorrência da função sociointegradora do direito e de sua pretensão de legitimidade, a fim de que tenhamos decisões consistentes e aceitáveis racionalmente (HABERMAS, 2020, p. 258).

E como tais garantias não são diretamente relacionadas, produzindo uma tensão (a segurança jurídica levada ao extremo pode obscurecer a decisão correta, e esta, por sua vez, se considerada isoladamente e com primazia, poderá esvaziar por completo o ideal de segurança jurídica), é preciso buscar uma solução equalizadora entre essas duas garantias no âmbito da prática das decisões judiciais, de modo que ambas sejam respeitadas e consideradas ao mesmo tempo, não comprometendo nenhuma dessas garantias.

Conforme exposto anteriormente, a segurança jurídica imporá que a decisão judicial seja tomada no quadro da ordem jurídica vigente, observando as decisões passadas de legisladores (leis) e de juízes (precedentes), de tal modo que essa história institucional seja o pano de fundo da prática judicial. Por sua vez, o critério da correção da decisão, impõe, não apenas a observância a história institucional, mas um a pretensão de legitimidade da ordem jurídica, de modo que as decisões sejam aceitas pelos parceiros do direito como decisões racionais, à luz das regras e dos princípios legítimos encontrados no sistema de direitos. Haverá uma passagem do enfoque histórico para o sistêmico, efetivada mediante o respeito das premissas anteriormente dadas (história institucional), para uma justificação externa das próprias premissas, no qual a decisão correta é localizada na interpretação do próprio direito vigente, compreendido em sua integralidade e de forma coerente.

Dessa forma, essa harmonização tensionada das referidas garantias é a chave para atacar o problema da racionalidade da jurisprudência:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, assim, em responder como a aplicação de um direito surgido em termos contingentes poder ser cumprida de forma internamente consistente e fundamentada externamente de modo racional, garantindo com isso

simultaneamente a segurança jurídica e a correção normativa. (HABERMAS, 2020, p. 259).

E a teoria do direito que melhor consegue responder a essa necessidade de equalização (respeitar ao mesmo tempo ambas as garantias) é, segundo Habermas, a teoria do direito de Dworkin, tendo em vista que as outras concepções teóricas do direito apresentam graves falhas nessa tarefa (HABERMAS, 2020, p. 259-261). Em síntese, Habermas aponta os seguintes problemas nas concepções teóricas do direito denominadas de hermenêutica jurídica, de realismo jurídico e do positivismo jurídico: (i) a hermenêutica jurídica, ao apostar em uma eticidade tradicional autoritativa, não consegue se adequar em sociedades pluralistas, com diferentes tipos de crenças e interesses, além de afastar do ideal de segurança jurídica, já que a “sabedoria jurisprudencial antecede a lei”; (ii) o realismo, em sua visão cética do direito, além de não conseguir explicar como funcionamento do sistema jurídico se compatibiliza com uma consciência cética do direito, torna a decisão jurídica similar ao processo político de poder, afastando por completo da história institucional (legislação e precedentes) e possibilitando ampla discricionariedade judicial, o que afeta severamente, de igual modo, a garantia da segurança jurídica; (iii) por sua vez, o positivismo jurídico, ao buscar a racionalidade mediante uma primazia da história institucional purificada de qualquer fundamento de validade extrapositivo ou mesmo da moral⁸⁸, obscurece a garantia da correção normativa da decisão judicial, haja vista que se uma lei for injusta, mas atender aos critérios aceitos pela comunidade para determinar o que é o direito, essa lei é válida. Além do que, a própria garantia da segurança jurídica, que seria a grande defesa do positivismo, também é falha, já que, nos chamados *hard cases*, o juiz passa a decidir segundo sua própria discricionariedade.

Dessa forma, as três correntes teóricas do direito citadas são inadequadas para a garantia da racionalidade da decisão judicial, levando Habermas (2020, p. 264) a se apoiar na teoria do direito de Dworkin, por entender que é a que melhor satisfaz simultaneamente as exigências de segurança jurídica e de correção da decisão, rompendo com a discricionariedade judicial na aplicação do direito e, ao mesmo tempo, defendendo a necessidade de uma decisão racional, que se afirma no sentido deontológico de validade das normas jurídicas.

⁸⁸ Com efeito, para o positivismo jurídico, a gênese do direito não é suscetível de justificação racional, pois a norma fundamental ou regra de reconhecimento é apenas factualmente aceita, de modo que a validade das normas jurídicas é dada pelo procedimento de criação em detrimento do conteúdo da norma.

CONCLUSÃO

Não é de hoje que decisões judiciais são objeto de interesse constante para análise de estudantes, juristas e pesquisadores, que buscam examinar a função jurisdicional no contexto das teorias do direito. Em verdade, existe uma certa atração em observar se essas práticas judiciais estão promovendo a melhor e adequada aplicabilidade do direito.

O maior interesse em analisar decisões judiciais adquire especial contorno quando nos deparamos com a reflexão que insiste em nos desafiar: Como decidir corretamente em um país tão desigual? (STRECK, 2023, ebook)

As desigualdades são tantas e em tantos aspectos, que a busca por uma “justiça justa” parece uma meta inalcançável, ainda mais quando nos deparamos com práticas jurisdicionais que remetem ao protagonismo judicial, ao subjetivismo, que dependem do convencimento dos julgadores e de suas escolhas, estas pautadas, na maioria das vezes, em opiniões pessoais e na consciência individual.

Sob essa perspectiva, surge a necessidade de aplicar aquilo que os juristas Sérgio Cademartori e Lenio Streck, chamam de “*fator Julia Roberts*”⁸⁹, que significa sustentar que uma Suprema Corte cometeu equívocos. Explicando melhor, esse fator se refere a possibilidade de os tribunais falharem e da necessidade que parte da doutrina, dos juristas, estudantes e pesquisadores apontem essas falhas, com vistas à superação do argumento de autoridade produzido judicialmente. Assim, deve ser possível dizer que uma decisão judicial está certa ou errada, a partir de critérios objetivos e jurídicos. (STRECK, 2023b, ebook)

O presente trabalho se impõe exatamente pela necessidade de analisar o contexto de decisões judiciais que tratam o problema de pesquisa por perspectivas bastante opostas, isto é, a partir de um problema social identificado, algumas universidades brasileiras buscaram estratégias para reduzir os efeitos das desigualdades de acesso a estudantes da própria região, na educação superior. No entanto, a intensa judicialização da ação afirmativa culminou com posicionamentos divergentes nas esferas do Judiciário, tornando-o um problema jurídico.

⁸⁹ O chamado fator Julia Roberts é uma expressão cunhada após o lançamento do filme *O Dossiê Pelicano*, dirigido Alan J. Pakula e baseado na obra de mesmo nome de John Grisham, lançada em 1992. No filme, uma aluna interpretada por Julia Roberts interpela o professor para dizer que a Suprema Corte estava errada, quando decidiu acerca da inconstitucionalidade de lei em vista da violação à privacidade dos cidadãos. Na ocasião, o professor afirma se tratar de um precedente e demonstra aceitar a decisão sem criticá-la. (STRECK, 2023b, ebook)

Nesse cenário, a pesquisa tinha por escopo examinar a constitucionalidade da política de bonificação regional, implementada pelas universidades públicas da região Norte do país. O recorte foi necessário, tendo em vista que caso a pesquisa fosse mais abrangente em termos geográficos, distintas respostas poderiam satisfazer a hipótese.

De todo modo, hipoteticamente, se o problema de pesquisa fosse: é constitucional a política de bonificação regional nas universidades públicas brasileiras? A resposta seria depende! Depende porque o problema de pesquisa não é só uma questão de direito, mas também é, essencialmente, uma questão de fato.

O problema jurídico objeto de estudo é uma política de ação afirmativa. Assim, a existência de uma ação afirmativa pressupõe a existência de fatos e circunstâncias que justificam a intervenção do Poder Público no intuito de reduzir desigualdades e gerenciar os desequilíbrios nas sociedades. É sob esse contexto que se vislumbra uma análise judicial em que seja considerada a realidade social e não uma análise meramente normativa, que uniformize o entendimento da matéria.

Daí que, a considerar os direitos fundamentais e suas garantias, uma variedade de fatos podem se submeter ao exame de constitucionalidade. Não há como desprezar os fatos dessa análise. Quando há diferenciação promovida pela norma, indispensável verificar se os fatos em que a norma se baseou justifica a imposição de tratamento diferenciado para combater a desigualdade.

Marinoni (2024, p.63) aponta que *“não há dúvida que a discriminação positiva ou a ação afirmativa é, em abstrato, constitucional. O real problema, que envolve a constitucionalidade de toda e qualquer ação afirmativa, está na sua correspondência aos fatos que a justificaram.”*

Por isso não seria possível uniformizar uma resposta ao questionamento, se o problema de pesquisa não fizesse o recorte geográfico. Nesse caso, é óbvio que cada universidade brasileira tem uma realidade diferente, de acordo com a localidade em que está inserida. Talvez não seja pertinente uma política de bonificação ser implementada em universidades da região Sudeste, por exemplo, simplesmente por não terem sido identificados problemas sociais de desigualdade de acesso aos cursos de medicina, pelos estudantes de mesma localidade da instituição; talvez existam profissionais médicos em quantitativo suficiente na região, que suporte um sistema de saúde capaz de prestar atendimento à população; talvez não haja necessidade de uma política de desigualação compensatória entre candidatos vindos de outras

regiões, por estes não representarem uma exclusão na ocupação das vagas ofertadas e pela existência de maior quantitativo de universidades públicas e de vagas no curso de medicina em seu estado.

A exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.868 – Distrito Federal, já mencionado no item 2.5.2, o Ministro Gilmar Mendes manifestou tratar-se de “*critério espacial que não se justifica em razão da política de ação afirmativa que busca garantir igualdade de oportunidade aos oriundos da escola pública.*”. Ou seja, não havia razão concreta verificável, que justificasse a implementação de política de tratamento diferenciado. Nesse caso, não é possível universalizar esse entendimento a qualquer outra situação, exatamente porque a inconstitucionalidade da lei distrital se deu em função da realidade dos fatos não demonstrarem necessidade de equiparar as condições. O Ministro afirma que atribuir a um indivíduo tratamento jurídico diferenciado, favorável ou desfavorável, não dispensa dos reais elementos diferenciadores que justifiquem a concessão do referido *discrímen*. Entendeu também não haver correlação lógica, racionalmente justificável, para consagrar a limitação de ordem espacial.

Assim, considerando o recorte geográfico da pesquisa, restringindo a análise da constitucionalidade da política, sob a perspectiva da região Norte do país, é relevante examinarmos se os motivos e circunstâncias justificadoras para a implementação da bonificação regional se confirmam no plano fático.

A existência de desigualdades sociais, econômicas e educacionais entre as regiões brasileiras é de conhecimento geral, especialmente, as enfrentadas na região Norte. Não é uma novidade, tampouco é objetivo desta pesquisa tratarmos especificamente desses aspectos ou comprovarmos a sua existência. As questões que abordam o desenvolvimento regional e os desequilíbrios sociais já foram temas de importantes pesquisas e estudos científicos na área das ciências humanas e sociais.

No entanto, diante da necessidade de avaliarmos a pertinência dos motivos para a implantação da política de ação afirmativa no âmbito das universidades da região Norte, tratamos de utilizar da análise documental e de dados e informações oficiais. Após o estudo comparativo, considerando todas as informações coletadas e interpretadas, restaram demonstradas as disparidades entre as condições de acesso à educação superior, tomando por base os desníveis educacionais, verificados a partir da comparação do desempenho dos candidatos, entre as regiões, nas provas do Enem. Essa análise buscou avaliar a nota dos

candidatos, por região, nos últimos cinco anos, comprovando não ser um fato pontual, mas algo que se tem prolongado, sendo uma situação consolidada e permanente.

As razões do abismo existente nas condições de acesso à educação superior pública para os cursos de medicina são complexas, não decorrem exclusivamente de uma única dimensão, mas de muitas e antigas razões. A política pública de bonificação regional, nesses contextos, tende a reduzir a exclusão de estudantes em função dos desníveis verificados, proporcionando uma disputa mais isonômica.

Considerando, ainda, a taxa de demografia médica, isto é, a quantidade de médicos por mil habitantes, os estados da região Norte possuem índices abaixo da média nacional, permanecendo com o pior cenário comparado às demais regiões. A média da região Norte é de 1,65 médicos por mil habitantes, enquanto a região Sudeste possui 3,62 médicos. Ou seja, mais que o dobro de médicos no sistema de saúde.

Ao tratamos da política de bonificação regional nos cursos de medicina, estamos abordando questões de direitos fundamentais de acesso à educação e de acesso à saúde, pois abrange também uma política para ampliação e fixação de médicos nessas regiões tão desassistidas de profissionais da área, como uma política de médio a longo prazo, visando ampliar a oferta dos serviços de saúde nessas localidades.

Especificamente em relação ao estudo de caso apresentado, a Universidade Federal do Acre tem sido demandada judicialmente contra a política de bônus regional. Nessa senda, considerando um maior arcabouço de informações juntadas, além dos dados já mencionados, é possível identificar a existência do problema social de exclusão ao acesso às vagas no curso de medicina dos candidatos de localidade da Ufac e regiões adjacentes. Os dados apresentados no tópico 1.4, confirmam a dificuldade de ingresso dos estudantes do estado do Acre no curso de medicina e demonstram que a partir do SiSu, a concorrência pelas vagas do curso da Ufac ampliou exponencialmente, revelando um maior interesse de candidatos de outras unidades da federação. Além disso, os desníveis educacionais foram evidenciados com as dificuldades que candidatos do estado tinham em ocupar essas vagas.

Não há dúvidas, portanto, que os fatos e as circunstâncias concretas que motivaram a implementação da política afirmativa na Ufac são reais e plenamente verificáveis. Assim, de acordo com a teoria do conteúdo jurídico da igualdade, são justificáveis racionalmente a política para adotar tratamento jurídico específico. De modo que ao invés de promover desigualdade,

conforme alguns juízes entendem, a política pretende dar iguais condições de acesso aos estudantes do estado do Acre, que restaram excluídos do curso de medicina da Ufac.

O tratamento de atribuir um incremento na nota do Enem desses candidatos, guarda total relação lógica para enfrentar o problema e mitigar os efeitos negativos da exclusão antes verificada. Ademais, seguindo a lógica dworkiniana, os candidatos possuem legítimo direito de serem selecionados de acordo com a política de admissão instituída, a partir do que for definido como missão institucional. No caso, a Ufac ao criar o curso de medicina definiu a missão pela qual o curso estaria sendo implantado, que é de promover melhorias no sistema de saúde na região, a partir da formação de médicos que reconheçam as necessidades regionais.

Os resultados da pesquisa assinalaram, portanto, que é legítima a política de bonificação regional nas universidades da região Norte do país, quando considerados os fatos e circunstâncias reais de desigualdades, que devem ser demonstrados para justificar a medida de inclusão, sem que seja uma política que se confunda com favorecimento.

A partir do percurso desenhado na pesquisa, ficou evidenciado que não ofende ao princípio da igualdade, a política de bônus regional para as universidades da região Norte. Pelo contrário, a política visa ampliar a igualdade de condições, visando o atingimento da igualdade material e não meramente formal, tendo em vista o estabelecido expressamente no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal, como sendo um dos objetivos fundamentais da República, o de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Por esse dispositivo constitucional, não basta simplesmente que não sejam toleradas desigualdades, há uma exigência prática no dispositivo, a de que sejam adotados procedimentos e medidas para reduzir de fato as desigualdades existentes na sociedade brasileira.

Além disso, ficou comprovado que a decisão de adotar a ação afirmativa é perfeitamente compatível com a competência das universidades para implementar a bonificação regional por ato próprio, em função da autonomia universitária constitucional, não havendo, portanto, ilegalidade nas normativas internas dessas instituições.

Como resultado da pesquisa, observamos que no estudo de casos, a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas foram preservadas, a se considerar o resultado do quantitativo de ingressantes antes e depois da política de bonificação regional na Ufac, que evidenciou não ter havido exclusão de estudantes de outros estados. Ao contrário, houve a inclusão de estudantes do estado do Acre, de maneira que se observou um equilíbrio entre os estudantes ingressantes no curso de medicina da Ufac.

Por meio do desenrolar da pesquisa e com base nas considerações desenvolvidas, é necessário refletir criticamente sobre como os fundamentos das decisões judiciais contrárias à constitucionalidade do bônus regional trataram a análise do caso concreto.

Podemos observar que as decisões judiciais colacionadas no item 2.1, não se referem exclusivamente aos casos das universidades da região Norte do país. Em verdade, colacionamos, propositadamente, posições de Tribunais Regionais Federais com jurisdição em estados de outras regiões, a exemplo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, no processo nº. 5000428-80.2017.4.04.7103/RS, referente ao caso da Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA. Naquele processo, a Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA, implementou bonificação regional de 20%. No julgamento, foi reconhecida a ilegalidade da bonificação regional, sob o argumento de que o benefício não possui amparo legal e fere o preceito constitucional da igualdade, pois mitiga o princípio da concorrência segundo às aptidões intelectuais dos candidatos. Afirma que o critério infringe o art. 19, inc. III, da CF, que veda ao ente público criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, ressaltando que a bonificação regional gera critério discriminatório que privilegia alunos somente em razão da área territorial, em que estão localizados, não atendendo ao princípio da proporcionalidade.

A perspectiva de avaliar uma decisão judicial externa à jurisdição dos estados da região Norte do país tem um sentido específico, o de demonstrar que as decisões judiciais nas variadas jurisdições e instâncias judiciais repetem basicamente os mesmos fundamentos, tratando exclusivamente das questões de direito, especificamente dos princípios constitucionais, sem mencionar e examinar as questões de fato, a realidade das circunstâncias que promoveram a implementação da política afirmativa de bonificação.

Obviamente, as condições da Universidade Federal do Pampa e a motivação que determinou a implementação da política daquela universidade diferem dos motivos e das condições da Universidade Federal do Acre e de sua política de bonificação regional. Nessa senda, não é concebível que as razões para considerar a ilegalidade e inconstitucionalidade das políticas sejam idênticas em ambos os casos.

A questão da igualdade já foi tratada exaustivamente no item 3.3, e, em relação à política da Ufac, foi demonstrada que a mesma não ofende o princípio isonômico. As decisões judiciais que alegam ofensa ao princípio da igualdade na bonificação regional da Ufac, defendendo uma “pseudo” igualdade e a não promoção de distinção entre brasileiros, na verdade, acabam por

determinar que as severas desigualdades existentes permaneçam ocultas e perdurem como uma realidade para aqueles que enfrentam as situações de exclusão.

As distinções entre brasileiros já existem e são muitas. Nem todos são tratados com igual consideração e respeito. A depender de onde nasçam podem não ter acesso à direitos básicos e, ainda assim, afirmamos que todos são iguais perante a lei. Que igualdade é essa? Que atropela alguns e privilegia outros.

A própria lei cuidou em alguns casos de promover a distinção entre brasileiros, na perspectiva de corrigir desequilíbrios próprios da vida nas sociedades modernas, como na hipótese das cotas raciais, na da diferença de idade para aposentadoria, distinguindo homens e mulheres e etc.

As diferenciações de tratamento são necessárias no mundo jurídico e real, afinal não seria possível tratar a todos da mesma maneira. Não há tendência do direito a favor do igual tratamento e da padronização. *“A presunção de igual tratamento se relaciona com uma visão conservadora que procura impedir que o direito à igualdade seja utilizado para impulsionar mudanças sociais.”* (DIMOULIS, 2023, ebook)

Dimitri Dimoulis (2023, ebook), citando Alexy, defende que, quando não houver razão suficiente para permitir um tratamento desigual, então, o tratamento igual se impõe obrigatório. Por outro lado, em havendo razão suficiente para o dever de tratamento desigual, logo, o tratamento desigual será obrigatório.

O Judiciário não deve ignorar e fechar os olhos para as desigualdades e os desníveis na educação, verificáveis por dados oficiais, de modo a fazer perdurar uma realidade de exclusão e de muitos não para parte da população brasileira. Não existe igualdade na manutenção do *status quo*, o que existe é a manutenção da ocupação dos espaços de poder por aqueles que já possuem melhores condições de competitividade.

Aliás, o que se tem são decisões que privilegiam a discricionariedade judicial, o ativismo, em que os julgadores decidem com base em concepções e opiniões próprias sobre o que entendem ser justo, decidem por mera proclamação de princípios constitucionais, se sobrepondo à discricionariedade administrativa dos gestores públicos, que possuem a prerrogativa de fazer as escolhas sobre políticas públicas, visando minimizar e corrigir os efeitos das desigualdades identificadas.

É certo que a prestação jurisdicional é realizada por pessoas, os juízes, e assim sendo, suscetível de subjetividades. No entanto, as decisões precisam ter caráter institucional, não afeto às meras opiniões dos julgadores ou de seu livre convencimento e de convicções pessoais do que é o justo.

Não é difícil notar a forma como os julgadores se apossam de princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e como fazem uso da ponderação alexyana para transformá-los em enunciados performativos. (STRECK, 2017). Esses, muitas vezes transformam a já criticada discricionariedade judicial em arbitrariedades.

O direito a uma decisão correta é questão primordial em um estado democrático de direito, isso porque esse modelo de Estado não se preocupa apenas com a declaração de direitos, mas, principalmente, como garantir formas de protegê-los. Assim, a busca pela resposta correta a um caso difícil reduz sobremaneira decisões subjetivas e a discricionariedade judicial, que deve ser combatida em função de seu caráter antidemocrático e naturalmente arbitrário.

Por fim, com base em todo o contexto da pesquisa, concluímos que é constitucional a política afirmativa de bonificação regional nas universidades da região Norte do Brasil, por ser medida definida e implementada a partir de análises e estudos oficiais, que demonstram a necessidade de intervenção do Poder Público para redução das desigualdades entre estudantes das regiões brasileiras, verificadas no acesso ao curso de medicina, não violando dispositivos e princípios constitucionais.

A constitucionalidade da política é evidenciada considerando que mitigar os efeitos do desnível educacional é medida legítima, compatível com o objetivo constitucional de reduzir as desigualdades regionais e promover a igualdade material entre candidatos de outras regiões do país, equiparando oportunidades de acesso e proporcionando a competitividade isonômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A autonomia universitária e suas dimensões no direito brasileiro**. R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região, Brasília, DF, ano 32, n. 1, 2020, p. 5 – 28.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal:** 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico, Maria Paula Dallari Bucci (org.), São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari, SOUZA, Matheus Silveira de. **A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa**. In: Sequência: Estudos jurídicos e políticos. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, VOL. 43, N. 90, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2022.e85500>.

CADEMARTORI, Sérgio; KUHN, Lucas. Dois modelos de constitucionalismo: Entre o principialismo de Dworkin e o garantismo de Luigi Ferrajoli. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória. **Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2016. Disponível em: <
<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38>>

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

CAVALIERI, Davi Valderato Gomes. **Autonomia Universitária: trinta e cinco anos após a constituição de 1988**. Ebook, 2023.

CUNHA, Maurício Ferreira. **O (livre) convencimento motivado e o indissociável direito fundamental à prova – base para a legitimidade dos provimentos**. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio, (organizadores). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2023. Ebook

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 2020.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**. Tradução Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008

FERRAZ, A. C. da C. **Autonomia universitária na Constituição de 1988**. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 215, p. 117–142, 1999. DOI: 10.12660/rda.v215.1999.47311. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47311>.

FILHO, Penildon Silva. **Políticas de Ação Afirmativa na Educação Brasileira: estudo de caso do programa de reserva de vagas para ingresso na Universidade Federal da Bahia**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Brasília* a.38. n. 151, jul/set. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf>.

HABERMAS, Jünger. **Facticidade e validade**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LOPES, Ziel Ferreira. **Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil**. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coordenador). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. Ebook.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANSOUR, Isla Maria A. de S. **O STF e a divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos: uma análise crítica do recurso extraordinário 652.777-SP**. Orientador: Argemiro Cardoso Moreira Martins. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31106>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Fatos Constitucionais?: a (des)coberta de uma outra realidade do processo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. **O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin**. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí - SC, v.11, n. 2, p. 265-289, jul -dez 2006. Disponível em: <

https://www.academia.edu/15824484/O_PROBLEMA_DA_DISCRICIONARIEDADE_EM_FACE_DA_DECIS%C3%83O_JUDICIAL_COM_BASE_EM_PRINC%C3%8DPIOS_A_CONTRIBUI%C3%87%C3%83O_DE RONALD DWORKIN

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?** 2007. Disponível em: <
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25420-25422-1-PB.pdf>>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Vânia Cardoso André de. **A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direitos sociais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. 292 p. – (Série monografias do CEJ; v. 24) Disponível em: <file:///C:/Users/elisi/Downloads/Serie+Monografias+24+-+COMPLETA.pdf>.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 40. ed. Barueri: Atlas, 2024.

MULLER, Pierre. **As políticas públicas**. Trad. Carla Vicentini. Niterói: Eduff, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55. jan/abr. 2005.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas**. Estudos Feministas, Florianópolis, 16: 424, p. 887-896. set/dez. 2008.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Autonomia universitária: As universidades públicas e a Constituição Federal de 1988**. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Trinta anos de **autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios**. Educação e Sociedade. Campinas. vol. 39, n. 145, pp. 946-961, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/ES0101-73302018205173>. Acesso em: nov. 2024.

RESENDE, Fernando Regis. **Além das cotas: aspectos jurídicos e éticos das ações afirmativas**. 1. ed. Rosana: ebook, 2021

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Brasília a.33. n. 131, jul/set. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: dez. 2024.

SAFATLE, Vladimir. **Igualdade(s) como princípio da democracia real**. Jornal da USP; São Paulo: 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=594523>.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito**. Trad. Bhuví Libanio 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias, Maria Alice Máximo 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. Ebook.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2014. Ebook.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Estudo Sociojurídico Relativo à Implantação de Políticas de Ação Afirmativa e seus Mecanismos para Negros no Brasil: aspectos legislativos, doutrinário, jurisprudencial e comparado**. Ministério da Educação, 2004. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=18587. Acesso em setembro de 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Ebook.

STRECK, Lenio Luiz. **DOSSIÊ RONALD DWORKIN: Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista Direito e Práxis, vol. 4, n. 7, p. 343-367, 2013b. DOI: 10.12957/dep.2013.8350 Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Exorcizando o livre convencimento!**. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio, (organizadores). O fim do livre convencimento motivado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, - livre convencimento motivado e livre apreciação da prova?** In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio, (organizadores). O fim do livre convencimento motivado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Ebook

STRECK, Lenio Luiz. **Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro.** In: OMMATI, José Emílio Medauar (coordenador). Ronald Dworkin e o direito brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. Ebook.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito.** São Paulo: Editora Dialética, 2023. Ebook

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário senso incomum: mapeando as perplexidades do Direito.** São Paulo: Editora Dialética, 2023b. Ebook