

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

JOSÉ HUMBERTO MARTINS BORGES

**AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
reflexões acerca dos seus entraves, limites e possíveis retrocessos**

Porto Alegre

2021

JOSÉ HUMBERTO MARTINS BORGES

**AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
reflexões acerca dos seus entraves, limites e possíveis retrocessos**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Porto Alegre

2021

Dedicatória

Dedico à minha mãe: dona Diva. A pessoa mais forte que conheço. Uma pessoa que teve que enterrar nos anos de 2000, 2003 e 2009, seu marido e dois filhos, respectivamente. Todos vítimas de homicídio.

Como podes encontrar força para sorrir e seguir a vida? Como podes? Não sei a resposta, mas és minha inspiração para acreditar que podemos fazer mais por esse mundo e que devemos sempre ter esperança e acreditar em uma vida melhor e que tudo pode dar certo.

Essa mesma dedicatória fiz em 2010, quando concluía outro curso de graduação na UFRGS. Nada mudou nesses dez anos: continua sendo minha inspiração e exemplo dessas divas brasileiras que teimam em ter fé na vida.

AGRADECIMENTOS

Não poderia iniciar essa página sem agradecer à existência da universidade pública. Ela se torna metonímia da consolidação de direitos sociais ao longo do meu caminhar. É por meio da existência da “coisa pública” que pude ingressar na UFRGS. Foi esse ingresso que me permitiu estar nesse momento concluindo o curso de Ciências Jurídicas e Sociais, ocupando um lugar que historicamente é negado a filhos de empregadas domésticas e mestres-de-obras. Também foi por meio desse ingresso que resistir à marginalização, a qual jovens de periferia sofrem todos os dias. Para muitos, como eu, não é apenas metáfora, pois torna-se literalmente a separação entre a vida e a morte.

Não posso deixar de agradecer ao PEAC (Projeto Educacional Alternativa Cidadã), ação de extensão da UFRGS, da qual sou Coordenador desde 2005. Foi a luta pela educação popular que me levou às cadeiras da Faculdade de Direito, na busca por instrumentos capazes de me qualificar como educador e cidadão. Minha graduação em Direito é resultado das inúmeras vezes em que não pude auxiliar alunos do PEAC, quando tinham seus direitos negados ou alijados: obrigado PEAC.

Desse encontro, surge o Professor Ricardo Camargo. Ele está nessa posição de agradecimento, não por importância, mas por ser consequência desse processo. Sua orientação foi essencial para a realização desse trabalho. A cada observação em meu trabalho, instigava-me a estudar mais, a pesquisar mais e ler muito mais. Da mesma forma, sua preocupação com o desenvolvimento do trabalho: cada e-mail e mensagens enviados a mim para saber como estava o andamento do trabalho; sua presteza e disponibilidade em responder, inclusive em feriados e domingos, foram fundamentais. Sem sua orientação, certamente não conseguiria ter forças para continuar em meio às idiossincrasias dessa terrível pandemia: muito obrigado, professor.

Por fim, chegar até aqui só foi possível pelo apoio, carinho e companheirismo da minha médica favorita: Suelen. Vê-la estudando todos os dias, do nascer ao pôr-do-sol, com o objetivo de conseguir se tornar médica, quebrando a engrenagem da roda vida da desigualdade social. Essa, que na história do Brasil sempre alijou e preteriu filhas da empregada doméstica de serem médicas, foi minha fonte de inspiração e motivação. Por isso, além de amor, tenho por ti uma profunda admiração: obrigado, meu amor.

“a crise educacional do Brasil da qual tanto se fala, não é uma crise, é um programa. Um programa em curso, cujos frutos, amanhã, falarão por si mesmos.”

Darcy Ribeiro, ano de 1986.

RESUMO

O presente trabalho envidou esforços a fim de demonstrar a fundamental distinção entre o conceito previstos na Constituição de 1988 de autonomia universitária e a autonomia concedida aos Entes da Federação ou a órgãos do Estado. A partir dessa diferenciação, buscou-se demonstrar como a autonomia universitária encontra-se ameaçada, seja pela intervenção do Ministério da Educação na nomeação de seus reitores e diretores, seja nas restrições orçamentárias resultantes da Emenda Constitucional 95. Buscou-se, ainda, demonstrar de que forma a referida Emenda vai de encontro ao princípio da vedação de retrocessos, impedindo avanços em direitos sociais, tais como a constitucionalização da educação como direito público subjetivo, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), além de limitar severamente o escopo da pesquisa e das demais atividades acadêmicas, contribuindo decisivamente para a supressão ou restrição de direitos. Por fim, refletiu-se sobre as inúmeras teses e ações de agentes nacionais e internacionais que modificam o entendimento de educação, procurando transformar este direito social em uma *commodity*, ou seja, sujeita às leis de mercado. Com isso, a educação deixaria de ser um direito social, o qual, por sua natureza, deveria ser garantido pelo Estado.

Palavras-chave: Autonomia Universitária. Direitos Sociais. Emenda Constitucional. Vedação ao Retrocesso. Educação.

ABSTRACT

The current study has made efforts to demonstrate the fundamental distinction between the concept of university autonomy provided by the Brazilian Constitution of 1988 and the autonomy granted to the Federated States or State agencies. Based on this differentiation, we demonstrated how the university autonomy is threatened, either by the Ministry of Education interfering in the nomination of rectors and principals, or by the budget restrictions resulting from the Constitutional Amendment 95. We also sought to demonstrate how this Amendment goes against the non-regression principle, once it prevents advances in social rights, such as the constitutionalization of education as a subjective public right, the Fund for the Maintenance and Development of Basic Education and the Valorization of Education Professionals (Fundeb), as well as it limits severely the scope of research and other academic activities, contributing decisively to the suppression or restriction of rights. Finally, we reflected on the countless theses and actions of national and international agents that change the understanding of education, trying to turn this social right into a commodity, that is, subjected to the laws of the market. Thereby, education would cease to be a social right, which, by its nature, should be guaranteed by the State.

Key-words: University Autonomy. Social Rights. Constitutional Amendment. Non-regression. Education.

LISTA DE FIGURA

Figura 1: Fotos manifestação de 2016.....	72
---	----

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Estimativa de investimento em educação após a promulgação a EC 95.....76

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Vagas ofertadas e cursos de graduação na UFRGS entre os anos de 1997 e 2019...	44
Tabela 2: Vagas disponibilizadas pelo ProUni desde sua criação.....	51

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	14
1.1 A REFORMA CARLOS MAXIMILIANO	19
2 AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA	23
2.1 ALGUMAS AUTONOMIAS	23
2.1.1 AUTONOMIA E HETERONOMIA.....	23
2.1.2 AUTONOMIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO E PODERES DO ESTADO	26
2.2 A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA	28
3 A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA CHEGA AO STF	34
3.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 597.285.....	34
3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 3330	47
3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 51	55
3.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 6565	60
3.5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF759.....	70
4 A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA E A EMENDA CONSTITUCIONAL 95.....	72
5 EDUCAÇÃO: DIREITO SOCIAL OU COMMODITY?	80
5.1 A EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO: A ORGANIZAÇÃO SOCIAL	80
5.2 GATS: DO CONHECIMENTO UNIVERSITÁRIO AO PLURIVERSITÁRIO	81
5.3 O PROGRAMA FUTURE-SE.....	84
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	88
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

Antes de ingressar em cada capítulo, faz-se mister ressaltar a importância da temática sobre a autonomia universitária, sobremaneira em nossa atual conjuntura. Refletir sobre essa importante questão, permitirá observar como políticas públicas e deliberações legislativas podem inviabilizar ou limitar o exercício de direitos sociais estampados na Constituição de 1988.

Nesse momento em que há um alarmante crescimento de pessoas em situação de insegurança alimentar, outros tantos desempregados ou com relações precárias de trabalho, os direitos sociais devem ser, mais do que nunca, resguardados e potencializados; o que se observa, no entanto, são retrocessos em desacordo com o texto constitucional.

Refletir sobre essa temática a partir da educação, possibilita entender como, ainda que estampada na Constituição de 1988 como um direito subjetivo para os níveis básicos de ensino e um direito social, a educação vem sistematicamente sofrendo retrocessos. Para tal empreitada, será apresentada sucintamente a temática de cada capítulo que compõe este trabalho, bem como os principais autores norteadores de sua feitura.

No capítulo “A educação na Constituição de 1988”, busca-se apontar alguns dos avanços obtidos na seara da educação com o advento da Constituição de 1988. Para tal fim, recorreu-se aos postulados de grandes juristas brasileiros, tais como Pontes de Miranda, José Afonso da Silva e Miguel Reale.

No capítulo “A Autonomia universitária”, o objetivo foi estabelecer a necessária distinção entre o conceito de autonomia universitária com a autonomia concedida aos Entes da Federação, ambos presentes na Constituição de 1988, bem como distingui-la dos conceitos de autonomia e heteronomia. Para tal fim, além dos já mencionados autores, foi analisado o conceito de autonomia universitária presente em Nina Ranieri. Também foram utilizados os postulados de Edgar de Godoi da Mata-Machado e Miguel Reale acerca da relação entre a autonomia, a heteronomia, o direito e a moral.

No capítulo “A autonomia universitária chega ao STF” foram analisadas as seguintes ações: o Recurso Extraordinário nº 597.285, de 2012, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3314, de 2012, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 51, de 1989, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6565, de 2020 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759, de 2020. A partir dessas análises, busca-se demonstrar como o entendimento acerca do princípio da autonomia universitária sofre mudança pelo STF ao longo dessas três décadas do Constituição de 1988. Além disso, temas como ações afirmativas,

princípio da vedação ao retrocesso e princípio da isonomia são essenciais para a análise das referidas demandas. Utiliza-se, sobremaneira, os autores: Carlos Maximiliano; Paulo Bonavides e Celso Antônio Bandeira de Mello.

No capítulo “A autonomia universitária e a Emenda Constitucional 95”, reflete-se sobre as graves consequências geradas pelo Emenda Constitucional 95 para a efetivação e a consolidação dos direitos sociais e, especificamente, para possibilitar uma verdadeira autonomia universitária, visto que suas limitações orçamentárias inviabilizam, entre outros aspectos, políticas de acesso e permanência ao ensino superior, contratação de servidores e investimento em pesquisa. Para tal fim, além de alguns autores já mencionados, recorre-se aos seguintes: Ricardo Antônio Lucas Camargo e Maria Cristina Pezzella; Ingo Wolfgang Sarlet e Humberto Ávila.

No último capítulo “Educação: direito social ou commodity?”, reflete-se sobre a possibilidade da educação ser entendida como uma mercadoria ou se ela deve ser considerada como um direito social. Para tal fim, recorre-se, além dos teóricos já citados, aos seguintes autores: Boaventura de Sousa Santos; Marilena Chauí e João Carlos Salles.

Por fim, são apresentadas as considerações finais obtidas após percorrer os seis capítulos.

1 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de ingressar na análise da educação na Constituição de 1988, cabe ressaltar que a temática já fazia parte das discussões de muitos juristas. Aqui abordaremos a tese defendida por Pontes de Miranda, o qual, ao comentar a Constituição de 1946, afirmou ser a educação direito público subjetivo. Nesse sentido, é de enorme relevo o seu Art. 208, “§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Boaventura (1996, p. 39) aponta Pontes de Miranda como um dos primeiros a se debruçar sobre a temática: “Tudo indica que foi um dos primeiros a definir a educação como um direito subjetivo público”.

A seguir, passaremos à análise de alguns aspectos dos seus Comentários à Constituição de 1946 na temática da educação. Pontes de Miranda afirma:

Não confundamos o direito à educação com as bolsas sob os Antoninos, em Roma, ou sob Carlos Magno, ou nos séculos do poder católico. Não se trata de ato voluntário, deixado ao arbítrio do Estado ou da Igreja, mas de direito perante o Estado, direito público subjetivo, ou, no Estado puramente socialista e igualitário, situação necessariamente criada, no plano objetivo, pela estrutura mesma do Estado. A própria estatização do ensino constitui, nos ciclos evolutivos, grau avançado de progresso. Foi o que se deu em Roma, na França. O que tem sido moroso é o processo de tal intervenção do Estado. Surgiu na Alemanha antes de surgir entre os franceses, porém lá mesmo estacou (MIRANDA, 1963, p. 187).

O autor evidencia, ainda, que a existência de escolas públicas não é suficiente para contemplar a educação com direito público subjetivo:

Também não confundamos a existência de escolas públicas com o direito à educação. Nos meados do século XVII, começaram as leis e regulamentos escolares a desligar-se do encaixe eclesiástico; todavia, foi assaz lento o processo. Nos estatutos político-jurídicos, o direito da escola espontou, mas sem a necessária subjetividade, sem a ação que o impusesse. Só a filosofia de Hegel conduziu à concepção nova (MIRANDA, 1963, p. 187).

Após a análise da educação nas constituições brasileiras anteriores e nas de outras nações, Pontes de Miranda é peremptório ao alçar a educação como direito de todos, não podendo ser limitada apenas a enunciados:

A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra ‘a educação é direito de todos’ lembra-nos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos ‘os espanhóis seriam’, desde aquele momento, ‘buenos’ (MIRANDA, 1963, p. 325).

O autor afirma, ainda, que são necessárias condições materiais para sua efetivação a fim de que a educação seja um direito de todos. A partir disso, o problema só será resolvido quando

todos estiverem nas escolas, isto é, tão importante quanto as leis, é a consolidação de abertura de escolas e inclusão de professores e alunos:

A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas, portanto se há direito público subjetivo à educação, e o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. Fora daí, é iludir com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda excelentes; é abrir escolas, tendo professores e admitindo os alunos (MIRANDA, 1963, p. 199).

Por fim, Pontes de Miranda define e enumera o que ele denomina de direito integral à educação - curso primário, profissional, secundário: “No Brasil, tivemos o ensino primário gratuito, mas sem qualquer generalização compulsória. Portanto, sem o direito público subjetivo” (PONTES DE MIRANDA, 1963, p. 199).

Mesmo que a Emenda Constitucional nº 1, no seu artigo 176 estipulasse: “A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é **direito de todos e dever do Estado**, e será dada no lar e na escola.” (BRASIL, 1988, grifos meus), a tese defendida por Pontes de Miranda da educação como direito subjetivo, não encontrou guarida entre os seus comentadores e juristas¹.

Uma observação sobre a Emenda Constitucional nº 1 é que a terminologia “Emenda Constitucional” pode remeter-se ao que léxico sugere: “parte corrigida”. José Afonso da Silva, entretanto, defende a tese de que se tratava de uma nova constituição:

Teoricamente e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente de promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a Constituição de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil (SILVA, 2020, p. 89).

Também é marcante a previsão da educação com direito de todos; dever do Estado e da família, cujos objetivos são “exercício de cidadania” e “qualificação para o trabalho”:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Mesmo que seja entendida como uma emenda constitucional ou como uma nova constituição, a previsão da educação como direito de todos e dever do Estado, não foi suficiente

¹ Dentro os contrários à tese de Pontes de Miranda, destaco Manoel Gonçalves Ferreira Filho na sua Obra “Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n. 22”. O autor também discorda da tese de Pontes de Miranda, Paulino Jacques, na obra “Curso de Direito Constitucional”.

para acolher a tese defendida por Pontes de Miranda. A consolidação da educação como direito público subjetivo só foi possível com a Promulgação da Constituição de 1988, na qual a educação é alçada de forma expressa, pela primeira vez, a direito público subjetivo.

Além disso, na Constituição de 1988, a educação é vista como direito social “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988, Art. 6º).

Pela primeira vez na história brasileira, o ensino em instituições públicas estabelece a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (BRASIL, 1988, Art. 206, IV), ou seja, em qualquer instituição oficial pública, seja na educação básica ou ensino superior, a gratuidade está ancorada na Constituição.

Na obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, José Afonso da Silva define a educação como o processo de reconstrução da experiência, sendo um atributo da pessoa humana e, por isso, tem que ser comum a todos. Para o autor, é essa a concepção que a Constituição agasalha nos artigos 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado. (SILVA, 2020, p. 853).

Ao falar da educação como direito subjetivo e a consequência da sua efetivação a partir da sua consolidação no texto constitucional, o autor aponta para a imperiosidade da atuação do Estado como garantidor do acesso:

[...] oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que **todos** venham a **exercer igualmente esse direito**; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesmo já considerou que o acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, é **direito público subjetivo**; equivale reconhecer que é **direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata**, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente (SILVA, 2020, p. 317, grifos meus).

O art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecia sobre o fundo de financiamento do ensino fundamental. Em 1996, o Presidente Fernando Henrique Cardoso sanciona a Lei nº 9.424, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nas palavras de Camargo (2020, p. 77): “Entende-se como “fundos” qualquer massa patrimonial que se separe do patrimônio de uma entidade, contábil ou material, destinada a um

fim específico”. Sobre a existência desses fundos, Camargo (2020, p. 77-78) afirma que os fundos não podem ser proliferados ao talante dos gestores públicos, pois “São inequívoca exceção ao princípio da unidade de caixa”. Há, segundo o autor, risco que se “descaracterize a função do orçamento”. Embora a banalização da separação do patrimônio por meio de fundos variados possa ser um grande problema, inclusive com a diminuição de receita para outro fundo, a criação do Fundef e, como veremos a seguir, do Fundeb, são relevantes para que haja uma garantia mínima de recursos para educação, sobretudo em um país pouco afeito a investir em educação pública.

Já em 2007, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sanciona a Lei nº 11.494 que cria o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). A partir do Fundeb, toda a educação básica está abarcada. É necessário lembrar-se de que a Lei 9394 de 1996 (LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) estabelece com educação básica a educação de 4 a 17 anos:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio (BRASIL, 1996).

Percorrendo a história da educação no Brasil e as suas legislações, percebe-se que o Fundeb é a política de manutenção da educação básica mais significativa na história do Brasil. Esse fundo de natureza contábil estabelece valores mínimos de investimentos e destinação de recursos de cada Ente da Federação:

O Fundeb é um Fundo de natureza contábil, de âmbito estadual, criado pela Emenda Constitucional nº 53/2006, regulamentado pela Lei nº 11.494/2007 e pelo Decreto nº 6.253/20073, e implantado a partir de janeiro de 2007, garantindo, por meio de seu mecanismo de distribuição de recursos, que a maior parte das receitas vinculadas à educação, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, seja aplicada na educação básica (educação infantil, ensino fundamental e médio em suas diversas modalidades), promovendo uma melhor distribuição destes recursos. Cada Estado e cada Município recebem o valor que lhes cabe, de acordo com o número de alunos matriculados no segmento da educação básica que lhes compete atender (BRASIL, 2008, p. 11).

O Fundeb tem duração inicial prevista para 14 anos (2007 a 2020), por isso, no ano de 2020 precisou ser revisto. Nas discussões surgiram as já históricas tentativas de retirada de

recursos da educação. O Ministro da Economia Paulo Guedes² propôs, por exemplo, a retirada de recursos do Fundeb para a geração de renda para o denominado projeto “Renda Brasil”. Houve, também, propostas de diminuição de percentuais e a inclusão de instituições privadas na participação do Fundeb.

A Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 4.372³. O documento aprovado foi remetido ao Senado Federal em 14 de dezembro de 2020 e nele constava a destinação de 10% do Fundeb para instituições privadas. O Projeto de Lei (PL) nº 4.372, de 2020, de autoria da Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende, e o PL nº 4.519⁴, de 2020, do Senador Randolfe Rodrigues, tramitam em conjunto, pois ambos tratam do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal.

Após 84 emendas apresentadas, aprovou-se a Emenda Constitucional 108, de 26 de agosto de 2020, que:

Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, para tratar do planejamento na ordem social e para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb); altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências (BRASIL, 2020).

A constitucionalização do Fundeb possibilita maior segurança para as políticas educacionais públicas, mas não é garantia de que os investimentos em educação não diminuam. Embora não seja necessariamente a solução dos problemas educacionais, e de fato não é, como se observará nas páginas seguintes, alçá-lo ao status constitucional permite maior garantia contra idiosincrasias de governos que possam utilizar os recursos destinados à educação para outros fins.

Como já referido, não significa que a sua constitucionalização o deixa imune, pois como veremos, há estratégias para que o seu escopo seja diminuído, como a Emenda Constitucional 95, a qual veremos em um capítulo específico.

² Reportagem disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/guedes-tenta-incluir-voucher-para-educacao-em-pec-do-fundeb/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261121>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144627>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Ao se referir às universidades, a Constituição eleva à categoria de princípio constitucional a autonomia universitária. Em muitos momentos da história do ensino superior no Brasil, a autonomia universitária aparece, mesmo em regimes ditatoriais ela está presente. Somente, entretanto, com a Constituição de 1988, a autonomia recebe tratamento constitucional: “art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão” (BRASIL, 1988).

No capítulo seguinte, trataremos especificamente sobre a autonomia universitária após a promulgação da nossa atual carta magna. Se ela é princípio constitucional, precisamos refletir sobre qual é seu alcance, a sua limitação e as suas possíveis alterações de entendimento, após três décadas da sua constitucionalização.

Antes de ingressar no próximo capítulo, torna-se necessária uma breve recuperação história da reforma encabeçada pelo então Ministro do Governo de Wenceslau Braz, o qual foi Procurador Geral da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal e político: Carlos Maximiliano. Também uma breve abordagem das denominadas Reformas Rivadávia e Rocha Vaz.

1.1 A REFORMA CARLOS MAXIMILIANO

Segundo Cunha (2016, p. 160), em 18 de março de 1915 foi promulgado o Decreto 11.530, “reorganizando o ensino secundário e superior de todo o país, com o objetivo de corrigir as distorções do decreto de quatro anos antes. Foi a vez da Reforma Carlos Maximiliano, novo Ministro do Interior”.

Embora as mudanças tenham sido profundas, dois pontos da Reforma Rivadávia Corrêa foram mantidos: o fim do privilégio dos diplomas do Colégio Pedro II (e dos que lhe eram equiparados) de garantir aos seus possuidores matrículas nas escolas superiores; e a instituição dos exames de admissão, então rebatizados de exames vestibulares, para a seleção dos candidatos ao ensino superior.

Surge, pela primeira vez, a expressão vestibular como processo de seleção de alunos. Além da prestação da prova, passou-se a exigir a necessidade de diploma do curso ginasial. Nas instituições privadas, era necessário prestar exames em instituições oficiais autorizadas pelo Conselho Superior de Ensino. Essa era uma medida que buscava estabelecer o controle sobre o acesso às escolas superiores.

Esse modelo vestibular e de comprovação do ensino secundário se mantém até os nossos dias como condição para o ingresso no ensino superior. O movimento de aumentar o controle sobre o acesso ao ensino superior teria, segundo Cunha (2016), a função de garantir o sistema educacional como fonte fornecedora de diplomas garantidores da posse dos conhecimentos “apropriados” aos cargos conferidores de maior remuneração, prestígio e poder. Esse controle chegou a ser ameaçado pelo processo de expansão e facilitação da reforma anterior: “os diplomas das escolas superiores tendiam a perder raridade e, em consequência, deixavam de ser um instrumento de discriminação social eficaz e aceito como legítimo”. Além do mais, o imediatismo na busca dos diplomas escolares, principalmente do grau superior, comprometia a função do ensino de formar os intelectuais das classes dominantes:

A introdução dos exames de ingresso às escolas superiores para todos os pretendentes foi uma tentativa de restabelecer o desempenho daquela função. Em suma, induzidos pela ideologia do bacharelismo, ‘os jovens das classes dominantes e das camadas médias buscavam obter, de qualquer maneira, um diploma superior, qualquer que fosse’ (CUNHA, 2016, p. 158 - 159).

Muitos autores apontam a audaciosa Reforma Rivadávia como desastrosa para o ensino superior, pois a desoficialização trouxe o surgimento de instituições de baixa qualidade. Segundo Cury (2009), essa liberdade de ensino fez com que muitos estados vissem nesse recuo do Estado Federal a via pela qual pudessem estabelecer as suas universidades, como a livre de Manaus (1909), a de São Paulo (1911) e a do Paraná (1912). Tais escolas não necessitavam mais da fiscalização exercida pela União. Também, esse recuo permitiu a proliferação de escolas vinculadas ao ensino privado, de tal modo que a desoficialização se seguiu como uma verdadeira privatização do ensino e uma grande dispersão formativa. Almeida Júnior (1953, p. 77) resume o que para muitos foi a Reforma Rivadávia:

Durou pouco a experiência, – um quadriênio apenas. Mas esse breve período bastou para evidenciar que, em lugar de curar os males denunciados pelo Presidente da República, a audaciosa inovação do seu Ministro da Justiça os agravava. Fora ‘varrido por um tufão’ o ensino secundário, – disse a Comissão de Instrução Pública da Câmara, pois não o estimulavam ao esforço e à seriedade os sumaríssimos exames vestibulares das Academias. Improvisaram-se Universidades; brotaram escolas superiores como cogumelos; proliferou o ensino universitário por correspondência; fez-se dos títulos acadêmicos (que continuavam a valer, a despeito da lei) objeto do mais vergonhoso comércio; tanto que diplomas de médicos, advogados ou engenheiros, diplomas de 60\$000, como vieram a ser conhecidos (porque era esse, realmente, o seu preço) – inundaram durante dois ou três decênios o mercado profissional do País e das Repúblicas sul-americanas.

Havia um movimento muito forte para alterar o Decreto 11.530. Uma prova disso é que o Congresso Nacional autorizou o presidente Wenceslau Braz e o seu Ministro Carlos

Maximiliano a reverem a Reforma Rivadavia. Assim, estabeleceu-se a Lei 2.924, de 5 de janeiro de 1915:

Fica o Governo autorizado:

a) rever o decreto n. 8.569, de 5 de abril de 1911, para o fim de corrigir as falhas e senões que a experiência mostrou existir na atual organização do ensino, providenciando no sentido de um melhor lançamento e distribuição de taxas e emolumentos escolares, assegurada a personalidade jurídica, e autonomia didática, administrativa e disciplinar dos estabelecimentos mantido pela União, podendo estabelecer normas que lhe parecerem mais convenientes aos interesses do mesmo ensino em toda a República.

[...]

§ 2º - Enquanto o Congresso Nacional não revogar as leis que exigem diplomas aos candidatos a várias funções públicas, o Poder Executivo, ouvido o Conselho Superior de Ensino, organizará a lista das Universidades, Faculdade de Direito, Medicina, Engenharia e outras cujos alunos poderão ser aproveitados depois de formados no serviço federal.

Poderá, outrossim, excluir da referida lista aquelas Universidades ou Academias e Faculdades e Escolas que, após informação do mesmo Conselho, verifique não terem adquirido idoneidade ou terem perdido aquela de que gozavam. (CURY, 2009 *apud* DODSWORTH, 1968, p. 117 - 118).

O Decreto nº 11.530, promulgado em 18 de março de 1915, tinha como objetivo reorganizar o ensino secundário e superior no país. Reestabeleceu-se a oficialização, houve limitação para a criação de novos cursos e a supressão na equiparação automática de instituições privadas às federais. Além disso, as instituições instaladas em cidades com menos de 100 mil pessoas não poderiam mais ser equiparadas às federais:

Art. 25. Não será equiparada às oficiais, academia que funcione em cidade de menos de cem mil habitantes, salvo si esta for capital de Estado de mais de um milhão de habitantes e o instituto for fortemente subvencionado pelo governo regional.

Art. 26. Não podem ser equiparadas às oficiais mais de duas academias de Direito, Engenharia ou Medicina em cada Estado, nem no Distrito Federal; e, onde haja uma oficial, só uma particular pode ser a ela equiparada (BRASIL, 1915).

Dez anos depois da reforma de Carlos Maximiliano, o Decreto 16.782-A, de 13 de janeiro de 1925, criava a denominada Reforma Rocha Vaz. As principais alterações para o ensino superior foram a intensificação do Vestibular e a limitação de vagas em cada curso. Até aquele momento, não havia esse limitador, o que possibilitava a todos aprovados ingressarem no curso pretendido. A partir dessa reforma, as instituições de ensino precisariam determinar previamente o número de vagas a serem ofertadas em cada curso.

O objetivo manifesto dessa medida “era dar maior eficiência ao ensino pela diminuição do número de estudantes em certos cursos e **conduzir os estudantes para cursos menos procurados, em que havia vagas não preenchidas**” (CUNHA, 2016, p. 161, grifos meus).

Houve com isso a elitização de alguns cursos, pois o preparo prévio era quase condição *sine qua non* para lograr êxito nas disputas.

Importante a reflexão, pois uma análise um pouco superficial pode induzir a acreditar que a existência do vestibular é fundamental para o ingresso em universidades; olhando, entretanto, para a história do ensino superior no Brasil, percebemos que a elitização de alguns cursos como medicina, direito e engenharias é fruto de escolhas legislativas que optaram por esse viés do ingresso por meio do vestibular. Atrela-se a isso, a falácia da meritocracia e democratização do acesso pela igualdade de disputa que o vestibular possibilita.

A Reforma Rivadávia, embora de curta duração, apontou para a atuação da sociedade civil como protagonista da educação superior no Brasil. A partir disso, da Reforma Rivadávia e a posterior alteração com a Reforma Carlos Maximiliano, somos instigados a refletir sobre o público e privado na educação. Cury (2009) afirma que, ao mesmo tempo em que o recuo do Estado abre possibilidade para possíveis campos sadios da sociedade civil, também abre o flanco para transformar a educação, serviço público e bem público, em um serviço meramente mercadológico.

Obriga-nos, também, a questionar qual o papel do ensino superior. Obriga-nos, da mesma forma, a perguntarmo-nos sobre o que podemos apreender e extrair das experiências dessas primeiras décadas de ensino superior na República: o que as Reforma Rivadávia, Reforma Rocha Vaz e, sobremaneira, a Reforma Carlos Maximiliano nos oferecem para pensar a educação às portas da terceira década do século XXI.

Essas questões serão objetos de análise nos capítulos subsequentes, com destaque no próximo, no qual a Autonomia Universitária e sua importância para nossa educação atual serão apresentados.

2 AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

Nesse capítulo, abordar-se-á a autonomia universitária; é fundamental, entretanto, a reflexão, delimitação e difenciação de algumas autonomias existentes, a fim de que não sejam confundidas com o princípio constitucional conferido às universidades brasileiras.

2.1 ALGUMAS AUTONOMIAS

Antes de ingressar no princípio constitucional de autonomia universitária, serão apresentados os conceitos de Autonomia e Heteronomia em 3.1.1. Na sequência, será desenvolvido o conceito de autonomia conferido pela Constituição de 1988 aos Entes da Federação e aos Poderes do Estado, em 3.1.2. Essa reflexão e delimitação é fundamental para definir, distinguir e delimitar como deve ser entendida a autonomia universitária.

2.1.1 Autonomia e heteronomia

Ao buscar definir o conceito de autonomia e heteronomia, Miguel Reale aponta para a difícil e necessária tarefa da real distinção entre o Direito e a Moral, embora muitos, açodadamente, baseiem-se em qualquer pequena diferença para estabelecer os seus fundamentos. Para o autor, a distinção poderia partir da noção da teoria do “mínimo ético”. Nessa teoria, o direito representa apenas o mínimo de Moral para que a sociedade possa existir. Como muitos não querem cumprir de maneira espontânea as obrigações morais, é necessário o Direito para evitar a transgressão social. Assim se define essa relação, a partir da teoria do “mínimo ético”: “o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas” (REALE, 2014, p. 42).

Fazendo uma crítica à teoria do “mínimo ético”, o autor aponta a existência do “imoral” e do “amoral” no Direito. Ele exemplifica como “amoral” uma regra de trânsito, na qual o estabelecimento do tráfego pela mão direita ou pela esquerda é uma norma jurídica, entretanto não produz influência alguma no campo moral. Como “imoral”, o autor utiliza uma situação hipotética em que dois sócios recebem o mesmo valor, embora um tenha se dedicado muita mais do que o outro. Nessa situação, é lícito e necessário que haja o pagamento igualitário. Mesmo que se julgue imoral o pagamento para quem não se esforçou e se dedicou na mesma proporção, isso deve ser realizado, caso os termos do contrato assim estabeleçam. Por isso, o autor assevera que, ainda que haja um desejo de que o Direito tutele apenas o que é moral, muitas questões imorais ou amorais são amparadas pelo Direito: “Há, portanto, um campo da

Moral que não se confunde com o campo jurídico. O Direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é moral” (REALE, 2014, p. 43).

Reale firma que a representação do Direito e da Moral na teoria do “mínimo ético” seria como dois círculos concêntricos, em que o maior seria a Moral e o menor o Direito; na sua crítica, no entanto, afirma ser, a Moral e o Direito, dois círculos secantes. Nesse sentido, ele assim conclui: “Podemos dizer que dessas duas representações - de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, - a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral” (REALE, 2014, p. 43).

Avançando na reflexão, Miguel Reale apresenta o que seria, de fato, a diferença básica entre o Direito e a Moral. Para ele, a distinção estaria na natureza da Moral ser incoercível e a do Direito ser coercível: “O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força” (REALE, 2014, p. 46).

A força, portanto, é elemento fundamental na teoria da coercibilidade. Essa força pode ser efetiva ou potencial, como garantidora do cumprimento da norma jurídica, por isso ele afirma que: “A teoria da coercibilidade, certa enquanto revela a possibilidade de haver execuções jurídicas compulsórias, sem que isso comprometa a sua juridicidade [...]” (REALE, 2014, p. 48).

Prosseguindo, o autor propõe a reflexão sobre o que compatibiliza o Direito e a força. Para ele, quando cumprirmos as normas do direito, é irrelevante nossa felicidade ou tristeza ao realizá-las. Esse valor da norma, independente da opinião dos que são obrigados a cumpri-la, é o que se denomina como heteronomia. Ela é uma característica do Direito: “Há, no Direito, um caráter de ‘alheidade’ do indivíduo, com relação à regra. Dizemos, então, que o Direito é heterônomo, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir” (REALE, 2014, p. 49).

Já a Moral, pela sua característica voluntária e pessoal, é de natureza autônoma. Assim é definida e exemplificada pelo autor:

a moral é incompatível com a violência, com a força, ou seja, com a coação, mesmo quando a força se manifesta juridicamente organizada. O filho que, mensalmente, paga a prestação alimentícia por força do imperativo da sentença, só praticará um ato moral no dia em que se convencer de que não está cumprindo uma obrigação, mas praticando um ato que enriquece espiritualmente, com tanto mais valia quanto menos pesar nele o cálculo do interesse (REALE, 2014, p. 46).

Já Edgar de Godoi da Mata-Machado assim define o que seria a Moral e a sua autonomia da interioridade:

A ordem moral é o reino da autonomia e da interioridade, da vontade que se *auto-legisla*, que se move a si mesma, ante a representação do dever e o respeito submetido à lei; a ação humana aqui é motivada pela razão humana, sem que se tenha de submeter a qualquer norma que não venha de dentro do próprio homem, sem qualquer constrangimento ou coerção exercível sobre a consciência, sem – eis o fundamental- qualquer integração do homem com a realidade objetiva (MATA-MACHADO, 1976, p. 95-96).

Ao falar sobre a relação entre a heteronomia do Direito e a sua ausência de relação necessária com a boa vontade, assim afirma o autor:

Quanto à ordem jurídica há de ser exterior, heterônoma, nela a ação do homem será motivada por um mandato de teor empírico, pela força, pela coerção. O reino do direito é fenomenal, sensível, patológico. Nele não há lugar para as categorias éticas da boa vontade ou dos fins em si (MATA-MACHADO, 1976, p. 96).

Retornando ao pensamento de Miguel Reale, o autor nos apresenta o conceito de “Bilateralidade Atributiva”. A característica dela é a exigência do cumprimento da relação entre duas ou mais pessoas. Um exemplo pode ser visto na obrigação de se efetuar a contraprestação pecuniária ao ter seu carro limpo em uma lavagem automotiva. Em contrapartida, não há obrigação de se fazer o pagamento quando alguém lava o para-brisa do seu carro em um semáforo. Embora pareça moralmente plausível o pagamento, não se configura como uma obrigação recíproca. Assim o autor a define:

Há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo. Quando um fato social apresenta esse tipo de relacionamento dizemos que ele é jurídico. Onde não existe proporção no pretender, no exigir ou no fazer não há Direito, como inexistente este se não houver garantia específica para tais atos (REALE, 2014, p. 51).

Muitas são as reflexões que poderiam ser realizadas a partir da bilateralidade atributiva de Miguel Reale. Nessa perspectiva, por exemplo, o mesmo indivíduo que para seu carro em um semáforo e vê uma pessoa faminta pedindo alimento, não está obrigado a ajudá-la, mesmo que tenha alimentos suficientes e ao alcance de sua mão em seu carro limpo. Essa pessoa pode olhar e pedir o alimento, mas isso não o obriga a dá-lo à pessoa necessitada. Se a pessoa faminta, por exemplo, põe a mão dentro do carro e pega um dos alimentos, poderá ser submetida à coerção do Estado e eventualmente dos indivíduos.

Essa desobrigação de solidariedade, conjugado com a possibilidade de coercibilidade do Estado frente ao faminto, é apontado por Pachukanis (1988) como inerente à sociedade burguesa:

Como sempre, e igualmente aqui, a **contradição no sistema lógico representa a contradição da vida real, ou seja, do meio social que produz a própria forma da moral e do direito**. A contradição entre o indivíduo e o social, entre o privado e público que a filosofia burguesa do direito, malgrado todos os seus esforços, não pode suprimir, é o fundamento real da própria sociedade burguesa enquanto produtores de mercadorias. **Tal contradição é aqui sustentada pela relação real dos homens, que não podem considerar suas atividades privadas como atividades sociais a não ser sob a forma absurda e mistificada do valor de mercadoria**. (PACHUKANIS, 1988, p. 116, grifos meus).

Embora o pensamento de Pachukanis esteja mais alinhado com a construção de uma sociedade menos individualista, o pensamento de Miguel Reale é o que encontra guarida em nosso modelo de sociedade e, por consequência, em nosso ordenamento jurídico, por isso é importante compreendê-lo e utilizá-lo como parâmetro.

Retornando ao pensamento de Miguel Reale, o autor ressaltar a importância de que o conceito de bilateralidade não seja entendido apenas nas relações privadas e nas relações entre particulares e o Estado, mas também para as regras de organização do serviço público:

Na realidade, quando se institui um órgão do Estado ou mesmo uma sociedade particular, é inerente ao ato de organização a atribuição de competências para que os agentes ou representantes do órgão possam agir segundo o quadro objetivo configurado na lei. Há, por conseguinte, sempre proporção e atributividade (REALE, 2014, p. 52).

Ao percorrer as obras de Miguel Reale e de Edgar de Godoi da Mata-Machado, percebe-se que os conceitos de autonomia e heteronomia estão ligados ao Direito e a Moral de nossa sociedade burguesa. O primeiro é heterônomo, porque não depende da vontade do indivíduo de querer ou não cumprir determinada norma. Já a moral é autônoma, porque é a livre manifestação da vontade, está ligada a um componente ético e percepção do indivíduo sobre as suas relações com a sociedade.

A concepção de autonomia em contraste com a heteronomia apresentada até aqui, embora de grande relevo, não é suficiente para embasar o que seria o princípio da autonomia universitária. A seguir, será apresentado mais um conceito de autonomia: o conferido aos Entes da Federação e os Poderes do Estado.

2.1.2 Autonomia dos Entes da Federação e Poderes do Estado

Embora o léxico autonomia esteja previsto na Constituição de 1988, faz-se mister realizar a diferenciação entre o conceito de autonomia conferido aos Entes da Federação e o dinâmico conceito de autonomia universitária.

Iniciaremos analisando o conceito de autonomia conferida aos Entes da Federação. Acerca do referido conceito, Miguel Reale assim postula:

A autonomia consiste, tecnicamente, na maior ou menor capacidade que tem uma entidade para resolver, sem interferência de terceiros, problemas que lhe são peculiares. Nessa linha de distribuição de competências, cabe ao Município lançar o imposto territorial urbano, impostos de licença, predial e de indústrias e profissões.

Da mesma forma, discriminam-se as atribuições de cada Estado, bem como os tributos que lhe competem, de maneira privativa, ou em concurso com a União e os Municípios. O Estado, diga-se de passagem, goza de autonomia bem mais ampla do que a dos municípios que o integram, porquanto lhe é conferido o poder de "autoconstituição", ou seja, de elaborar a sua própria Constituição, muito embora dentro dos limites traçados pela Carta Maior (REALE, 2014, p. 99).

Esse mesmo conceito de autonomia é assim definido por José Afonso da Silva, na sua obra "Curso de Direito Constitucional Positivo":

Autonomia é a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido, como se nota pelos arts. 25, 29 e 32 que a reconhecem aos Estados, Municípios e Distrito Federal, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição. É, pois, poder limitado e circunsto e é nisso que se verifica o equilíbrio da federação, que rege as relações entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos nos termos da Constituição (art. 18). Esse equilíbrio federativo realiza-se por mecanismos instituídos na constituição rígida, entre os quais sobreleva o da intervenção federal nos Estados e agora também no Distrito Federal e dos Estados nos Municípios, que está prevista nos arts. 34 a 36 (SILVA, 2020, p. 488).

A autonomia municipal, por exemplo, tem o conteúdo, a amplitude e os limites extraídos do texto constitucional (artigos 29, 30 e 34, VII, c). Por isso, não podem Leis Federais, tampouco Constituições Estaduais, impor outros limites estranhos aos expressos pela Constituição Federal de 1988, ou seja, o seu alcance, o limite e o conteúdo são os previstos na própria carta política.

Além da autonomia dos Entes da Federação, pode-se destacar a conferida aos poderes e órgãos da República. A autonomia do Poder Judiciário, por exemplo, por ser um poder independente da República, é preceituado no art. 2º da Constituição Federal, por isso, o Poder Judiciário tem autonomia para o exercício das suas atribuições constitucionais.

Dentre os limites postos à autonomia do Poder Judiciário há, por exemplo, o Estatuto da Magistratura para disciplinar ingresso e a promoção dos juizes, o qual deve ser vinculado por lei complementar.

A autonomia do Ministério Público, por sua vez, abrange a funcional e a administrativa. Na mesma linha, dentre as limitações à autonomia administrativa do Ministério Público, está a necessidade da lei para dispor sobre organização e funcionamento da instituição, conforme o art. 127, §2º, da Constituição Federal:

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (BRASIL, 1988).

Após as devidas observações das características da autonomia concedida aos Entes da Federação, aos órgãos do Estado e Poderes da República, passa-se à análise da autonomia universitária, a qual possui as suas peculiaridades e, por isso, não pode ser confundida com as autonomias abordadas até aqui.

2.2 A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

Conceituar autonomia aparece não ser uma tarefa muito simples. Nesse sentido, Nina Ranieri (1994), na obra “Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988”, sintetiza essa dificuldade da seguinte forma:

Os juristas, entretanto, nunca lhe designaram valor jurídico preciso (em virtude de sua própria formulação política, como se verá), de sorte que o termo “autonomia” é indistintamente associado a situações, sujeito, fatos e atos. Ademais, conquanto de modo geral exprima “poder de autonormação” (sendo este seu significado primordial e, de acordo com a maioria dos doutrinadores, o único autêntico em sede jurídica), o vocábulo é também usado para qualificar atos administrativos (quando, em relação aos atos anteriores e posteriores, não formam procedimentos); para designar órgãos com poder de ação independentes; para indicar independência financeira (autonomia financeira); para denotar liberdade de julgamento (autonomia valorativa); autodeterminação (autonomia da vontade) e, ainda, autogoverno, autoadministração, etc (RANIERI, 1994, p. 13).

Abordando especificamente o conceito de autonomia universitária, aponta as inúmeras tentativas de definição do “De 1911 a 1988, cinco Constituições (1891, 1934, 1937, 1946, 1967), uma Emenda Constitucional (EC nº 1/69), seis reformas do ensino superior e diversos decretos federais definiram e regulamentaram, direta ou indiretamente, a autonomia universitária” (RANIERI, 1994, p. 945).

A autonomia universitária já aparecia em reformas como a Reforma Rivadávia Correia de 1911, que pelo Decreto nº 865911 de 1911, aprova a Lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental na República, que estabelece: “Art. 2º Os institutos, até agora subordinados ao

Ministério do Interior, serão, de ora em diante, considerados corporações autônomas, tanto do ponto de vista didático, como do administrativo” (BRASIL, 1911). Em 1915⁵, na Reforma Carlos Maximiliano, exclui-se a autonomia universitária, em uma tentativa de extinguir a desoficialização da reforma anterior.

Em 1931, retoma-se o termo autonomia universitária, na denominada Reforma Francisco Campos⁶, passando pelo Estado Novo e alcançando as reivindicações dos movimentos estudantis dos anos 60, expressos das Cartas da Bahia, do Paraná e de Minas Gerais (CUNHA, 1983).

A LDB de 1961⁷ estabeleceu a autonomia universitária. Da mesma forma, a Reforma do Ensino Superior de 1968 também a previu, ainda que produzida em período de perseguição e autoritarismo.

Embora a autonomia universitária apareça expressa em muitos momentos da história do ensino superior, é apenas com a Constituição de 1988 que a autonomia universitária alcançou o *status* de princípio constitucional. Antes de 1988, ela era estabelecida por decretos-lei ou leis ordinárias.

Ranieri (2018) defende que o conceito de autonomia universitária é dinâmico, sofrendo influência das circunstâncias históricas, políticas e jurídicas. A partir disso, é necessário destacar esse seu aspecto dinâmico e, por isso, nunca será ideal. Essa dinamicidade nasce da própria natureza do trabalho acadêmico desempenho nas universidades:

[...] sua natureza autônoma, compreende prerrogativas de autogoverno atribuídas às universidades nas áreas didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial para que melhor desempenhem atividades de ensino, pesquisa e extensão de serviços à comunidade (RANIERI, 2018, p. 947).

Extraí-se, a partir dessa leitura de Ranieri (2018), a produção de três grandes modelos de autonomia: das universidades privadas, das universidades federais e das universidades estaduais paulistas. Segundo a autora, o modelo paulista torna-se mais efetivo, pois permite autonomia orçamentária e financeira: “é o mais efetivo, dada a estrutura orçamentária e financeira que asseguram os resultados acadêmicos e científicos apresentados” (RANIERI, 2018, p. 948).

⁵ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁶ BRASIL. **Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931**. Dispõe que o ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro, 1931. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19851-11-abril-1931-505837-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 16 dez. 2020.

⁷ BRASIL. **Lei nº 4.024, LDB de 20 de dezembro de 1961**. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

Para a autora, o modelo desenvolvido nas universidades estaduais paulistas é ímpar no país. A sua autonomia é mais eficiente porque há vinculação de verbas públicas, a partir do Decreto Estadual nº 29.598 de 1989. Dentre esses repasses previstos, estão:

9,57% do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação — ICMS) às instituições, em duodécimos mensais, sendo verbas administradas autonomamente pelas instituições (RANIERI, 2018, p. 948).

Além disso, a autora destaca o aumento de repasses em sucessivas ampliações por meio de leis orçamentárias anuais. Da mesma forma, ela ressalta a importante presença de alguns atores, cujas participações foram cruciais no seu espraiamento:

Seus artífices e atores — as universidades, as autoridades do Executivo, do Legislativo (incluído o Tribunal de Contas) e do Judiciário, e o Ministério Público —, tiveram e ainda terão papel crucial em seu aprimoramento jurídico e institucional (RANIERI, 2018, p. 948).

Já a limitação da autonomia financeira nas universidades federais, torna-se um entrave para a efetiva autonomia universitária nessas instituições. A autora aponta, ainda, as limitações enfrentadas pelas universidades públicas federais, que possuem, muitas vezes, menos autonomia em comparação às universidades privadas. A consequência dessas especificidades seria a não efetivação do art. 207 da Constituição de 1988 para as universidades federais:

Os demais modelos constituíram-se palmilhando caminhos diferentes. Para as 63 universidades federais (BRASIL, 2017), financiadas com recursos do Tesouro Nacional e algumas fontes alternativas (convênios, contratos, financiamento de pesquisas), o art. 207 não se mostrou efetivo. Problemas diversos de natureza administrativa e financeira (regime de caixa único, contingenciamento de despesas), o peso da burocracia estatal, além das restrições do regime de direito público são fatores limitantes de sua autonomia. Comparativamente, as universidades privadas desfrutam de maior autonomia administrativa e financeira em virtude do regime jurídico privado, com vantagens para as instituições que optaram pelo regime mercantil (RANIERI, 2018, p. 948).

Em comparação com o modelo desenvolvido nas universidades paulistas, a não existência de uma norma que preveja vinculação de verbas públicas, assim como ocorre no modelo paulista, torna-se um grande óbice ao desenvolvimento pleno da autonomia orçamentária e financeira nas universidades públicas.

Essa diminuição do escopo da autonomia universitária, caso não haja vinculação de verbas, pode ser visto no denominado “contingenciamento” aplicado pelo Governo Federal em 2019. Embora a palavra possa parecer mais leve, na prática, trouxe cortes em funções essenciais das universidades, como limpeza e energia elétrica. A expressão é apenas um eufemismo para

deixar as universidades federais à mercê de interesses políticos e sujeitas a muitas instabilidades. Sobre a temática, o então Ministro da Educação, Abraham Weintraub, manifestou-se durante uma audiência na Comissão de Educação no Senado:

Não houve corte, não há corte. Vou repetir: não há corte, há contingenciamento. Se a economia tiver um crescimento – e nem é 'recuperar' porque estamos em um marasmo a perder de vista – mas se tivermos crescimento econômico com a aprovação da nova Previdência, é só o que falta⁸.

A UFRGS, por exemplo, apresentou um estudo⁹ sobre o impacto do bloqueio de recursos em questão. A preocupação centrava-se na impossibilidade de adimplir com despesas básicas. Assim se manifestou o então Pró-Reitor de Planejamento e Administração da UFRGS, Hélio Henkin: “fica evidente que, não havendo o desbloqueio integral do orçamento de custeio da UFRGS, haverá consequências gravíssimas para o funcionamento da Universidade, pela inviabilização de realizar despesas básicas de funcionamento e manutenção operacional”¹⁰.

Houve uma diminuição de atendimento ao público, da jornada de trabalho de servidores e da prestação de serviço em todas as universidades gaúchas¹¹. O que se observa é a autonomia das universidades federais condicionada aos intemperes e idiossincrasias dos gestores públicos, por isso a vinculação orçamentária tornaria mais efetivo o princípio da autonomia universitária nas instituições públicas.

Essa diversidade de modelos tem como consequência a impossibilidade de tratamento igual para a matéria, por isso o conceito de autonomia tem consequências diversas para cada universidade. Segundo aponta Ranieri (2018, p. 948), isso “também demonstra que as pressões e interferências na autonomia variam, em graus equivalentes, do poder estatal para as regras de mercado”.

A relação entre o Estado e a iniciativa privada reiteradamente aparece nos debates. Há, inclusive, políticos eleitos, cuja plataforma trata o Estado como se fosse uma empresa privada. Muitas vezes, estes são empresários que defendem tratar o Estado a partir da transposição do que, segundo eles, funcionaria em uma empresa privada.

⁸Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/07/nao-ha-corte-ha-contingenciamento-diz-ministro-da-educacao-sobre-orcamento-das-universidades-federais.ghtml>. Acesso em: 19 dez. 2020.

⁹ Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/noticias/situacao-orcamentaria-da-ufrgs-atinge-niveis-critico>. Acesso em: 14 dez. 2020.

¹⁰ idem

¹¹ Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2019/08/funcionamento-das-universidades-federais-do-rs-esta-ameacado-a-partir-de-setembro-dizem-reitores-cjz8smbao01xy01qmgzg60dgx.html>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Há, porém, a necessidade de que o Estado seja entendido na sua complexidade, por isso sua atividade financeira não pode ser reduzida a uma analogia quase caricatural. Nesse sentido, afirma Camargo (2020, p. 16) que: “Tudo isso tem como finalidade a demonstração do quanto a atividade financeira do Estado vem a fazer-se presente e o quanto muitas vezes se pretende reduzir a termos muito simplistas algo que tem exatamente a mesma complexidade da própria razão de ser do Estado”.

A natureza e a finalidade dos investimentos privados são o lucro. O seu sucesso ou o seu fracasso será medido a partir do seu lucro ou prejuízo. Isso não depende da natureza da atividade desenvolvida, seja em um posto de gasolina, na construção de imóveis residenciais, seja no setor educacional ou de saúde.

Já a atuação do Estado não pode ser balizada pela obtenção ou não de lucros, pois ao Estado cabe fomentar o desenvolvimento nacional. Ao investir em saúde ou educação, por exemplo, seu objetivo deve ser alcançar os fins a que ele se propõe, por isso prestará um serviço, ou seja, “Se o Estado existe para desempenhar determinada tarefa, efetivamente, são dispendiosas, um Estado que não gaste, necessariamente, não desempenha as tarefas que são a sua própria razão de ser” (CAMARGO, 2020, p. 109).

Cabe destacar outra grande diferença entre o Estado e a iniciativa privada: a autonomia negocial, pois ela permite à livre iniciativa privada contratar ou não, inclusive com o Estado. Por seu turno, ao Estado só é permitido fazer o que está previsto na lei. Isso explica o caráter compulsório dos recursos financeiros e tributários obtidos pelo poder público (CAMARGO, 2020, p. 15): “Ambos, financeiro e tributário, enquanto capítulos do direito administrativo, estão submetidos a um princípio básico, inarredável, ao princípio da legalidade, aplicável tanto na busca de receitas quanto a realização de despesas”.

Antes do encaminhamento do fim desse capítulo, parece-me importante a leitura do excerto a seguir, o qual está presente na já referida obra de José Afonso da Silva. Na passagem, ao abordar a temática da autonomia universitária, Silva cita o grande educador Anísio Teixeira¹², cuja atuação em defesa da educação pública e laica no Brasil, foi de grande expressão:

¹² É considerado como o principal idealizador das grandes mudanças que marcaram a educação brasileira no século 20, foi pioneiro na implantação de escolas públicas de todos os níveis, que refletiam o seu objetivo de oferecer educação gratuita para todos. Ele defendia a escola de tempo integral como a Escola Parque, por ele fundada em 1950 em Salvador, que mais tarde inspiraria os Centros Integrados de Educação Pública (Cieps) do Rio de Janeiro e as demais propostas de escolas de tempo integral que se sucederam. Anísio Teixeira morreu em 1971, no fosso do elevador do prédio em que morava o seu amigo e importante intelectual brasileiro, Aurélio Buarque de Holanda. A sua morte é cercada de mistério e foi objeto da Comissão Nacional da Verdade, por ter sido cometido durante a Ditadura Militar, instalada com o golpe de 1964. Ironicamente, hoje, ele empresta o seu nome ao instituto responsável para avaliar e pensar as políticas educacionais brasileiras, o INEP (Instituto Nacional de Estudos e

Não apenas a independência da instituição universitária, mas a do próprio saber humano [...] as universidades não serão o que devem ser se não cultivarem a consciência da independência do saber e se não souberem que a supremacia do saber, graças a essa independência, é levar a um novo saber. E para isto precisam de viver em uma atmosfera de autonomia e estímulos vigorosos de experimentação, ensaio e renovação. Não é por simples acidente que as universidades se constituem em comunidades de mestres e discípulos, casando a experiência de uns com o ardor e a mocidade dos outros. Elas não são, com efeito, apenas instituições de ensino e de pesquisas, mas sociedades devotadas ao livre, desinteressado e deliberativo cultivo da inteligência e do espírito e fundadas na esperança do progresso humano pelo progresso, da razão (SILVA, 2020, p. 855)

A partir disso, algumas reflexões far-se-ão necessárias: é relevante a autonomia universitária estar situada no plano constitucional ou no plano infraconstitucional? Qual o alcance e o limite da autonomia universitária? Como a autonomia universitária deve ser entendida à luz das atuais conjunturas sociais e históricas do Brasil?

No capítulo “A autonomia universitária chega ao STF”, busca-se responder a essas questões. Para tentar cumprir tal empreitada, analisaremos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais o debate sobre autonomia universitária nos é apresentado. Também tornar-se-á importante observar o dinamismo do conceito de autonomia universitária nos julgamentos analisados. Destaca-se, por exemplo, a mudança de entendimento do Ministro Celso de Mello quando do julgamento das ADIs nº 51 e nº 6565, dos anos de 1989 e 2020, respectivamente.

3 A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA CHEGA AO STF

Nesse capítulo, partiremos da análise de cinco demandas apresentadas ao STF. A primeira é de 1989 e a última de 2020. Nessas ações, as políticas de ações afirmativas e a escolha de seus dirigentes são abordadas; é condição *sine qua non*, entretanto, que a análise das demandas sobre a universidade do século XXI seja alicerçada a partir do princípio constitucional da autonomia universitária. A seguir será apresentado um pequeno resumo do conteúdo material de cada ação:

- a) O Recurso Extraordinário nº 597.285, de 2012, que questionava as ações afirmativas na UFRGS, implementado pelo Conselho Universitário dessa instituição;
- b) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3314, de 2012, proposta pelo partido DEM, questionando a ProUni, Programa Universidade para Todos;
- c) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 51, de 1989, que versava sobre pedido de declaração de inconstitucionalidade da Resolução 2 de 1988, do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro;
- d) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6565, de 2020, questiona o artigo 1º da Lei Federal 9.192 de 1995 e o artigo 1º do Decreto Federal 1.916 de 1996, os quais estabelecem as regras de escolha de reitores e vice-reitores das universidades federais e de dirigentes de instituições de ensino superior federal;
- e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759, de 2020. A ação foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), requerendo que seja determinado ao Presidente da República nomear apenas o primeiro nome da lista enviada pelas universidades federais e demais instituições federais de ensino superior, além da anulação dos atos de nomeação já realizados que não tenham obedecido à escolha da comunidade.

3.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 597.285

O Recurso Extraordinário nº 597.285 de 2012, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu ser constitucional o programa de ação afirmativa, estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, o qual instituiu o sistema de “cotas” com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior.

Antes de adentrar na análise o Recurso Extraordinário 597.285, faz-se necessária uma pequena observação da conjuntura social, que culminou com a presente demanda: durante os anos 90, houve a ampliação da luta dos movimentos sociais por direitos. Nesse contexto, surge nas universidades brasileiras debates sobre o acesso à universidade. Discutia-se, sobremaneira, a exclusão de pobres, pretos, pardos e indígenas do ensino superior no Brasil.

É nesse contexto que muitas universidades públicas acabam adotando políticas de ações afirmativas para o ingresso e a permanência nas suas respectivas instituições, o que popularmente ficou conhecido como “cotas”. O Conselho Universitário da UFRGS, na sessão de 29 de junho de 2007, aprovou a Decisão nº 134 de 2007, que institui, a partir do Vestibular de 2008 o “sistema de cotas”:

Art. 1º - Fica instituído o Programa de Ações Afirmativas, através de Ingresso por Reserva de Vagas para acesso a todos os cursos de graduação e cursos técnicos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, de candidatos egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio, candidatos autodeclarados negros egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio e candidatos indígenas (BRASIL, 2007).

A aprovação da Decisão nº 134 de 2007 foi fruto dos inúmeros debates realizados no âmbito da universidade, especialmente nos anos de 2006 e 2007. Cabe ressaltar que muitas universidades públicas brasileiras já haviam aprovado políticas de ações afirmativas nas suas respectivas instituições. A UERJ, por exemplo, adotou as políticas de ações afirmativas em 2001.

Como se observa, a UFRGS não foi nem mesmo pioneira na implementação de cotas. O seu destaque se deve ao fato de que foi a partir do seu primeiro vestibular com a vigência das ações afirmativas que a discussão sobre “cotas” nas universidades públicas chegou ao STF.

Importante, inicialmente, uma pequena contextualização dos fatos. Em 2008, um estudante de 20 anos de idade, recorreu ao Poder Judiciário contra a decisão da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Ele impetrou um mandado de segurança e viu seu pleito acolhido pelo juízo de primeiro grau. O estudante ficou na 132ª posição, mas não foi selecionado para uma das 160 vagas disponibilizadas para o curso. Isso ocorreu porque uma parte dessas vagas eram reservadas para estudantes que haviam cursado pelo menos metade do ensino fundamental e a totalidade do ensino médio de escola pública. Dentro desses 30%, havia a reserva de 50% para estudantes autodeclarados negros.

O estudante em questão sentiu-se discriminado, já que a sua nota na prova de seleção havia sido superior a alguns candidatos admitidos pela política de ação afirmativa da UFRGS.

Além disso, autodeclarava-se como pardo, mas por ter cursado o ensino médio em uma escola privada, não pôde ser incluído em tal política.

Em sede de Apelação, Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entendeu ser constitucional o programa de ações afirmativas da UFRGS. É nessa circunstância que surge o referido recurso extraordinário. A seguir, passa-se a elencar os principais argumentos sustentados para o acolhimento do recurso extraordinário:

- a) Das 160 vagas disponibilizadas, 30% (trinta por cento) estariam reservadas a candidatos privilegiados em razão de sua etnia e condição social e 10 (dez) vagas a candidatos indígenas;
- b) Tais decisões, como esta, devem ser encaradas como verdadeiro pacto de mediocridade – para os estudantes da rede pública, sabidamente menos preparados na medida em que foram prejudicados por absoluta incúria do Poder Executivo em lhes prover uma formação humanística e propedêutica decente, em detrimento de estudantes oriundos do ensino médio particular, demonizando, portanto, o conhecimento oriundo de estabelecimentos particulares comprometidos com o ensino, em prol de uma rede pública falida;
- c) Quanto à discriminação étnica, o absurdo é ainda maior, pois o raciocínio subjacente é que a Universidade Pública, paga por todos, é ‘loteada’ entre os que possuem ascendência derivada dos indivíduos da raça negra e índios, o que é um despautério;
- d) Artificial, esse critério, que ao invés de levar o aluno à Universidade, levou a Universidade ao aluno, tornando lícito supor que produzirá, em breve futuro, duas categorias de profissionais: engenheiros, médicos, advogados, juízes e promotores que lograram ingressar na Universidade sem mérito, o que pressupõe não conter formação propedêutica suficiente ao acompanhamento do curso, e os que o fizeram com mérito, sendo previsível a futura discriminação que os primeiros sofrerão mercê do baixo desempenho que terão em suas profissões, salvo se, também, para as profissões for criado um ‘sistema de cotas’ que sequer tem respaldo de Lei ou Emenda Constitucional;
- e) Sob outro aspecto, pelo fato de impor distinção de tratamento com base em critério étnico, incorre em verdadeiro crime de racismo, o qual é igualmente vedado pela Constituição da República;
- f) Matérias relativas às diretrizes e bases da educação nacional só podem ser tratadas pela legislação federal, conforme determina o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição [...]

- g) A UFRGS desrespeitou a interdição constitucional da discriminação. Em primeiro lugar porque criou distinção arbitrária em favor de concorrentes, ao vestibular, oriundos do ensino público médio ministrado por estabelecimentos escolares públicos e, em o fazendo, as normas impugnadas elegeram uma discriminação fundada em atributo pessoal (a origem escolar), o que é vedado pela Lei Fundamental. Em segundo lugar, porque discriminam candidatos ao vestibular com base em características extrínsecas dos concorrentes – a cor da pele. Alunos carentes ou pobres que se autodeclarem ‘negros’ levam vantagem sobre os carentes ou pobres ‘brancos’ e ‘pardos’, já que podem ingressar no ensino superior estadual com notas mais baixas do que estes últimos”;
- h) Mérito é a única medida capaz de garantir a igualdade de acesso ao ensino, sobretudo ao ensino superior, em que o ingresso se faz por concurso público de provas;
- i) Há sérios riscos de chegarmos à deflagração de algum tipo de ódio racial. Dirão, é certo, os defensores das cotas, que esse é o preço a pagar para alcançar a igualdade ‘real’. Esse preço, todavia, é alto demais. Nossa Constituição não autoriza pagá-lo pois há, sem dúvida alguma, medidas menos dramáticas e menos estigmatizantes para alcançar a igualdade material.

Em contrarrazões, a UFRGS alegou que o recorrente não consegue demonstrar a violação às normas constitucionais invocadas. Nesse mesmo sentido, a UFRGS afirma que:

O programa de cotas raciais e sociais deve ser visto como uma tentativa de dar a população negra e aquela de baixa renda outra autoestima, marcada não apenas por referências no esporte, na música ou nas artes, mas também por referências nas profissões liberais, nas empresas, nos cargos públicos de comando, enfim, nos diversos espaços sociais. Para isso, transitoriamente (e o programa de cotas é e deve ser transitório) a Universidade deve acelerar a formação de lideranças negras para um novo ambiente, marcado pela diversidade nos mais diversos segmentos sociais. O programa de cotas é transitório, serve de passagem, e deverá ser utilizado até que não reste mais nenhuma dúvida quanto ao fato de que efetivamente todos são iguais, em especial quando se fala em oportunidades de crescimento e aprimoramento e quando o ensino fundamental e médio do sistema público de ensino tiver a mesma qualidade do privado (BRASIL, 2012, p. 7).

Antes de analisar a decisão do STF, torna-se importante destacar que o advento das cotas nas universidades públicas trouxe inúmeros questionamentos acerca da sua possibilidade, já que muitas ações eram propostas com base em arguição de descumprimento de preceitos constitucionais, especialmente o princípio da igualdade e o princípio da isonomia.

Nesse sentido, o principal argumento presente nas ações baseava-se na discriminação que as cotas supostamente traziam aos não pretos, pardos e indígenas, por isso será abordado, a seguir, o princípio de isonomia sob sua perspectiva formal e material.

Quando a Constituição de 1988 ressalta no seu art. 5º, caput que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, há, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a adoção pelo legislador constituinte de um princípio liberal estampado na Declaração do Homem e do Cidadão de 1789. Segundo esse entendimento, não cabe ao Estado fazer qualquer diferenciação entre os seus cidadãos.

Afirma o Ministro, entretanto, que a igualdade não pode ser entendida apenas sobre o plano formal. Para o ele, além de proclamar a igualdade de todos perante a lei, é necessário ser considerada toda evolução política, histórica, jurisprudencial e doutrinária que o princípio da isonomia abarca. Por isso, é fundamental que essa igualdade também seja material, ou seja, deve-se levar em consideração as diferenças culturais, sociais, econômicas que ocorrem de forma fática entre os indivíduos.

Recorremos ao postulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que explica as possíveis diferenciações realizadas pelas normas legais:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (MELLO, 1999, p. 12-13).

Na sequência, reflete sobre os critérios que legitimam distinguir grupos e as circunstâncias que possibilitam tratamento jurídico diferente: “Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?” (MELLO, 1999, p. 10).

Para responder a tal indagação, o autor apresenta quatro elementos que possibilitam a conciliação da discriminação com o princípio da isonomia:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público (MELLO, 1999, p. 41).

Destaca-se, ainda, a necessidade de que se analise os parâmetros da adoção do critério discriminatório. Além disso, é preciso verificar se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade asseverada e, por fim, no caso concreto, verificar os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Aponta, também, que o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, em que não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. Por fim, “consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta” (MELLO, 1999, p. 36).

A partir disso, não há dúvidas de que as políticas ações afirmativas das universidades públicas não contrariam o princípio da igualdade material, pelo contrário, vão ao encontro da isonomia, previsto no caput do art. 5º da Carta da República. O Estado lança mão, seja de políticas de cunho universal, sem prestigia apenas um indivíduo, visto que abrange um número indeterminados de pessoas, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a eles certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Além disso, a autonomia universitária, como já visto, deve ser entendida na sua forma dinâmica e estar atenta às peculiaridades e aos anseios da sociedade, por isso não há como aventar a possibilidade de que as decisões das universidades públicas contrariem o princípio da isonomia, pelo contrário, aplicam-no em sua forma material.

Nesse sentido, pode-se recorrer ao pensamento de Boaventura de Sousa Santos:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, 2003, p. 56).

Após essa breve análise do princípio da isonomia, retornaremos ao Recurso Extraordinário nº 597.285 e vejamos os principais argumentos e análises apresentadas no Acórdão.

Em sua decisão, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que recurso extraordinário deveria receber repercussão geral. A Corte, no mesmo sentido, reconheceu a necessidade de repercussão geral pela relevância jurídica e social da questão constitucional:

Em decisão de fls. 494-495, entendi que a controvérsia possui repercussão geral, pois a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam neste feito.

Assentei, ademais, a questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico e a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, ações desse tipo pelas universidades.

Além disso, evidencia-se a repercussão social, porquanto a solução da controvérsia em análise poderá ensejar relevante impacto sobre políticas públicas que objetivam, por meio de ações afirmativas, a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior (BRASIL, 2012, p. 12).

Ao julgar o mérito, o Relator afasta a necessidade de lei para disciplinar a matéria, pois “está inserida no âmbito da autonomia universitária” (BRASIL, 2012, p. 1). O Ministro alegou, ainda, que a Lei 9394 de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira - não estabelece critério de seleção de estudantes e que esses critérios ficam a cargo das universidades.

Ainda segundo seu entendimento, as políticas de ações afirmativas estão de acordo com o Plano Nacional de Direitos Humanos; a Conferência Mundial de Durban contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância. Além disso, o Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969 internalizou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que previu, no art. 1º, parágrafo 4º, a adoção de “discriminação positiva”, no sentido de que medidas especiais sejam:

[...] tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos. (BRASIL, 1969)

Para o Relator, o marco normativo do conceito de “discriminação” está balizado pelos parâmetros fixados nessa Convenção Internacional. No mesmo sentido, a autonomia universitária parece ser o alicerce sobre o qual são erguidas as paredes das políticas e ações dentro das universidades.

Por sua vez, o voto da Ministra Rosa Weber, após ressaltar o seu orgulho de ter sido aluna da UFRGS, firma o entendimento de que o sistema de cotas está em consonância com a Constituição Federal ao promover a dignidade da pessoa humana e, por isso, almeja um objetivo fundamental da República ao buscar “a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2012, p. 22).

Ao votar, o Ministro Luiz Fux, afirmou ser necessário analisar a realidade. Dessa análise, percebe-se a triste realidade de quem estuda na maioria das escolas públicas, sobremaneira os negros. Segundo seu voto, “essa solução [...] é exatamente aquela que permite, como dispõe o artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, o acesso ao ensino universitário, segundo as capacidades de cada um” (BRASIL, 2012, p. 24). Por fim, ressalta a supremacia do edital, pois havia no edital um aviso de que essas vagas seriam reservadas.

A Ministra Cármen Lúcia, ressaltou em seu voto que o art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República trata da competência da União. Nesse sentido, exercendo sua competência, a União aprovou a Lei n. 9.394 de 1996, que, no seu art. 53, estabelece:

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

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

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

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos; VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente (BRASIL, 2012, p. 27-28).

Prossegue afirmando que o rol das atribuições não é taxativo: seu limite está ancorado nas normas constitucionais e nas normas ordinárias que as regulam:

Nesse ponto cumpre esclarecer que o rol de atribuições densificadoras da autonomia das universidades não é taxativo. **Ao se valer, no caput do art. 53 da Lei n. 9.394/1006, da expressão ‘sem prejuízo de outras’ atribuições, o legislador ordinário autorizou as universidades, nos limites das normas constitucionais e da legislação ordinária delas decorrente, a criarem**

programas favoráveis ao cumprimento de sua função social, entre as quais se pode incluir a instituição de sistema de reserva de cotas (BRASIL, 2012, p. 30, grifos meus).

Acerca da autonomia universitária, a Ministra faz referências a inúmeros autores para estabelecer o seu alcance e suas limitações, por se tratar de matéria que está ao alvedrio exclusivo da própria universidade, ou seja, “está justamente aí a prerrogativa principal da sua autonomia. Assim, ao estabelecer seus rumos, projetos e compromissos, ela própria estará definindo as suas relações de dependência e os seus condicionamentos” (MARTINS, 2008, p. 216-217 *apud* BRASIL, 2012, p. 31).

Ao abordar o constituinte originário, evidencia que a inserção constitucional da autonomia universitária na obra do constituinte originário “traz como consequência a sua intangibilidade por normas de hierarquia inferior: leis federais, leis estaduais e municipais, ou mesmo as Constituições dos Estados” (FERRAZ, 1999, p. 123 *apud* BRASIL 2012, p. 33).

No mesmo sentido, ressalta que a Constituição de 1988 é resultado de um amadurecimento de uma “inegável luta em prol da cidadania”, cujo objetivo é assegurar “que as concepções pluralistas e democráticas se possam impor no ensino superior e as entidades possam prestar este serviço segundo idênticos fundamentos nacionais [...]” e com “a garantia da liberdade e do acatamento ao princípio democrático do pluralismo”. Por fim, faz uma reflexão sobre quem são os destinatários da autonomia universitária:

A autonomia universitária é direito constitucional titularizado **não apenas pelos instituidores ou dirigentes das instituições, mas pelos cidadãos brasileiros**, especialmente pelos que a elas acorrem na condição de alunos, mas não apenas estes, pois os estudantes de agora serão os graduados profissionais com os quais a sociedade contará amanhã e para o que ela investe, **não apenas com recursos, mas, principalmente, com as suas esperanças** (BRASIL, 2012, p. 34, grifos meus).

Já o Ministro Joaquim Barbosa, limitou-se a manifestar que, a exemplo do que fizera na ADPF nº 186, acompanharia o Relator.

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto acompanhando o que votara o Relator; ressaltou, contudo, que faria algumas considerações acerca da temática. Começando as anunciadas considerações, destacou que “talvez a universidade pública seja um destacado exemplo de desigualdade, porque nós cultivamos um modelo elitista de ensino na universidade pública”. Essa afirmação baseou-se na comparação de “séculos de ensino superior”, pois temos uma população de “1,8 milhões de estudantes na universidade pública. Enquanto só aquele programa, o ProUni, [...]”. Nisso completa o Ministro Ayres Britto, dizendo que, o PROUNI

atendeu a um milhão e quarenta e três mil em apenas seis anos de existência (BRASIL, 2012, p. 49). O Ministro Gilmar Mendes prossegue sobre a temática:

Portanto, em pouco tempo, nós teremos mais pessoas beneficiadas nesse sistema do que na escola pública. E por quê? Por ser um modelo obviamente concebido de forma elitista. **Quem já participou de colegiado nas universidades públicas sabe que nenhum professor está disposto a dar aula para mais de trinta alunos, quando o faz.** Nós sabemos que, no exterior, há professores dando aulas para oitocentas pessoas (BRASIL, 2012, p. 52, grifos meus).

A percepção do Ministro sobre o que seria o problema das universidades públicas reproduz velhas teses de que o problema da *res publica* se resolve com a melhoria da gestão. Há inúmeros partidos políticos e órgão de imprensa defensores do “choque de gestão”. A fala carrega, intrinsecamente, a ideia de que o problema da coisa pública no Brasil é a desídia de seus servidores públicos. Além disso, parece totalmente estranho a temática, a tese segundo a qual, o problema se resolveria com o aumento de vagas. A questão não é, em si, a quantidade de vagas disponíveis, mas sim quem as acessa e sobre quais parâmetros se dá o acesso.

As opiniões do Ministro receberam observações de que há exemplos de universidades que possuem turmas com 100 ou 150 alunos em sala. Além disso, houve um debate sobre o modelo de ensino superior em outros países. Também foi pontuada a baixa remuneração de professores universitários no Brasil em comparação a outros países.

Ele prossegue dizendo que o debate do modelo de universidade é importante, pois para ele:

[...] se tivéssemos um pouco mais de vagas num curso de Administração, esse debate não se estaria colocando nessa linha de uma **discriminação reversa**. Esse é um ponto importante, especialmente **num curso em que não temos a necessidade, a imperiosidade de um modelo *numerus clausus***. É evidente que essa questão que Vossa Excelência aponta é muito séria, mas, a rigor, há um problema de estrutura administrativa. **Se nós olharmos, por exemplo, a estrutura toda do modelo europeu universitário, ela não se vale apenas do professor**, mas também do **assistente**, do **assistente voluntário**, dos **doutorandos** que trabalham nos diversos institutos e que, sem remuneração, acabam **exercendo atividades acadêmicas relevantes**, mais acessórias. Por exemplo, a **atividade de correção de provas e tudo o mais** (BRASIL, 2012, p. 50, grifos meus).

Há que observar que não é papel do Poder Judiciário estabelecer o que deveria ser a quantidade de vagas ideal ou quais cursos de graduação podem ou não ampliar o número de vagas disponíveis. Não cabe os STF organizar a estrutura das universidades. Tampouco definir o que deve ser executado no âmbito operacional das atividades acadêmicas. A eficácia constitucional não pode ser medida pela opinião pessoal do Ministro que aponta, por exemplo,

a sua experiência em um colegiado de uma universidade pública ou que as salas deveriam ser maiores e o docentes lecionarem para mais alunos.

Embora muito simplista e estranho ao objeto do Recurso Extraordinário nº 597.285, as opiniões do Ministro Gilmar Mendes sobre o modelo de ensino superior acabam sendo, reiteradamente, objeto de debates. Isso não foge muito das discussões que houve no início da República.

Essa característica é tão marcante na fala do Ministro, que chega a aventar uma engenhosa solução para incrementar o número de vagas. A solução, segundo ele, está na “derrubada de paredes” e consequente aumento da área quadrada das salas de aula das universidades públicas:

Então, nós acabamos tendo um grave problema aqui. Tanto é que brinco na Universidade de Brasília, dizendo que **a primeira reforma na universidade que tinha que se fazer era uma reforma arquitetônica, uma derrubada de paredes, para que, em vez de trinta, colocassem sessenta ou oitenta pessoas numa sala de aula.** Então, aqui está um dos graves problemas desse modelo. Neste caso específico, isso está evidente (BRASIL, 2012, p. 49, grifos meus).

É importante observar-se que esse movimento de aumento das vagas vem sistematicamente ocorrendo especialmente nas universidades públicas. Em 2012, ano do voto do Ministro, O REUNI (Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais) já existia há 5 anos. Ele foi criado pelo Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI, com o objetivo de criar condições para a ampliação do acesso e permanência na educação superior, no nível de graduação, pelo melhor aproveitamento da estrutura física e de recursos humanos existentes nas universidades federais (BRASIL, 2007).

A partir da leitura dos apontamentos apresentados pelos ministros no Acórdão, buscaram-se informações sobre o ingresso de alunos ao longo das últimas décadas e a oferta de cursos de graduação na UFRGS. Seguem os dados e a posterior análise.

A tabela a seguir é resultada da coleta e análise dos dados obtidos a partir dos editais dos vestibulares da UFRGS, nos respectivos anos.

Tabela 1: Vagas ofertadas e cursos de graduação na UFRGS entre os anos de 1997 a 2019

ANO DE INGRESSO	VAGAS	CURSOS DE GRADUAÇÃO
1997	3699	54
1998	Dados não encontrados	Dados não encontrados
1999	Dados não encontrados	Dados não encontrados

2000	4163	59
2001	4170	59
2002	4180	60
2003	4180	60
2004	4300	64
2005	4300	65
2006	4212	65
2007	4212	65
2008	4312	69
2009	4556	75
2010	4961	86
2011	5018	87
2012	5290	89
2013	5424	89
2014	5461	89
2015	5195	90
2016	5223	91
2017	5223	91
2018	5223	89
2019	5223	90

Fonte: a tabela é resultado da coleta e análise dos dados obtidos a partir dos editais dos vestibulares da UFRGS, nos seus respectivos anos.¹³

Analisando os 11 anos anteriores ao Reuni, de 1997 a 2007, o crescimento dos cursos de graduação foi de cerca de 20% e crescimento de vagas foi de cerca 13%. Já se analisarmos o período de 2007 a 2017, os 11 anos imediatamente posteriores à criação do REUNI, há um crescimento de aproximadamente 40% na oferta de cursos de graduação e o crescimento de 24% do número de vagas totais oferecidas pela UFRGS.

Da análise, percebe-se que o REUNI possibilitou um crescimento de 50 % superior ao período anterior a essa política para as universidades públicas. O Reuni propiciou a ampliação da infraestrutura, a contratação de técnicos e docentes. Nesse contexto, foi possível a criação de mais cursos e o aumento de vagas, com manutenção da qualidade acadêmica necessária.

Retomando ao Recurso Extraordinário nº 597.285 de 2012, o único voto a provê-lo foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Utilizou como argumento que 30% de reserva de vagas não era razoável, já que estudiosos apontam ser 10%, o proporcionalmente correto. Ele também argumentou que a escola pública oferece ensino igual ou superior às escolas particulares:

Ou seja, visando implementar o desejável tratamento igualitário, houve, para certo segmento, reserva de cerca de 30% das vagas. Quanto ao sistema de cotas, a reserva de vagas, doutrinadores apontam a razoabilidade – Luís Roberto Barroso –, tendo em conta a percentagem de 10%.
[...]

¹³ Informações encontram-se no site da UFRGS, nos respectivos editais de cada vestibular: <http://www.ufrgs.br/coperse/concurso-vestibular/anteriores>. Acesso em: 16 jan. 2021

Peço vênia, Presidente, à maioria já formada, para distinguir as situações enfrentadas. Uma coisa é ter-se a busca do tratamento igualitário, presente a raça e até mesmo o gênero, como ocorreu no campo eleitoral. Algo diverso é passar-se a distinguir conforme a escola de origem e entender-se que, em se tratando de escola pública, no que deve proporcionar ensino até mesmo de melhor qualidade, tem-se algo a justificar o tratamento diferenciado no tocante ao vestibular (BRASIL, 2012, p. 58).

Ao propor os 10% como razoável, o Ministro não o fundamentou em nenhum dado estatístico ou estudo relacionado esse número à consolidação de um tratamento igualitário. Ele parte de uma percepção pessoal do que seria suficiente.

O voto do Ministro parece se referir a uma espécie de “reparação histórica”. Coloca-se esse termo entre aspas para buscar refletir o que seria matematicamente adequado para reparar quase quatro séculos de escravidão, cujo fim em 1888 no Brasil, não veio acompanhado de indenização, como acesso à terra, por exemplo. Da mesma forma, o que seria em números a “reparação história dos povos indígenas? Quais números corresponderiam a uma razoável compensação pelo genocídio ocorrido de povos indígenas?

Essa relação entre ações afirmativas e a reparação histórica é sistematicamente realizada. Entretanto não é possível haver de fato reparação do que o Estado e a sociedade brasileira produziram de mazelas a pretos, pardos e indígenas. Por isso, quando se implementa cotas em universidades, em serviço público, o objetivo é o combate ao racismo estrutural brasileiro. O que se busca é possibilitar que pretos, pardos e indígenas possam ocupar lugares sociais ocupados historicamente pela população branca: médicos, professores, engenheiros, juízes, advogados, jornalistas, dentre outras profissões.

Em suma, proporção e razoabilidade devem ser analisadas como princípio. A pergunta que se deve realizar é: qual a quantidade de vagas necessárias para melhormente combater o racismo? A resposta com certeza não é fácil, mas é muito mais ancorada na realidade do que se propor um número arbitrário de 10%, por exemplo.

Nesse sentido, antes de ingressar na análise do postulado da proporcionalidade, é necessário definir o que seriam princípios. Para tal fim, recorre-se ao ensinamento de Humberto Ávila sobre o que seriam princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2018, p. 228).

Ainda segundo Humberto Ávila, o postulado da proporcionalidade deve ser aplicado utilizando-se meios adequados, necessários e proporcionais, para isso é necessário que haja

“uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (ÁVILA, 2018, p. 229).

Segundo o autor, um meio é adequado quando “promover minimamente, na hipótese de ato jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio.” (ÁVILA, 2018, p. 299). Um meio é necessário quando “não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2018, p. 299). Já a proporcionalidade existe quando “o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2018, p. 300).

Na sequência, o autor faz uma análise de quando um meio seria de fato desproporcional “Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. **O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais**” (ÁVILA, 2018, p. 300, grifos meus).

A partir do exposto, há adequação, necessidade e proporcionalidade na ampliação das cotas além dos 10% defendido pelo Ministro - pelo contrário, a tese arbitrária de 10% é que parece vir nitidamente de encontro com o postulado da proporcionalidade.

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 3330

A discussão em torno de políticas afirmativas para a reserva de vagas por critérios sociais e raciais também chegou às universidades particulares com a criação do Programa Universidade para Todos (ProUni). O programa foi instituído pela Medida Provisória 213 de 2004, convertida na Lei 11.906 de 2005, e foi questionado no Supremo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3330.

A lei determina que, para receberem os benefícios do ProUni, as universidades privadas devem reservar parte das bolsas de estudo para alunos que tenham cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral, sendo que parte das bolsas deve ser concedida a negros, indígenas e pessoas portadoras de necessidades especiais.

O julgamento da ADI 3030 – que foi anexada a ADI 3314, proposta pelo partido DEM, por ter exatamente o mesmo objeto – foi iniciado em 02 de abril de 2008.

O Ministro Ayres Britto foi o Relator. Em seu voto, após fazer uma análise da importância do combate às desigualdades sociais e raciais, afirmou que a Lei em questão não fere a livre iniciativa e que estão presentes os pressupostos de urgência e relevância. O Ministro argumenta que pelo fato de ser o Prouni um programa por adesão, não se pode falar em violação ao princípio da autonomia universitária, visto que é “concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada.” (BRASIL, 2012, p. 30-31).

O Ministro também defende que não há ofensa ao princípio da livre iniciativa, devido ao fato de que esse princípio já nasce relativizado pela própria Constituição. Nesse sentido, o art. 170 estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. Esse importante aspecto destacado pelo Relator, foi assim abordado pelo então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza:

[...] a liberdade de iniciativa assegurada pela Constituição de 1988 pode ser caracterizada como uma liberdade pública, sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justifique pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não viola, pois, o princípio da livre iniciativa, a lei que regula e impõe condicionamentos ao setor privado, mormente quando tais condicionamentos expressam, correta e claramente, então conferindo concretude a objetivo fundante da República Federativa do Brasil, qual seja:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (art. 3º). [...]

Sobre o que parece ser uma confusão entre a autonomia universitária e a autonomia negocial presente na demanda da ADI3330, Camargo (2015) aponta para a existência na Constituição de 1988 de um “regime geral” e um “regime especial”. Ele destaca que são a partir dessas premissas que se deve autorizar ou restringir o funcionamento de atividades econômicas. Assim define cada um dos referidos regimes:

Como integrantes de um “regime geral da atividade econômica”, apontam-se aquelas disposições que balizam a política econômica relacionada a qualquer das manifestações desta, que são as relacionadas aos “fundamentos”, “fins” e “princípios” da ordem econômica, as possíveis repercussões de tal disciplina no campo da tutela dos direitos humanos, as distinções “lícitas” e “ilícitas” entre os agentes econômicos, o regime do capital, a configuração do uso e abuso do poder econômico, a delimitação das áreas da iniciativa privada e do Poder Público.

Como integrantes de um ‘regime especial da atividade econômica’, apontam-se as disposições em que determinados ramos são mencionados expressamente, bem como aquelas que estabelecem a exigência de um tratamento específico, distinto daquele que se dirige à generalidade das atividades econômicas, como os atinentes ao regime diferenciado da

propriedade, a externalidades individualizadas e à configuração de um interesse público específico em face de determinadas atividades (CAMARGO, 2015, p. 135).

A discussão e a diferenciação entre a natureza e a finalidade dos investimentos privados em contraste com a os objetivos e fins do Estado, já foram desenvolvidos nesse trabalho. Cabe, entretanto, destacar o que Camargo denominou de “regime híbrido”. Ao referir-se aos setores como educação e saúde, por exemplo, o autor situa-os como pertencentes a esse “regime híbrido”. Sua diferenciação deve-se a quem o presta: quando é o Estado, são serviços públicos, quando prestadas pela atividade privada, são atividades econômicas:

A Constituição brasileira de 1988, em relação a determinados setores, deu tratamento híbrido, ora caracterizando-os como serviços públicos a serem diretamente explorados pelo Estado, ora caracterizando-os como atividades econômicas, a serem exploradas pela iniciativa privada, como o que ocorreu precisamente com as atividades de saúde, previdência e educação, que também merecerão exame mais adiante (CAMARGO, 2015, p. 40).

Também é importante destacar a função de fomento do Estado. Essa é uma tentativa de equilibrar e instigar a colaboração da iniciativa privada para a execução de atividades econômicas de interesse público. O seu objetivo não é prejudicar quem não adere a tal atividade, mas beneficiar ao particular que aceita perquiri-la. Por isso, o fomento torna-se, segundo o autor, atrativo à iniciativa privada:

Dentre as funções econômicas do Estado, com toda a certeza a que mais logra atrair as simpatias dos titulares do poder econômico privado é o fomento, considerando que constitui a atribuição de benefícios por parte do Poder Público ao particular que se mostre engajado na execução de projetos de interesse público (CAMARGO, 2015, p. 76).

A partir disso, não se pode falar em violação ao princípio da autonomia universitária ou à livre iniciativa. A adesão ao PRONUI é voluntária e dentro da autonomia negocial das instituições de ensino. Explorando a atividade econômica no setor da educação superior, as empresas aderem ao já mencionado “regime híbrido” de atividade econômica.

Ainda segundo Camargo (2015, p. 57), cabe a observação de que existe um forte argumento, segundo o qual há uma ineficiência da prestação do serviço pelo Poder Público, quando comparada à iniciativa privada. O autor aponta que caso os serviços públicos prestados pelo Poder Público, sem cobrar do cidadão, fossem equivalentes às atividades econômicas ofertadas por instituições privadas, mediante pagamento, não haveria estímulo para a exploração por parte da iniciativa privada.

Observa-se, no entanto, que as universidades públicas brasileiras constituem uma clara exceção à tese de que a iniciativa privada presta serviços superiores ao Poder Público. Pode-se

notar, por exemplo, que as instituições públicas de ensino superior possuem desempenho superior às instituições particulares. Os cursos e graduação ofertados nas universidades públicas têm desempenho duas vezes melhor do que as instituições particulares¹⁴, segundo avaliação do MEC. Também se observa que as dez melhores universidades do Brasil são públicas, segundo recente divulgação do IGC (Índice Geral de Cursos), apresentada pelo Ministério da Educação¹⁵.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, refutou todos os argumentos do partido DEM. Afirmou que o ProUni é coerente com diversos dispositivos constitucionais que preveem a redução de desigualdades sociais. Em favor desse argumento, ele citou dados do Censo Anual de 2008 do Ministério da Educação (MEC) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacional (Inep), segundo os quais havia, naquele ano, uma oferta de 2,98 milhões de vagas nas universidades de todo o país, das quais 1,479 milhão estavam ociosas. Ainda segundo o censo, a maior parte dessas vagas ociosas se localizava em universidades privadas. A causa disso era a dificuldade financeira das famílias de pagar o estudo superior dos seus filhos.

Para o Ministro, ao financiar a bolsa total para alunos de famílias com renda até 1,5 salário mínimo e parcial para aqueles egressos de famílias com renda de até 3 salários mínimos, o ProUni representa um importante fator de inserção social. O Ministro ressaltou, ainda, que essa afirmação é confirmada por uma pesquisa feita em março de 2009 pelo Ibope, segundo a qual 56% dos alunos apoiados pelo ProUni já trabalhavam quando iniciaram seu curso superior, porém seu nível de emprego aumentou para 80% após esse patrocínio, contribuindo para melhorar a renda das suas famílias. Além disso, conforme argumentou, o custo de cada bolsa do programa é inferior ao custo por aluno em universidades públicas e, também, privadas:

Como todos sabemos, a pobreza crônica, que perpassa diversas gerações e atinge um contingente considerável de famílias do nosso país, é fruto da falta de oportunidades educacionais, o que leva, por via de consequência, a uma certa inconsistência na mobilidade social. Isto caracteriza, em essência, o que poderíamos qualificar como ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”, elemento de bloqueio socioeconômico que confina milhões de brasileiros a viver eternamente na pobreza. O Prouni nada mais é do que uma suave tentativa de mitigar essa cruel situação (BRASIL, 2012, p. 43).

¹⁴ Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/12/68-dos-cursos-de-universidades-publicas-tem-desempenho-alto-em-avaliacao-do-mec.shtml#:~:text=Entre%20as%20faculdades%20particulares%2C%2033,mais%20elevado%20de%20qualidad e%20acad%C3%A4mica&text=Os%20cursos%20ofertados%20nas%20universidades,MEC%20\(Minist%C3%A9rio%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o\)](https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/12/68-dos-cursos-de-universidades-publicas-tem-desempenho-alto-em-avaliacao-do-mec.shtml#:~:text=Entre%20as%20faculdades%20particulares%2C%2033,mais%20elevado%20de%20qualidad e%20acad%C3%A4mica&text=Os%20cursos%20ofertados%20nas%20universidades,MEC%20(Minist%C3%A9rio%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o).). Acesso em: 25 de jan. 2021

¹⁵ Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/noticias/ufrgs-segue-com-conceito-maximo-no-indice-geral-de-cursos>. Acesso em: 26 de jan. 2021.

Ao ler os argumentos elencados no voto do Ministro Joaquim Barbosa, foi realizada uma pesquisa sobre a quantidade de bolsas para ensino superior desde a criação do ProUni. As vagas do ano de 2020 ainda não está disponível, mas mantendo-se a estimativa de média de vagas dos últimos anos para 2020, foram concedidas, aproximadamente, três milhões de bolsas em instituições privadas, conforme tabela abaixo:

Tabela 2: Vagas disponibilizadas pelo ProUni desde sua criação

Nº DA MATRÍCULA	VAGAS CONCEDIDAS PELO PROUNI
2005	95.629
2006	109.025
2007	105.574
2008	124.621
2009	163.369
2010	152.733
2011	170.766
2012	170.764
2013	177.326
2014	223.598
2015	252.650
2016	239.262
2017	236.636
2018	241.032
2019	225.555
TOTAL DE VAGAS	2.688.540

Fonte: A tabela é resultado da coleta e análise dos dados obtidos a partir dos dados fornecidos pelo MEC¹⁶

O Ministro também refutou a alegação de que o ProUni ofenderia o princípio da autonomia universitária, previsto no artigo 207 da Constituição Federal. Segundo ele, a adesão das universidades ao programa é facultativa, pois nenhuma instituição particular de ensino superior estaria “obrigada a se vincular ou se manter vinculada ao ProUni, bem como a adesão ao PROUNI tem um prazo de vigência de 10 anos, contados da data de sua assinatura” (BRASIL, 2012, p. 48).

No mesmo sentido, ele afirmou que “há que se considerar que a autonomia universitária não é um objetivo que se esgota em si próprio. Ela existe para que se atinjam outros objetivos, de natureza educacional, social, cultural” (BRASIL, 2012, p. 48).

¹⁶ Disponível em <http://dadosabertos.mec.gov.br/prouni?start=0>. Acesso em: 23 de jan. 2021.

Joaquim Barbosa refutou, também, a argumentação de ofensa ao princípio da igualdade, alegando que somente podem se candidatar ao ProUni aqueles candidatos aprovados em processo de seleção regular, disputado com os demais alunos.

Ademais, o Ministro rebateu a alegação de que o ProUni ofenderia o princípio da livre iniciativa (artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal), que assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Segundo ele, as universidades que aderirem ao ProUni não sofrem qualquer restrição. Considerando a ociosidade de vagas nessas instituições, a lei pode até favorecer a manutenção das suas atividades, em razão dos benefícios tributários que passarão a usufruir.

Por outro lado, destacou que a educação não é uma mercadoria ou serviço sujeito às leis do mercado e sob a regência do princípio da livre iniciativa. O Ministro sustentou que “Se a legislação franqueia a educação à exploração pela iniciativa privada, essa só pode ocorrer se atendidos requisitos do artigo 209 da Constituição Federal”. Segundo ele: “é importante ressaltar que a Educação não é uma commodity, uma mercadoria ou um serviço sujeito às leis do mercado e sob a regência do princípio da livre iniciativa”, por isso ele afirma que “não se trata, propriamente, de incidência pura do princípio da livre iniciativa” (BRASIL, 2012, p. 48).

A Ministra Rosa Weber, destacou em seu voto que as alegações de violação aos princípios da isonomia, autonomia universitária e livre iniciativa já foram abordados em seu voto na ação julgada há duas semanas pelo STF, quanto ao critério de cotas da Universidade de Brasília (ADPF 186).

Especificamente sobre a lei que instituiu o ProUni, a Ministra entendeu que o dispositivo que dá prioridade às empresas aderentes ao programa na distribuição dos recursos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies) é compatível com o princípio da livre iniciativa. Para Rosa Weber, não há inconstitucionalidade, uma vez que o sistema apenas estimula a adesão ao programa ao dar prioridade ao repasse dos recursos, não deixa de fazer repasse às não aderentes e cria mecanismos de estímulo à participação em um importante programa de inclusão social:

Nessa linha, com relação especificamente à autonomia universitária, que nós enfrentamos naquela ação, eu só destacaria que não visualizo nenhuma violação porque, em primeiro lugar, a livre iniciativa pode ser limitada de forma a realizar objetivos públicos traçados pelo Estado, tais como as metas de inclusão social e o acesso à educação, e também porque o programa - aspecto já tão bem destacado - é de adesão voluntária (BRASIL, 2012, p. 56-57).

O voto do Ministro Luiz Fux foi pela constitucionalidade do programa: “Entendo que o ProUni é um exemplo eloquente de fomento público de atividades particulares relevantes, tanto mais que consentâneo com o ideário da Nação, que promete essa sociedade justa e solidária, com a erradicação das desigualdades”. (BRASIL, 2012, p. 62).

O Ministro rebateu o argumento de que o programa fere a isonomia ao repassar verbas para universidades privadas que instituírem ações afirmativas, reservando bolsas para alunos que cursaram o ensino médio em escolas públicas e também reservando boa parte delas concedida a negros, índios e portadores de necessidades especiais. Ele ressaltou que há um paradoxo no Brasil no qual alunos de escolas públicas têm dificuldades de acesso às universidades federais e estaduais, que são as melhores do país, por causa da baixa qualidade dos colégios públicos.

Por fim, Fux aborda a questão da autonomia universitária e da isonomia de tratamento:

Por outro lado, temos de desmistificar também essa questão de supressão de autonomias. Afinal de contas, o ProUni é um programa de adesão voluntária. Ingressa quem quer. Os abastados que podem suprir as suas próprias necessidades e os alunos que também não precisam de apoio não vão para as faculdades que aderem ao ProUni. Agora, o que não pode é a entidade não colaborar com o Governo e ele ter de prestar, ainda, uma atividade de fomento, que representaria uma desigualdade ímpar, um sacrifício social sem qualquer fundamento (BRASIL, 2012, p. 59).

O Ministro Dias Toffoli subscreveu o voto do Relator e julgou improcedente a ação.

Já o Ministro Marco Aurélio, foi o único a divergir da maioria e votar contra a norma que instituiu o ProUni. Para o Ministro Marco Aurélio, o projeto de lei originalmente apresentado pelo Executivo ao Congresso Nacional com o intuito de criar o ProUni foi “atropelado” pela medida provisória. Ainda segundo ele, a medida provisória contém diversos vícios, como, por exemplo, não respeitar os requisitos de urgência e relevância previstos na Constituição Federal e regular matéria tributária, pois prevê isenção fiscal às universidades que aderirem ao Prouni, o que somente poderia ser feito por lei complementar.

O Ministro Marco Aurélio também questionou o fato de a lei prever sanções, a serem aplicadas pelo Ministério da Educação, para instituições que descumprirem as obrigações assumidas no termo de adesão ao ProUni: “A meu ver, sob esse ângulo, tem-se mesmo o maltrato à autonomia universitária, no que simplesmente passa o Ministério da Educação, com esse poder, com essa carta em branco para revelar situações concretas a atraírem sanção, a substituir-se às universidades” (BRASIL, 2012, p. 67).

Ao final do seu voto, o Ministro defendeu que o Estado invista em universidades públicas, ao invés de instigar a iniciativa privada a fazer o que o próprio Estado deveria fazer.

A discussão sobre o público e privado no ensino superior aparece mais uma vez nas reflexões do voto do Ministro, do qual o excerto a seguir foi extraído:

Por que não potencializa o instituto das universidades públicas, viabilizando o acesso com maior largueza? Por que esse acesso é tão afunilado, revelando *via crucis*, que é revelada pelo **vestibular para uma universidade pública?** Não o faz porque é mais fácil utilizar-se de um poder de pressão maior, do poder que é inerente à soberania, e compelir-se a iniciativa privada a fazer o que ele próprio – Estado – deveria fazer, viabilizando o acesso universitário, de uma forma larga, àqueles que tenham o requisito de escolaridade para cursar o nível universitário, **sem essa carnificina – e assim rotulo – como o é o vestibular para uma universidade pública, com afunilamento insuplantável** (BRASIL, 2012, p. 68-69, grifos meus).

Embora o Prouni talvez seja a mais relevante política educacional para o acesso ao ensino superior da história brasileiro, a discussão sobre o vestibular e o acesso às universidades públicas foi e continua sendo nevrálgico para nosso país. Esse foi o cerne da discussão da denominada Reforma Carlos Maximiliano, cujo objetivo principal era rever a Reforma Rivadávia, como já visto no capítulo anterior.

No que tange ao voto do Ministro Gilmar Mendes, nele se afirmou, ao acompanhar o voto do Relator, que a sistemática adotada pelo ProUni para fomentar a concessão de bolsas de estudo por parte de instituições privadas de educação superior mediante o oferecimento, em contrapartida, de isenção de alguns tributos, é um modelo extremamente engenhoso que favorece mais de um milhão de estudantes e que deveria ser estendido a outros setores.

Para o Ministro, o ProUni é bem-sucedido muito em razão do seu mecanismo de fiscalização, “veja que o modelo é extremamente interessante, até porque é de fiscalização bastante simples, quase que documental, evitando, então, todos os desvios” (BRASIL, 2012, 2012, p. 79), na medida em que dispensa a atuação de fiscais para impedir fraudes. “É um modelo institucional digno de encômios porque todos nós sabemos da dificuldade de se fazer um controle dessas entidades. E é um modelo que pode se expandir para outras áreas, como a saúde” (BRASIL, 2012, p. 78).

O Ministro Gilmar Mendes também fez elogios aos critérios para a concessão de bolsas com base na renda, e não na cor da pele. O programa é dirigido aos estudantes egressos do ensino médio da rede pública ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, com renda per capita familiar máxima de três salários-mínimos:

A lei do ProUni, em verdade, estabelece o critério de renda do aluno, como requisito essencial para concessão dessas bolsas. Fosse o critério de raças o único a ser exigido pela Lei como requisito de distinção para fins de concessão da bolsa, certamente, como eu já disse em relação ao caso da UnB, teríamos

de refletir de forma mais adequada sobre o tema, pois estaria posta em séria dúvida a constitucionalidade da política (BRASIL, 2012, p. 82).

Embora a fala do Ministro possa dar a entender que o ProUni, diferentemente das ações afirmativas nas universidades públicas, não estabeleça o critério étnico, o ProUni também prevê reservas de vagas para pretos, pardos, indígenas e portadores de deficiência:

Art. 7º As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao Prouni, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias:

I - proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade, respeitados os parâmetros estabelecidos no art. 5º desta Lei;

II - **percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.**

§ 1º O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, **no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação**, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do § 1º deste artigo, as vagas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que se enquadrem em um dos critérios dos arts. 1º e 2º desta Lei.

§ 3º As instituições de ensino superior que não gozam de autonomia ficam autorizadas a ampliar, a partir da assinatura do termo de adesão, o número de vagas em seus cursos, no limite da proporção de bolsas integrais oferecidas por curso e turno, na forma do regulamento (BRASIL, 2005).

3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 51

A ADI 51 de 1989, cujo Relator foi o Ministro Paulo Brossard, versava sobre pedido de declaração de inconstitucionalidade de artigos da Resolução 2 de 1988, do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O Procurador-Geral da República demandou o STF contra os seguintes artigos:

Art. 1 – O Reitor e o Vice-Reitor da UFRJ serão escolhidos em processo de eleição direta pelos docentes, servidores técnico-administrativos e estudantes.

§ único - O processo eleitoral iniciar-se-á e encerrar-se-á no âmbito único da UFRJ.

Art. 5 - Os candidatos a Reitor e a Vice-Reitor vencedores da eleição serão empossados pelo Conselho Universitário.

§ único - Os Sub-Reitores e o Prefeito da chapa vencedora serão nomeados pelo Reitor imediatamente após a sua posse.

Art. 8 – Constituem o colégio eleitoral:

- 1) Todos os docentes do PUCRCE.
- 2) Todos os servidores técnico-administrativos do PUCRCE.
- 3) Todos os estudantes com matrícula ativa em qualquer dos cursos da UFRJ.
- 4) Todos os servidores extraquadrados com vínculo empregatício existente em 20 de outubro de 1988 e mantido na data da eleição.

§ único - Incluem-se nos estudantes mencionados no item três os alunos dos cursos de pós-graduação *lato sensu* aprovados do e pelo CEPG e excluem-se e os alunos dos cursos de extensão universitária.

A partir da leitura do Relatório do Acórdão (BRASIL, 1989, p. 2 a 8), os principais argumentos apresentados na Petição Inicial pelo Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga e pelo Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro são apresentados a seguir.

O Procurador-Geral da República defendeu que:

a) a inconstitucionalidade, tanto formal quanto material, de tal Resolução, porque usurpa competência legislativa da União (art. 22, XXIV, da Constituição Federal) e porque contraria frontalmente o disposto no artigo 207 da Constituição Federal, que assegura autonomia administrativa às universidades;

b) o processo de escolha de Reitor e Vice-Reitor, ao menos quanto a obrigatoriedade de elaboração de lista a ser enviada ao Presidente da República, nos termos da Lei nº 5.540 de 1968, alterada pela Lei nº 6.420 de 1977, é matéria de diretriz e base da educação nacional, cuja competência disciplinar é privativa da União;

c) a inconstitucionalidade material da Resolução, pois a autonomia, agora proclamada constitucionalmente no artigo 207 da Constituição Federal, já o era pelo artigo 30 da Lei nº 5.540 de 1968, a mesma lei que no artigo 16 assegurava ao Presidente da República o poder de nomear o Reitor das Universidades federais.

Já o Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro, defendeu que:

a) o conceito de autonomia administrativa das Universidades, agora declarada no artigo 207 da Constituição Federal;

b) a referida disposição constitucional apenas declarou a autonomia universitária que quando da sua promulgação, já existia e era exercida pelas universidades. Entende-se que essa norma veio, tão só Ilhe dar hierarquia constitucional, impedindo que “a lei ordinária de vir a dispor em contrário ao que ela mesma já dispusera”;

c) todo e qualquer preceito legal, que disciplinava a designação de Reitores, Vice-Reitores, Diretores e outros cargos, a partir do advento do artigo 207 da Constituição “só permanece vigente se a própria universidade o adotar”;

d) não há qualquer conflito entre o pleno reconhecimento à ampla autonomia, constitucionalmente reconhecida às universidades, e a competência normativa estipulada no artigo 22, inciso XXIV, da Lei Maior: continua a ser da competência

normativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação: “mas, a título de legislar (ou de se ter antes legislado), não se pode coatar a autonomia da universidade”

O Ministro Paulo Brossard votou pela procedência da Ação. Segundo o Relator, as universidades já gozavam da autonomia antes da Constituição de 1988. Eis o principal argumento do Ministro:

Segundo o artigo 207 ‘as universidades gozam de autonomia...’. Não diz que elas passaram a gozar. É que antes da Constituição já a Lei nº 9 5.540, de 1968, dispôs semelhantemente. Eis o que prescreve o seu artigo 3º ‘as universidades gozação de autonomia didático – científica [...]’. Parece claro que a norma constitucional, ao assegurar a autonomia universitária, manteve o ‘statu quo’ anterior, dando-lhe, porém, a categoria da regra constitucional (BRASIL, 1989, p. 9).

O Ministro segue a mesma lógica de que já havia lei que previa a autonomia universitária. Ele usa um peculiar argumento de que a Constituição serve a uma norma legal “A norma constitucional repete, de maneira quase servil, a norma legal” (BRASIL, 1989, p. 11).

Esse argumento é diametralmente oposto ao que se vê na ADI6565 e na ADPF759, ou seja, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição. O Ministro está ratificando a prerrogativa do Presidente da República de nomear reitores e vice-reitores, a partir da harmonização da Constituição com a norma.

Ao propor a interpretação da Constituição a partir da harmonização com a legislação infraconstitucional, a decisão do Ministro parece contrariar o que postulam grandes juristas, dentre os quais se destacam Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda e Paulo Bonavides. Esses autores, ao analisarem a supremacia do texto constitucional sobre as normas infraconstitucional, além de darem relevo ao princípio da supremacia da Constituição, apontam o caráter vicioso decorrente da harmonização com a legislação infraconstitucional, visto que a tal harmonização deve ser das normas infraconstitucionais com a Constituição, não o contrário.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano, ao fazer considerações acerca das leis constitucionais, afirma que elas “regem o presente e o futuro; se não ressaltavam, de modo explícito ou implícito, as situações jurídicas definitivamente estabelecidas, não estacam, nem recuam diante das mesmas. A sua aplicação é imediata: tudo o que se lhes contraponha fica eliminado. O poder constituinte é absoluto” (MAXIMILIANO, 1955, p. 325-356).

Ainda segundo o autor, “A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, Constituições, decretos ou sentenças estaduais, nem tratados ou quaisquer outras atas diplomáticos” (MAXIMILIANO, 1979, p. 314). Além disso, ele afirma que a técnica de interpretação pode mudar, “desde que se passe

das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigida de modo sintético, em termos gerais.” (MAXIMILIANO, 1979, p. 123).

Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967, afirma que “a Constituição é rasoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais” (MIRANDA, 1972, p. 381). Na mesma obra, ele assevera que “à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao direito que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição” (MIRANDA, 1972, p. 385).

Por seu turno, Paulo Bonavides assim descreve a interpretação conforme a constituição:

A interpretação das leis “conforme a Constituição”, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais - de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional - e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta.

Em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição (BONAVIDES, 2004, p. 517-518).

A observação de que o Acórdão ocorreu em 25 de outubro de 1988, isto é, apenas vinte dias após a Promulgação da nossa Constituição, é importante para entender o já apontado caráter dinâmico da autonomia universitária (RANIERI, 2018). Não se deve, entretanto, dar azo para o entendimento de que a norma infraconstitucional deva prevalecer sobre a própria constituição.

Cabe observar que Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda, por exemplo, estabelecem as suas proposições a partir de constituições anteriores a de 1988, por isso, mesmo sob o ponto de vista de uma doutrina tradicional, não encontra sustentação a harmonização ou subserviência da Constituição à Lei, conforme fora proposto pelo Ministro Relator.

Além disso, utilizar uma norma construída no auge do período de maior repressão da ditadura militar não parece harmonioso com os anseios de uma educação plural, democrática e promotora da diversidade de concepções pedagógicas, tampouco com os auspícios trazidos pela então incipiente Carta de 1988. Não que uma lei elaborada na Ditadura Militar não possa, a priori, ser utilizada, inclusive há muitas leis em vigor que datam desse período, mas pelo fato de que a referida lei inviabilizava a gestão democrática do ensino, ou seja, não poderia ser recepcionada pela Constituição de 1988.

O Ministro Celso De Mello votou pelo não conhecimento da ação, pois para ele o que se impugna é um ato administrativo que “só por via reflexa, afetaria a norma constitucional” (BRASIL, 1989, p. 29).

Cabe destaque que toda a argumentação do Ministro vai ao encontro das opiniões do Relator, por isso, se tivesse conhecido a ação, votaria pela procedência dela. Nesse ponto, destaca-se um argumento apresentado em seu voto, no qual faz referência à Lei 5.540 de 1968, a qual já foi objeto de análise nessas páginas, que representava a concepção de liberdade do Regime Militar:

O grau de autonomia concedido ao ente universitário sequer priva o Estado - nos casos de violação do ordenamento jurídico - de, até, intervir na Universidade, suspendendo-lhe, em consequência desse até radical, o gozo e o exercício da própria autonomia, a teor do que dispõe o artigo 48 da Lei nº 5.540, de 1968, verbis:

‘O Conselho Federal de Educação, após inquérito administrativo, poderá suspender o funcionamento de qualquer estabelecimento isolado de ensino superior **ou a autonomia de qualquer universidade**, por motivo de infringência da legislação do ensino ou de preceito estatutário ou regimental, designando-se Diretor ou Reitor **pro tempore**’ (BRASIL, 1989, p. 26-27).

O Ministro Sepúlveda Pertence, julgou incompetente o Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro para legislar sobre o tema. Ele também ressaltou a necessidade de que o legislador harmoniza a “gestão democrática do ensino, na forma da lei”, prevista na Constituição com a legislação. A sua tese foi que a omissão pelo legislador em estabelecer lei específica, não deslocaria a competência para o Conselho Universitário:

Ficou confiada aí uma delicada tarefa ao legislador, inclusive, a de flexibilizar tais formas de democratização para cada tipo de instituição. Mas, de qualquer modo, da omissão do legislador, que me parece caracterizada, no editar lei adequada a esse princípio da Constituição Federal, não decorre, sequer provisoriamente, o deslocamento da competência legislativa para o Conselho Universitário (BRASIL, 1989, p. 36).

Já em seu voto, o Ministro Francisco Rezek fez reflexões sobre os apontamentos do Ministro Sepúlveda Pertence sobre a necessidade de legislação específica. Destacou ainda que as universidades não dever ter “autogoverno”, pois os salários dos professores são pagos pelo contribuinte e os estudantes estão estudando gratuitamente. A seguir se reproduz parte do voto do Ministro Rezek:

Hesito em acreditar, por mais que se liberalizem as instituições, que o Congresso Nacional vá um dia, no estabelecimento dessa disciplina, editar para as universidades federais um sistema de autogoverno, **enquanto cada um dos professores dessas universidades recebe, a cada mês do calendário, sua remuneração a conta dos recursos do Tesouro Nacional; enquanto cada um dos seus estudantes recebe esse serviço gratuitamente** - numa gratuidade bancada pelo inteiro quadro social: tudo isso dentro de um

cenário custeado, em cada uma de suas paredes, moveis e equipamentos, pela sociedade, pelos contribuintes que a todo dia alimentam o erário. **A posição que esta Casa assume, no sentido de desautorizar a norma estabelecida pelo Conselho da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, parece-me não apenas consentânea com a distribuição de competência normativa expressa na Carta de 88, mas também com o correto propósito de não prestigiar qualquer forma de autogoverno à revelia da entidade mantenedora, que é toda a sociedade brasileira. Isto seria mais do que a soberania -- que já impressionou tão vivamente o Ministro relator -- porque, de modo geral, a soberania não recolhe seivas nutritivas alhures, não encontra seu custeio fora de seu próprio âmbito. Seria algo surrealista, e rigorosamente impalatável (BRASIL, 1989, p. 41, grifos meus).**

Há uma confusão entre as características e funções da universidade, as quais já foram aqui apontadas, sobremaneira sua relação entre pesquisa, ciência e extensão. Esse tripé inarredável da atuação acadêmica é a razão da errônea comparação com outros órgãos da burocracia estatal. Também já foram apontadas nesse trabalho as necessárias diferenciações entre autonomia universitária e a autonomia concedida aos Entes da Federação e Órgãos do Estado.

Embora, mais uma vez, a autonomia universitária deve ser analisada dentro de suas particularidades, que claramente afasta a comparação das universidades públicas com outros órgãos da administração, esse pensamento externado pelo Ministro encontra eco e é potencializado atualmente. Discursos como esses dão azo a clichês e lugares-comuns de quem acredita ser a universidade pública, lugar de “balbúrdia” e tráfico de drogas, como veremos em outro capítulo.

Os demais Ministros assim votaram: para Ministro Célio Borja, a discussão se tratava do deslocamento ou não de competência para disciplinar a matéria, por isso acompanhou o voto do Relator. Os votos dos Ministros Octavio Gallotti, Moreira Alves e Sydney Sanches limitaram-se a acompanhar o Relator. O voto do Ministro Néri Da Silveira (Presidente) acompanhou o Relator e ressaltou a necessidade de que o Congresso Nacional legisle sobre o tema.

3.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 6565

O Partido Verde ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6565) contra o artigo 1º da Lei Federal 9.192 de 1995 e o artigo 1º do Decreto Federal 1.916 de 1996, que estabelecem as regras de escolha de reitores e vice-reitores das universidades federais e de dirigentes de instituições de ensino superior federal.

O artigo 1º da Lei 9.192 de 1995, que alterou o artigo 16, inciso I, da Lei 5.540 de 1968, prevê que o reitor e o vice-reitor das universidades públicas e os dirigentes das instituições federais de ensino serão nomeados pelo Presidente da República entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que tenham título de doutor, a partir de listas tríplices organizadas pelas instituições. O artigo 1º do Decreto Federal 1.916 de 1996, por sua vez, reforça a legislação de 1995. Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

Lei Federal nº 9.192/1995

Art. 1º O art. 16 da Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.420, de 3 de junho de 1977, e pela Lei nº 7.177, de 19 de dezembro de 1983, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 16. A nomeação de Reitores e Vice-Reitores de universidades, e de Diretores e Vice-Diretores de unidades universitárias e de estabelecimentos isolados de ensino superior obedecerá ao seguinte:

I - o Reitor e o Vice-Reitor de universidade federal serão nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, **cujos nomes figurem em listas tríplices organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal;**

II - os colegiados a que se refere o inciso anterior, constituídos de representantes dos diversos segmentos da comunidade universitária e da sociedade, observarão o mínimo de **setenta por cento de membros do corpo docente no total de sua composição;**

III - em caso de consulta prévia à comunidade universitária, nos termos estabelecidos pelo colegiado máximo da instituição, prevalecerão a votação uninominal e o **peso de setenta por cento para a manifestação do pessoal docente em relação à das demais categorias;**

IV - **os Diretores de unidades universitárias federais serão nomeados pelo Reitor**, observados os mesmos procedimentos dos incisos anteriores;

V - o Diretor e o Vice-Diretor de estabelecimento isolado de ensino superior mantido pela União, **qualquer que seja sua natureza jurídica, serão nomeados pelo Presidente da República**, escolhidos em lista tríplice preparada pelo respectivo colegiado máximo, observado o disposto nos incisos I, II e III;

VI - nos casos em que a instituição ou a unidade não contar com docentes, nos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, em número suficiente para comporem as listas tríplices, estas serão completadas com docentes de outras unidades ou instituição;

VII - os dirigentes de universidades ou estabelecimentos isolados particulares serão escolhidos na forma dos respectivos estatutos e regimentos;

VIII - nos demais casos, o dirigente será escolhido conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.

Parágrafo único. No caso de instituição federal de ensino superior, será de quatro anos o mandato dos dirigentes a que se refere este artigo, sendo permitida uma única recondução ao mesmo cargo, observado nos demais casos o que dispuserem os respectivos estatutos ou regimentos, aprovados na forma da legislação vigente, ou conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino' (BRASIL, 2020, grifos meus).

O decreto nº 1.916 de 1996 também é objeto de impugnação da ADI6565, o qual possui a seguinte redação:

Art. 1º O Reitor e o Vice-Reitor de universidade mantida pela União, qualquer que seja a sua forma de constituição, serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos dentre os **indicados em listas tríplices elaboradas pelo colegiado máximo da instituição, ou por outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim** (BRASIL, 2020, grifo meu).

A petição inicial, ajuizada em 12 de setembro de 2020, apresenta os seguintes argumentos, a fim de que a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Federal 9.192 de 1995 e o artigo 1º do Decreto Federal 1.916 de 1996 sejam acolhidas:

- a) Apartado de uma escolha técnica e dos princípios que norteiam a Administração Pública, as nomeações têm sido efetivadas como uma forma de estabelecer vigilância e controle das Universidades Federais, principalmente sobre as pesquisas acadêmicas, que recorrentemente têm dado destaque e visibilidade ao País face aos índices acadêmicos internacionais;
- b) A perseguição é destacada por membros do próprio Governo Federal nos seus diversos pronunciamentos. Destaca-se que, em meados do ano de 2019, o Ministério da Educação realizou contingenciamento de rubricas orçamentárias de Universidades Federais, sob a motivação de que se tratava de uma punição para instituições que promoviam “balbúrdia”, tal como relatado pelo Ex-Ministro Abraham Weintraub, conforme cita a cobertura da imprensa¹⁷;
- c) As deliberações sobre as Universidades Públicas têm sido utilizadas como ataque às instituições de ensino, o que se dá em decorrência uma boa técnica e eficiente gestão administrativa, violando-se a autonomia universitária prevista no bojo do art. 207, caput, o art. 206, II, III e VI, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade pública, insculpidos no artigo 37, caput, ambos da Constituição Federal de 1988;
- d) Sustenta que a autonomia universitária foi concebida na Constituição de 1988 para evitar, por exemplo, o que ocorreu na UnB, entre os anos 1976 e 1985, em que um Reitor foi nomeado pelo Regime Militar, e que ocorria de: “por diversas vezes a Polícia Militar adentrar ao seu campus para inibir greves e perseguir professores e estudantes” (BRASIL, 2020, p. 8);

¹⁷ A matéria completa está disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,mec-cortaraverba-de-universidade-por-balburdia-e-ja-mira-unb-uff-e-ufba,70002809579>. Acesso em: 17 set. 2020.

e) Prossegue afirmando que as perseguições são tantas que, pela primeira vez, o Brasil foi incluído no Relatório “*Free of Think*”, que avalia ataques políticos às comunidades acadêmicas:

Pela primeira vez, o Brasil foi mencionado no relatório ‘Free of Think’, da organização não governamental Scholars at Risk (Acadêmicos em risco, em tradução livre). O estudo analisa e denuncia os ataques às comunidades acadêmicas e universidades pelo mundo. Aponta aumento de ‘pressões significativas’ às universidades como batidas policiais nos campi, ameaças e ataques a minorias estudantis e proposta de legislações que ameaçam as atividades e os valores da universidade (BRASIL, 2020, p. 10).

O Partido Verde argumenta que há razões suficientes para a propositura da ADI, visto que os dispositivos legais mencionados estariam contrariando o texto da Constituição Federal, devendo os seus efeitos serem imediatamente suspensos, em caráter cautelar, já que os dispositivos veiculados têm causado enormes danos à comunidade acadêmica, principalmente, à pesquisa científica e, por consequência, ao País.

O Pedido de Destaque do Ministro Gilmar Mendes obriga que análise da ação ocorra de forma presencial, o julgamento está pautado para a sessão de 23 de junho de 2021.

Embora o julgamento só ocorrerá em junho de 2021, a análise da Minuta do Voto do Relator, Ministro Edson Fachin, permite extrair informações importantes dos rumos da discussão que se avizinha. O Ministro Fachin propõe a seguinte pergunta para responder à questão jurídica em tela:

Essa pergunta pode ser ainda formulada mediante a interrogação seguinte: pode o Presidente da República nomear Reitores e Vice-Reitores em desatenção à ordem de indicações promovidas pelos colegiados máximos das instituições, à luz da regra constitucional da autonomia universitária? (BRASIL, 2020).

O Ministro começa com uma análise histórica do conceito de autonomia universitária, pois para ele a análise precisa iniciar a partir do “sentido vocabular de “autonomia”, cabendo nele reconhecer a tradições de pensamento, usos, e contextos de alta variação estrutural. Para o Ministro, “É sabido que a noção de ‘autonomia’, aplicada às instituições de ensino superior, possui uma história no direito brasileiro”. Ele se refere, nesse trecho, à primeira universidade brasileira, Universidade do Rio de Janeiro e à Reforma Rivadávia Correia, ambas já apresentadas neste trabalho:

Decreto nº 14.343, de 1920, que instituiu a Universidade do Rio de Janeiro, a autonomia na educação superior é referida já em 1911, na Reforma Rivadávia Correia. Por meio do Decreto nº 865911/1911, aprova-se a Lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental na República, que estabelece: ‘Art. 2º Os institutos, até agora subordinados ao Ministério do Interior, serão, de ora em

diante, considerados corporações autônomas, tanto do ponto de vista didático, como do administrativo' (BRASIL, 2020, p. 8).

Em seguida, passa-se à análise da Reforma Francisco Campos, cujo conteúdo também foi objeto de análise nestas páginas:

Suprimida em 1915, a autonomia das instituições de ensino superior reaparece na conhecida 'Reforma Francisco Campos', carregando o caráter ambíguo de uma autonomia controlada ou tutelada. É o que se depreende do art. 9º do Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931 (BRASIL, 2020, p. 9).

O Ministro continua demonstrando a mudança de significado que o sintagma “autonomia universitária” recebeu. Embora possuam a mesma morfologia, o conteúdo semântico varia conforme aumenta ou diminui a ingerência dos governos sobre as instituições de ensino superior.

Ao falar da Era Vargas, ele afirma que a “A prática demonstrou, notadamente com a transformação da Universidade do Rio de Janeiro em Universidade do Brasil, que a ingerência governamental, típica da Era Vargas, deu a tônica das relações entre a universidade e o Estado”. Ademais, Fachin faz uma análise da diferença de construção da autonomia universitária na criação da Universidade de São Paulo em comparação com as universidades federais, o que também já objeto de análise nesse trabalho:

Essa diferença de concepção acarreta também uma diferença em termos de regulação normativa. É o que se nota ao contrastar o art. 24, do Decreto nº 6.283/1934, do Estado de São Paulo, que cria a Universidade de São Paulo, com o supracitado art. 9º do Decreto nº 19.851/ 1931: ‘Art. 24 – A Universidade de São Paulo tem personalidade jurídica, autonomia científica, didática e administrativa, nos limites do presente decreto, e, uma vez constituído um patrimônio com cuja renda se mantenha, terá completa autonomia econômica e financeira’. Aqui, a cláusula de exceção da ‘sanção do respectivo governo’ já não se apresenta, e indica uma variante mais alargadas da noção de ‘autonomia universitária’ (BRASIL, 2020, p. 12).

Do chamado período populista, ele cita apenas a LDB de 1961 e não descreve o protagonismo estudantil, tampouco o fim da diferenciação da educação propedêutica e da profissionalizante. Fachin também não aborda as federalizações de universidades ocorridas nos anos 50.

Ele passa a abordar o período do golpe militar, ao se referir à Reforma de 1968: “Esta história sofrerá uma posterior inflexão com a chamada Reforma Universitária de 1968. Reforma essa que possui como propulsora a Lei Federal nº 5.540 de 1968 ora sob exame” (BRASIL, 2020, p. 15). O Ministro afirma, ainda, que “Após movimentos de sístole e diástole em termos de independência das universidades brasileiras face às intervenções governamentais, o Golpe

Militar de 1964 inaugura uma fase de ampla investida contra as instituições universitárias e suas comunidades” (BRASIL, 2020, p. 16).

Ele se refere, também, aos dois parágrafos de abertura do capítulo “Violações de Direitos Humanos nas Universidades”, do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade para contextualizar o alcance das ações repressivas no regime militar nas universidades:

No quadro de violações de direitos humanos do período investigado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), cabe apresentar o contexto daquelas perpetradas pelo regime militar nas universidades brasileiras e no meio educacional. Esse contexto se caracteriza principalmente por **atos normativos que redundaram em afastamentos e demissões, por um lado, de professores e funcionários e, por outro, de estudantes.** Também, as **inúmeras invasões de faculdades ou de universidades** demonstram a cultura política repressiva que conduziu os militares à prática de graves violações. Uma série de projetos, linhas de pesquisas, cursos e grupos foram afetados e, muitas vezes, **banidos do sistema.** A ditadura passou até mesmo **a controlar a produção de livros e estabeleceu a censura para muitos outros** (Decreto-lei nº 1.077/1970). Implantou uma **política de modernização autoritária das universidades.** Também ocorreu colaboracionismo de professores e dirigentes com o novo regime. E, algumas vezes, **universidades chegaram a firmar parcerias com a Escola Superior de Guerra para ministrar cursos em seus campi,** como foi o caso da UFPR, conforme consta de ata do Conselho Universitário da UFPR, de 20 de abril de 1966. Foi esse o **pano de fundo das graves violações de direitos humanos que atingiram o meio universitário: prisões, tortura e mortes de professores, estudantes e funcionários, boa parte deles ligados a alguma organização política.** Não existem dados sistematizados sobre o número de estudantes, professores e funcionários presos durante os 21 anos do regime militar. Contudo, dados parciais existentes permitem uma estimativa da abrangência da repressão no meio universitário brasileiro. [...]. **Estima-se entre 800 e 1.000 o número de pesquisadores perseguidos de 1964 a 1985** (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014 *apud* BRASIL, 2020, p. 5, grifos meus).

Além de uma educação inspirada nas universidades norte-americanas, o Ministro afirma que se pretendia aumentar um maior controle sobre estudantes, professores e funcionários, como ressalta o Relatório Meira Mattos: “Dentre as medidas propostas, recomendava-se: ‘fiscalizar pregações em aulas, antidemocráticas e contra a moral, em consequência coibir-se os alunos delas decorrentes’” (BRASIL, 2020, p. 15).

Fachin chama a atenção, também, para a ambiguidade das legislações do período, ou seja, sua análise vai no sentido de que não é a mesma morfologia que garantirá o conteúdo semântico, por isso é essencial que “o intérprete deve atentar para as ambiguidades da legislação do período, justamente para reconhecer a diferença entre o que se entendia, então, como autonomia universitária, e o que se entenderá, após 1988, com o uso do mesmo conceito”.

Na mesma direção, Fachin ressalta o “verniz democrático” da reforma de 1968, como ao submeter ao Congresso Nacional a sua proposta de reforma da educação, e disso resultará a Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, que diferentemente de muitas reformas que foram criadas por Decreto-Lei, não pode esconder as marcas da ditadura militar. Ele cita, por exemplo, a mensagem de veto do Presidente da República ao Projeto de Lei nº 38 de 1968, posteriormente convertido na Lei nº 5.540 de 1968:

Parágrafo 3º do Art. 16 – **A experiência colhida evidencia que a manutenção das universidades, constituídas em Fundações de direito público tem sido feita integralmente por meio de subvenções do poder público, razão por que é natural a escolha de seus dirigentes pelo próprio Governo.** A referência de que a nomeação se fará na forma que estabelecerem os estatutos, poderia dar margem a que se dispusesse regimentalmente, do modo contrário àquele princípio já consagrado (BRASIL, 2020, p. 16, grifos do Ministro)

Na mesma linha, Fachin faz referência à dissertação de Mestrado de Maria Auxiliadora Nicolato, na qual o regime de exceção e os poderes excepcionais do Presidente da República, sobremaneira com o AI-5, fazem parte da Reforma de 1968:

[...] É que por este Decreto-lei, sancionado menos de três meses após a lei 5.540, o Presidente da República, avocando os poderes excepcionais que lhe fora outorgado pelo Ato Institucional n. 5, recompôs o seu projeto inicial de Reforma, impondo exatamente aqueles dispositivos que dele haviam sido excluídos pelos parlamentares ou pelos vetos pelo Congresso (NICOLATO, 1986 *apud* BRASIL 2020, p. 7).

Ao finalizar o que denominou de “recuperação histórica”, o Ministro afirma que tal análise é importante para compreender como, pela primeira vez na nossa história, a autonomia universitária surge como princípio constitucional. Nesse sentido, reitera-se que a autonomia universitária expressa na constituição de 1988 é diferente das que até então tínhamos em nosso ordenamento jurídico, ainda que:

A partir deste contraste, concluir-se-á que, a despeito da identidade entre os significantes, a autonomia universitária albergada pela Constituição de 1988 é sensivelmente distinta daquela encampada pelo ordenamento jurídico brasileiro até então (BRASIL 2020, p. 8).

Na análise, a partir da Constituição de 1988, o Ministro cita o Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, ficando explícito quanto ao princípio da autonomia universitária, que além de estar expressa na Constituição, deveriam “ser tomadas as medidas técnicas necessárias para que a legislação ordinária viesse a tolher sua amplitude”. Nesse sentido, explicita-se o art. 8º do Anteprojeto:

Art. 8º. As universidades e demais instituições de ensino superior gozam, nos termos da lei, de autonomia didático-científica, administrativa e financeira, obedecidos seguintes princípios:

I - indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão;

II - padrão unitário comum de qualidade, indispensável para que cumpram seu papel de agente da soberania cultural científica, artística e tecnológica do país;

III - **gestão democrática através de critérios públicos e transparentes, com participação de docentes, alunos e funcionários e representantes da comunidade na escolha dos dirigentes** (BRASIL 2020, p. 9, grifos do Ministro).

Fachin ressalta que, ainda que o supracitado inciso III tenha sido retirado da Constituição, as discussões do plenário da Assembleia Nacional Constituinte conduziram a uma reafirmação da dimensão constitucional, tanto do princípio da autonomia universitária, quanto do princípio da gestão democrática do ensino público. Ele destaca, ainda, que esse último permanece disposto no inciso VI do art. 206 da Constituição Federal de 1988: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei”.

O Ministro prossegue afirmando que a mudança na estatura da autonomia universitário não escapou ao olhar dos principais especialistas do tema na literatura jurídica, que enxergaram no art. 207 que ficou assim redigido: “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”, como a inscrição de uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Fachin cita a lição do professor Almiro do Couto e Silva:

Na verdade, ao princípio acolhido no seu art. 207 o nosso Estatuto Político Fundamental não após qualquer cláusula restritiva, do tipo 'na forma da lei', à semelhança do art. 33 da Constituição Italiana, de modo a fazer do preceito constitucional uma regra de eficácia contida, na classificação de José Afonso da Silva, que tão merecido prestígio conquistou no Direito Brasileiro ('Aplicabilidade das Normas Constitucionais', São Paulo, RT, 1968). Cogita-se por consequência, de uma norma de eficácia plena, insuscetível de ter o seu significado e sua extensão diminuídos, ainda que em mínima parte, pela legislação ordinária. Não é que a regra constitucional vede legislação ordinária que lhe explicita, de forma mais minuciosa ou pormenorizada seu sentido, facilitando-lhe a aplicação às situações concretas. O que a norma constitucional sobre autonomia universitária impede terminantemente é que a legislação ordinária, sob pretexto de dar tratamento mais minudente ao preceito superior, acabe por desvirtuá-lo, conferindo-lhe um contorno e uma dimensão que ele não possui (COUTO; SILVA, 1990 *apud* GUERRA, 1991 *apud* BRASIL, 2020, p. 10, grifos do Ministro).

Fachin expõe a tese de que a autonomia universitária da Lei nº 5.540 de 1968 era condicionada por lei ordinária, ou seja, verdadeira concessão do poder executivo que restringia

o espaço de liberdade à fórmula “na forma da lei”. Entretanto, o art. 207, interpretado em sua legítima concorrência com os demais princípios constitucionais, deve significar, por isso, o estabelecimento de três balizas:

- a) a autonomia universitária representa garantia institucional das universidades, sendo, portanto, oponível a eventuais violações por parte do poder público;
- b) a autonomia universitária é princípio constitucional, logo, desempenha papel hermenêutico na integridade do direito pátrio;
- c) a autonomia universitária não é delimitada por lei, mas pela própria Constituição da República brasileira que fundou alicerces no Estado de Direito democrático com os moldes dos objetivos e fundamentos explicitados em 1988, e assim qualquer intervenção do poder público que afaste sua aplicação deve estar amparada por princípio de idêntica estatura, e se mostrar adequada, necessária e proporcional.

Por tudo o que foi exposto, o Ministro sustenta que o precedente estabelecido pela ADI 51 de 1989 tenha sofrido mutação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, o distanciamento de três décadas permite maior clareza sobre o princípio da autonomia universitária:

Inicialmente, é preciso notar que o julgamento da ADI 51, no ano de 1989, ainda permitia **pouco distanciamento histórico e parca acumulação de experiência institucional para se apreciar o tipo de ruptura que se inaugurava**, na Constituição de 1988, em relação à autonomia universitária (BRASIL, 2020, p. 14, grifos meus).

Fachin cita o voto do Relator da ADI 51, Ministro Paulo Brossard, o qual, no seu voto, afirma que “A norma constitucional repete, de maneira quase servil, a norma legal”. Já foi, no presente trabalho, abordada a incorreta tentativa do Relator da ADI 51 de harmonizar a Constituição de 1988 com norma infraconstitucional e suas consequências. Nesse sentido, o Ministro é taxativo:

Creio ter demonstrado, acima, que a **elevação constitucional do princípio da autonomia universitária** nem simplesmente **se limita a reproduzir a norma do art. 16 da Lei nº 5.540, de 1968, nem tampouco obedece a qualquer lógica de servilismo com respeito ao ordenamento anterior**. Tanto de facto quanto de jure, a **autonomia universitária consagrada na Constituição de 1988 importa na mais absoluta recusa da política de intervencionismo e de violação de direitos humanos praticada durante o Regime Ditatorial**. É por essa razão que a autonomia universitária informa **garantia de não-repetição**, isto é, **trunfo dos corpos universitários contra** eventuais tendências expansivas dos poderes instituídos que venham a reproduzir **práticas violadoras pretéritas**. (BRASIL, 2020, p. 15, grifos meus)

Fachin cita a ADPF nº 548, relatada pela Ministra Cármen Lúcia. Nela o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre um conjunto de decisões da Justiça Eleitoral que determinava a busca e apreensão de panfletos de campanha eleitoral em ambientes universitários. A decisão foi não permitir a busca e apreensão nas universidades, garantindo a liberdade de pensamento, pluralidade de ideias e concepções e ratificando o princípio da autonomia universitária.

O Ministro termina a sua argumentação dizendo que, se autonomia universitária não deve ser sinônimo de soberania, deve-se, contudo, preservá-la na sua estatura constitucional como um limite contra o arbítrio. Nesse sentido, os eventuais controles constitucionalmente exercidos pelo Poder Executivo não podem significar um poder de veto.

Fachin afirma que o controle sobre a gestão democrática e a autonomia universitária devem ser exercidas e se submeterem ao controle já previsto no novo ordenamento constitucional, por mecanismos que preservam a sua autonomia:

[...] É o caso, a toda evidência, da sujeição aos princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CRFB/1988; da necessidade de realização prévia de concurso público para investidura em cargo público; da sujeição às modalidades de fiscalização exercidas pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União; da inclusão, na lei orçamentária anual, do orçamento fiscal das entidades da administração indireta; da realização de licitações; das regras próprias de remuneração dos servidores públicos; entre outras tantas normas ligadas ao direito público. Confirma-se, neste sentido, precedente da Corte [...] (BRASIL, 2020, p. 18)

Com base nas reflexões e argumentos apresentados, o Ministro decidiu estabelecer três critérios concomitantes para a eleição de Reitores e Vice-Reitores:

Ante o exposto, defiro parcialmente a cautela requerida, conferindo interpretação conforme ao art. 16, I, da Lei nº 5.540/1968, e ao art. 1º do Decreto nº 1.916/96, com efeitos a partir da data do protocolo no STF desta ADI 6565, preservadas as situações jurídicas anteriores ao ajuizamento mencionado, a fim de que a nomeação, em respeito à previsão expressa do art. 207 da CF segundo a qual as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, **atenda concomitantemente aos seguintes requisitos: (I) se ater aos nomes que figurem na respectiva lista tríplice; (II) respeitar integralmente o procedimento e a forma da organização da lista pela instituição universitária; e (III) recaia sobre o docente indicado em primeiro lugar na lista** (BRASIL, 2020, p. 21, grifos meus).

Antes do Pedido de Destaque formulado pelo Ministro Gilmar Mendes, já haviam sido proferidos seis votos: três ministros votaram acompanhando o Relator: Celso de Mello, Cármen Lúcia e Marco Aurélio de Mello - este único divergindo em um aspecto não central, a retroatividade prevista no voto do relator para a decisão, que teria validade a partir da

proposição da ação, isso é, 22 de setembro de 2020. Abriu-se, nesse sentido, uma divergência com o Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, que apresentou voto pelo indeferimento do pedido. O Ministro Dias Toffoli acompanhou a divergência.

Há um indicativo de que se formará maioria no sentido do defiro, conferindo interpretação conforme ao art. 16, I, da Lei nº 5.540 de 1968, e ao art. 1º do Decreto nº 1.916 de 1996. Há que se destacar que, independentemente do resultado do Acórdão, a consolidação e amadurecimento acerca do princípio da autonomia universitária nessas três décadas da Constituição de 1988. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, que havia votado em sentido contrário na ADI 51 de 1989, hoje possui entendimento mais afeito aos dilemas da universidade do século XXI.

3.5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF759

A ação foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), argumentando que as nomeações estariam ocorrendo em desacordo com as listas tríplices enviadas por essas entidades, em violação aos preceitos fundamentais da gestão democrática, do republicanismo, do pluralismo político e da autonomia universitária. No pedido de liminar, a OAB requer que seja determinado ao presidente da República que nomeie apenas o primeiro nome da lista enviada pelas universidades federais e demais instituições federais de ensino superior, em respeito à consulta feita às comunidades acadêmicas. A entidade também pede a anulação dos atos de nomeação já realizados que não tenham obedecido a escolha da comunidade.

Além disso, a OAB afirma que por intermédio de atos de nomeação de reitores e vice-reitores em desacordo com a ordem das listas de consulta e escolha pelas comunidades universitárias, o Presidente da República estaria afrontando o princípio democrático e a gestão democrática (art. 1º da Constituição de 1988), o republicanismo (art. 1º da Constituição de 1988), o pluralismo político (art. 1º, V da Constituição de 1988) e a autonomia universitária (art. 206, II, III, VI e art. 207 da Constituição de 1988). Com base nos argumentos apresentados, entre os pedidos formulados, destacam-se:

- a) a concessão da medida cautelar, ad referendum do plenário, com base no art. 5º, §1º e 3º, da Lei n. 9.882 de 1999, para que seja determinado ao Presidente da República que somente nomeie como Reitor o primeiro nome da lista enviada pelas Universidades Federais e demais Instituições Federais de Ensino Superior, em respeito à consulta feita às respectivas comunidades acadêmicas, bem como a anulação dos atos de nomeação já

realizados que não obedeceram a escolha da comunidade, violando os preceitos fundamentais;

b) ao final, a procedência do pedido de mérito para, diante da violação aos preceitos fundamentais indicados, seja declarada a invalidade dos atos de nomeação de Reitores e Vice-Reitores das instituições federais de ensino superior que não indiquem o primeiro candidato da lista, determinando-se que as nomeações sejam feitas em respeito à ordem de indicação presente na lista formada pelo colegiado máximo da instituição após consulta à comunidade acadêmica.

c) a anulação dos atos do Presidente da República de nomeação dos reitores por violação aos preceitos fundamentais ao não indicar os 3 primeiros da lista, em respeito à consulta realizada junto à comunidade acadêmica, determinando-se que sejam refeitas as nomeações.

Por fim, a superação do precedente estabelecido pela ADI 51, o qual analisamos anteriormente. O Relator da ADPF 759, Ministro Edson Fachin, em decisão liminar, refere à ADI 6565 e à conexão. Ele cita que a ADPF em questão já está pautada, por isso sua decisão vai nos seguintes termos:

Ante o exposto, considerando os limites postos nesta ADPF, singulares e distintos da ação anteriormente mencionada, **defiro parcialmente, ad referendum do Plenário**, a cautela requerida, à luz de interpretação conforme do art. 16, I, da Lei nº 5.540/1968, e do art. 1º do Decreto nº 1.916/96 com o art. 207 da Constituição Federal, com efeitos por ora a partir da data do protocolo no STF desta ADPF nº 759/DF, preservadas até julgamento plenário as situações jurídicas anteriores ao ajuizamento mencionado, a fim de que a nomeação em pauta, em respeito à autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, atenda **concomitantemente aos seguintes requisitos: (I)** respeitar o procedimento de consulta realizado pelas Universidades Federais e demais Instituições Federais de Ensino Superior, e bem assim as condicionantes de título e cargo para a composição das listas tríplices; **(II)** se ater aos nomes que figurem nas listas tríplices e que, necessariamente, receberam votos dos respectivos colegiados máximos, ou assemelhados, das instituições universitárias e demais Instituições Federais de Ensino Superior (BRASIL, 2020, p. 15).

No capítulo seguinte, a busca é por mostrar de que forma a limitação financeira e a transformação da educação em commodity são limitadoras dos direitos sociais, sobremaneira a educação. Para tal, a reflexão partirá da análise da Emenda Constitucional 95, de 15 de dezembro de 2016.

4 A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA E A EMENDA CONSTITUCIONAL 95

Em 2016, houve muitas manifestações contrárias à então Proposta de Emenda à Constituição - PEC 55. Apenas na educação básica, foram mais de 1000 escolas ocupadas¹⁸. Em relação ao ensino superior, entre instituições públicas e privadas, foram 221 universidades ocupadas, segundo a UNE. Houve manifestações dos mais diferentes atores da comunidade acadêmica. Conselhos Universitários das mais importantes instituições públicas brasileiras se manifestaram contrárias à PEC 55.

Figura 1: Fotos manifestação de 2016



Fonte: Jornal do Comércio (2016)¹⁹



Fonte: Jornal do Comércio (2016)²⁰

Embora os meses de protestos e ocupações em escolas, universidades e órgãos públicos, em 15 de dezembro de 2016, a Proposta de Emenda à Constituição 241/55 foi aprovada, passando a ser a Emenda Constitucional 95 de 2016²¹. A referida emenda alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e realizou ajuste fiscal que fixou as despesas primárias por um período de vinte anos, conforme o artigo que segue:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988, p. 96).

¹⁸ Disponíveis em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/24/politica/1477327658_698523.html. Acesso em: 18 jan. 2021.

¹⁹ Disponíveis em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2016/11/politica/533495-protesto-em-porto-alegre-une-manifestantes-contratemer-e-pacote-de-sartori.html. Acesso em: 18 jan. 2021

²⁰ Idem.

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

Após a sua aprovação, a Emenda Constitucional nº 95 de 2016 foi contestada no Supremo Tribunal Federal em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as quais estão nessa ordem cronológica: ADI 5633, requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); ADI 5643, movida pela Federação Nacional dos Servidores e Funcionários Públicos (FENASEPE); ADI 5655 solicitada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT); ADI 5658, solicitada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); ADI 5680, de iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); ADI 5715, requerida pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e a ADI 5734, solicitada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE).

Nenhuma das ações elencadas acima foram julgadas pelo STF até o presente momento. Há, em muitas delas, apenas a manifestação da então Procuradora Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, sempre opinando favoravelmente à Emenda Constitucional 95. Na sua manifestação acerca da ADI 5680, por exemplo, ela afirma que os direitos sociais, como a educação, devem estar atrelados à possibilidade de recursos, como se observa na sua argumentação:

Os direitos sociais, por seu caráter prestacional, estão intimamente associados à disponibilidade orçamentária do Estado. Assim, em um período de bonança, ampliam-se as políticas públicas e a prestação de serviços públicos que contribuem para a promoção desses direitos. Ocorre que, em período de retração financeira, **os administradores e legisladores veem-se obrigados a reduzir o nível de oferecimento desses serviços em prol do equilíbrio orçamentário e do controle das contas públicas** (BRASIL 2017, p. 15, grifos meus)²².

Não existe, ainda, a análise do mérito pelo STF, por isso serão descritas as argumentações apresentadas em algumas petições iniciais das referidas ADIs. A ADI 5680, por exemplo, questiona, na Petição Inicial, os sofismas apresentados pelos defensores da Emenda Constitucional 95 de 2016:

Embora a retórica política dos defensores da Emenda Constitucional afirme o contrário, fato é que o Novo Regime Fiscal rompe com um dos pactos mais importantes do processo constituinte de 1988, originado ainda com a chamada ‘Emenda João Calmon’ (EC nº 24, de 1983), proposta na vigência da

²² Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5157574>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Constituição de 1967, que estabeleceu limites mínimos para o investimento em educação (BRASIL, 2016, p. 13)²³.

Reafirma-se, no mesmo sentido, a importância de investimento em educação para o desenvolvimento do Brasil.

Com efeito, o dispositivo constitucional do art. 212, que estabelece a obrigatoriedade da União em aplicar um mínimo de 18% da receita proveniente de impostos na educação, foi incorporado ao texto constitucional de 1988 por unanimidade na comissão de sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. Algo que demonstra o forte consenso formado ao longo de anos de desenvolvimento institucional brasileiro acerca da importância dos investimentos em educação para o desenvolvimento (BRASIL, 2017 p. 14).

Desenvolvimento está aqui empregado no mesmo sentido que defende Camargo (2012), ao distinguir o crescimento econômico de desenvolvimento. Para o autor, o crescimento econômico não significa desenvolvimento, pois “o crescimento dá-se de modo quantitativo”, enquanto “O desenvolvimento não envolve só aspectos quantitativos, mas também qualitativos” (CAMARGO, 2012, p. 222).

Nesse mesmo sentido, Noce e Clark (2018) afirmam sobre a imperiosa necessidade de não se confundir o orçamento público com orçamento doméstico:

Dado o seu caráter político-jurídico, o orçamento público não pode – como comumente divulgado pelos meios de comunicação de massa – ser confundido com o orçamento doméstico, pois neste ambiente uma despesa realizada não possui, salvo raras exceções, a possibilidade de retorno como receita (NOCE; CLARK, 2018, p. 1223).

Na mesma obra, Noce e Clark (2018) reflete sobre a definição de ideologia constitucionalmente adotada, que, segundo Washington Peluso Albino de Souza, “é o conjunto de princípios relacionados com a vida econômica e tratados harmonicamente pelo Direito. Como Direito Positivo, são os princípios inseridos na Constituição” (SOUZA, 2017 *apud* NOCE; CLARK, 2018, p. 1223).

Ao abordar os fundamentos constitucionais dos direitos sociais na Constituição de 1988, Souza (2020) afirma que os direitos sociais estão relacionados com a ordem social, por isso faz a seguinte afirmação sobre o art. 6º da Constituição de 1988:

O art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que são *direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição* (SOUZA, 2020, p. 287, grifos do autor).

²³ Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=630444454&prcID=5157574#>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Na mesma obra, ao conceituar direitos sociais, Souza (2020, p. 288) afirma serem dimensão dos direitos fundamentais do homem, por isso a prestação por parte do Estado deve visar melhores condições de vida aos mais fracos, cujo objetivo deve ser “realizar a igualização de situações sociais desiguais”, por isso conclui da seguinte forma a sua conceituação de direitos sociais e a sua finalidade:

São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícia ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SOUZA, 2020, p. 289).

Cabe ressaltar o entendimento, segundo o qual, são os direitos sociais ponto de partida para consolidação dos direitos individuais (CAMARGO; PEZZELLA, 2019). Há o entendimento majoritário de que os direitos fundamentais são intrínsecos à pessoa humana e garantidores da efetivação de sua dignidade, por isso não podem ficar ao talante da administração pública: “Há, inclusive, direitos em relação aos quais se arredaria a própria discricionariedade administrativa no tocante à escolha do momento da respectiva implementação, como é o caso da educação, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal” (CAMARGO; PEZZELLA, 2019, p. 59).

José Afonso da Silva aponta para a relação inerente entre direitos individuais e direitos sociais. Os direitos sociais, por exemplo, permitem condições mais dignas de vida aos mais fracos, por isso realizam a igualdade em situações sociais desiguais e se ligam ao direito de igualdade. A igualdade prevista como um possível direito individual só se concretiza a partir de consolidação dos direitos sociais. Nesse sentido, Souza afirma que “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SOUZA, 2020, p. 289).

Cabe menção, ainda, à ADI 1946²⁴ de 1998. A ação proposta pelo PSB questionava a constitucionalidade da alteração do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, a qual impugnava um limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O partido alertou que se a previdência fosse obrigada a pagar todos os benefícios elencados no art. 201 apenas até o teto estabelecido, as empresas teriam que complementar o excedente para as mulheres que se afastassem por licença maternidade.

²⁴Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>. Acesso em: 24 jan. 2021.

Além do já abordado princípio da igualdade, outra tese foi a proteção à mulher, o que foi corroborado pelo STF. Caso o entendimento fosse mantido, as mulheres poderiam ser preteridas no mercado de trabalho. Nessa perspectiva, direitos individuais e direitos estão imbricados na decisão.

Por fim, a ADI 5680 destaca as tardias e acanhadas políticas públicas para educação no Brasil, em comparação com outras nações:

Diferentemente de outros países, que universalizaram a educação básica e implementaram programas audaciosos de educação média e superior ainda no século XIX, o Brasil até hoje ainda sofre com o drama do analfabetismo, da baixa escolaridade e da exclusão de amplas parcelas da população do acesso à educação pública. Uma chaga que o constituinte decidiu enfrentar de modo consistente por meio de tal dispositivo (BRASIL, 2017, p. 14)²⁵.

Vindo ao encontro da ADI 5680, destaca-se na Petição Inicial da ADI 5734, a impossibilidade de se cumprir metas nacionais e internacionais de educação:

Com a sistemática prevista no novel artigo 110 do ADCT, a vincular o aumento de tais repasses ao IPCA medido no ano anterior, não haverá margem nem para que a União e os demais entes federativos cumpram com os valores mínimos anuais exigidos no artigo 212 da Constituição Federal (de 18% e 25%, respectivamente) e tampouco para que eles ampliem significativamente tais repasses a ponto de cumprir as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (10% do PIB) e na Declaração de Incheon, da UNESCO (15% a 20% do total da despesa pública) (BRASIL, ano, p. 20)²⁶.

Ao projetar o investimento futuro em educação, Rossi e Dweck (2016) apresenta a estimativa conforme no Gráfico 1, levando em consideração um crescimento hipotético de 2,5% no PIB ano e que a receita líquida acompanhe o PIB. Nessa previsão, em 2035, o investimento em educação representaria entre 11% e 12%. Ter-se-ia, com isso, uma queda de cerca de 50%, se comparado com o investimento atual.

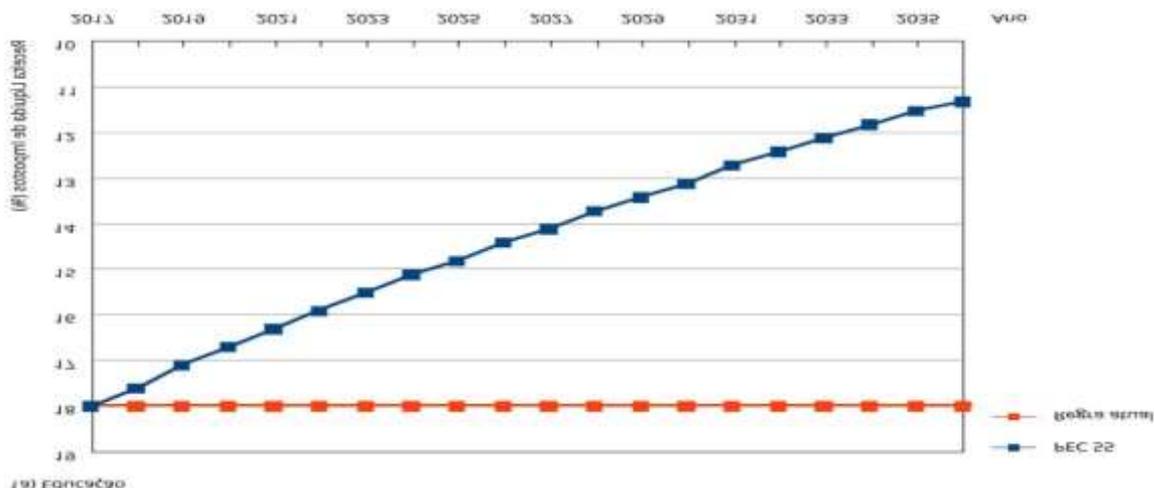
Gráfico 1: Estimativa de investimento em educação, após a EC 95.

²⁵ Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5157574>. Acesso em: 26 jan. 2021

²⁶ Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=654280609&prcID=5215453#>. Acesso em: 26 jan. 2021.



Fonte: Rossi e Dweck (2016)

Nessa perspectiva, Camargo e Pezzella (2019) aponta que, embora haja vinculação de receita para educação e saúde, essa expressão deixará de ser algébrica e passará ser aritmética, já que o valor será fixo a partir de 2017, ou seja, concomitante ao aumento da arrecadação, o percentual sobre o todo irá diminuindo.

Os autores destacam, ainda, as graves consequências para a efetivação de direitos sociais, tais como educação, com o nada auspicioso cenário desenhado pela Emenda Constitucional 95, por isso apontam a inconstitucionalidade da referida Emenda:

Porque se está falando de inconstitucionalidade? Porque o inciso quarto do parágrafo quarto do artigo sessenta fala que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais. E a restrição ao máximo do universo de atendidos é tendente sim a abolir direitos e garantias individuais (CAMARGO; PEZZELLA, 2019, p. 64).

Contra a tese da inconstitucionalidade apontada em autores como Camargo e Pezzella (2019), utiliza-se, reiteradamente, a argumentação, segundo a qual, a diminuição de direitos sociais é discricionariedade do Estado e está atrelada à sua capacidade econômica. É nesse sentido os principais argumentos apresentados, por exemplo, pela então Procuradora da República Raquel Dodge, os quais já foram mencionados aqui: “Os direitos sociais, por seu caráter prestacional, estão intimamente associados”. Sarlet (2006) aponta os principais argumentos dos que compartilham tal tese:

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgrimir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável ser a intervenção do legislador, de tal sorte que este deveria dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade está que, no entanto, se

encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas (SARLET, 2006, p. 256).

Segundo essa posição, o caráter prestacional dos direitos sociais deixa ao talante dos legisladores e administradores públicos o seu aumento ou a diminuição da sua prestação, “respeitando o equilíbrio orçamentário e do controle das contas públicas”. Não se busca aqui desacreditar ou deslegitimar a necessidade do equilíbrio das contas públicas, porém apontar que tal equilíbrio não pode preterir direitos sociais consolidados.

A primeira observação que se pode fazer a esse entendimento é que o caráter prestacional não é, por si só, o que distingue direitos individuais de direitos sociais, pelo contrário, há uma relação entre direitos individuais e direitos sociais, como já apontado por (SILVA, 2020), visto que possibilitam a consolidação do princípio da igualdade (ÁVILA, 2018) e, com isso, realizar as garantias individuais.

Ao responder o argumento dos defensores da tese sustentada pela então Procuradora da República Raquel Dodge, Sarlet assim pontua:

Tal concepção, ao menos no nosso sentir, não pode merecer acolhida, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo excessivamente livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que diz com a sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitucional formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constitucional, temática que - tal como anunciado - aqui não será desenvolvida. Da mesma forma, não há como acolher - pelo menos não integralmente e de modo especial no que diz com as suas consequências - a crítica tecida, entre nós, por Roger Stiefelman Leal, que chega a admitir - em face da incapacidade prestacional do poder público (no âmbito dos limites postos pela reserva do possível) a possibilidade de uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara (SARLET, 2006, p. 256).

A vedação ao retrocesso social, é apontada pelo mesmo autor. Para ele, há uma relação intrínseca entre a vedação do retrocesso com os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Por isso, a segurança jurídica não se esgota na irretroatividade das leis, ou na proteção conferida ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito:

Pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução (SARLET, 2006, p. 259).

Ao encontro da posição adotada por Sarlet (2006), o Ministro Ricardo Lewandowski assim trata as consequências do princípio da proibição do retrocesso:

O princípio da proibição do retrocesso, portanto, impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade.²⁷

Nesse mesmo sentido, assim estabelece a jurisprudência do STF:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. **Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados** - (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125) (BRASIL, 2011, p. 128-129, grifos meus)²⁸.

Após uma breve reflexão sobre a relação entre direitos individuais e direitos sociais, retornarmos à obra de Camargo e Pezzella (2019), pois no texto em questão nos é apresentada a seguinte reflexão: a oferta do ensino é um direito social ou deve ser entendido como uma commodity?

A questão é realmente saber se considera a oferta do ensino inclusive no âmbito universitário um direito ou uma commodity ou um bem a ser adquirido mercê da celebração de contratos. O mesmo se pode dizer em relação à saúde. Deverá ela ser tida como um direito ou uma commodity? (CAMARGO; PEZZELLA, 2019, p. 64).

A partir do provocativo e instigante questionamento, refletir-se-á, no capítulo seguinte, se a educação deve ser entendida como um direito ou uma mercadoria, isto é, um serviço.

²⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/ArtigosJornais/1117223.pdf>

²⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 23 mar. 2021.

5 EDUCAÇÃO: DIREITO SOCIAL OU COMMODITY?

Essa pergunta, presente na obra dos referidos autores, deve ser entendida como uma pergunta retórica, já que a obra em tela aponta, como já referido anteriormente, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 95, uma vez que tende a abolir direitos e garantias individuais. No contexto da obra, entende-se que Camargo e Pezzella (2019) utilizam a pergunta retórica para desempenhar o papel de um poderoso operador argumentativo, visto que não há dúvida alguma de que a educação é um direito social e não pode ser entendida como um mero serviço para eles.

Faz-se mister, no entanto, destacar uma importante característica da produção desse tipo de recurso estilístico. A função de interrogação em uma pergunta retórica, não visa obter uma resposta objetivo, mas sim estimular a reflexão do indivíduo sobre determinado assunto.

Por isso, propõe-se, aqui, a discussão sobre esse importante questionamento. A partir disso, algumas reflexões serão necessárias: quais as consequências de se entender a educação como uma commodity? Quais os entraves para as universidades exercerem plenamente sua autonomia?

Para tal empreitada, analisar-se-á a educação como organização social, a educação como atividade sujeita aos GATS (General Agreement on Trade in Services) e as propostas do programa FUTURE-SE.

5.1 A EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO: A ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Ao refletir sobre a universidade na atualidade, na obra “Escritos sobre a universidade”, Marilena Chauí aponta a chamada Reforma do Estado que visa adaptar o Estado brasileiro às exigências impostas pela nova forma do capital “que não carece mais do Estado como parceiro econômico e regulador da economia” (CHAUÍ, 2001, p. 175). Para a autora, o objetivo é distinguir atividades exclusivas do Estado e os serviços não-exclusivos do Estado, fazendo uma distinção entre “agências autônomas” e “organizações sociais”. Assim define cada uma delas:

São agências autônomas as instituições de direito público, que realizam as atividades exclusivas do Estado. São organizações sociais as instituições públicas não-estatais, que operam no setor de serviços. As universidades, as escolas técnicas, os museus, os centros de pesquisa estão nesse grupo. As organizações sociais são consideradas prestadoras de serviços com Estado e com ele celebram “contrato de gestão”. **A universidade é, assim, uma organização social que presta um serviço ao Estado e celebra com ele um contrato de gestão** (CHAUÍ, 2001, p. 176, grifos meus).

A autora destaca, ainda, que ao colocar a educação no campo de serviços, deixa de considerá-la como um direito do cidadão e passa a tratá-la como qualquer outro serviço que pode ser terceirizado ou privatizado, pois “A reforma encolhe o espaço público dos direitos e amplia o espaço privado não só ali onde isso seria possível – nas atividades ligadas à produção econômica-, mas também onde não é admissível – o campo dos direitos sociais conquistados” (CHAUÍ, 2001, p. 177).

Chauí destaca, ainda, a perspectiva neoliberal que leva a redução de direitos sociais, constitucionalmente consagrados, à categoria de serviços não-estatais, visto que a identificação “entre Estado e o capital em sua forma neoliberal aparece de maneira clara na substituição do conceito de direito pelo de serviço, que leva a colocar direitos (como saúde, a educação, a cultura) no setor de serviços estatais, destinados a se tornar não-estatais” (CHAUÍ, 2001, p. 177).

Nessa mesma obra, ela reflete sobre a relação entre educação como serviço ou, como aponta Camargo e Pezzella (2019), “uma commodity” e a sua relação com a autonomia universitária. Para Chauí (2001), transformar educação de direito em prestação de serviço, limita drasticamente a ideia de autonomia universitária. A autora faz, ainda, uma reflexão sobre as lutas históricas pela autonomia universitária e destaca as bandeiras levantadas, desde a ditadura militar, para que as decisões fossem tomadas pelas próprias universidades:

A ideia de autonomia, como a própria palavra grega indica – ser autor do *nomos*, ser autor da norma, da regra e da lei-, buscava não só garantir que a universidade pública fosse regida pela sua própria norma, democraticamente instituídas por seus órgãos representativos, mas visava, ainda, assegurar critérios acadêmicos para a vida acadêmica e independência para definir a relação com a sociedade e com o Estado (CHAUÍ, 2001, p. 183).

Nessa perspectiva, a autonomia possui um sentido sociopolítico que marcava e orientava sua ação e regulação. Ao ser transformada em uma organização administrativa, perde-se a ideia sociopolítica de autonomia, passando a ser gestão de despesas e receitas, pois quando há transformação da “educação de direito em serviço e percebe a universidade como prestadora de serviços, confere um sentido bastante determinado à ideia de autonomia universitária, e introduz o vocábulo neoliberal para pensar o trabalho universitário” (CHAUÍ, 2001, p. 183).

5.2 GATS: DO CONHECIMENTO UNIVERSITÁRIO AO PLURIVERSITÁRIO

Na obra “A Universidade no Século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade”, Boaventura de Sousa Santos (2005) apresenta a mudança do conhecimento universitário para o que denominou de conhecimento pluriversitário. O autor

defini que conhecimento universitário se assenta “na distinção entre pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico e a autonomia do investigador traduz-se numa certa irresponsabilidade social deste ante os resultados da aplicação do conhecimento” (SANTOS, 2005, p. 40), por isso a distinção entre o conhecimento científico e outros conhecimentos não pode ser relativizada.

Já o conhecimento pluriversitário é visto a partir de sua aplicação, ou seja, sua utilidade ou não está atrelada a aplicabilidade que pode ter, por isso, “Todas as distinções em que assenta o conhecimento universitário são postas em causa pelo conhecimento pluriversitário e, no fundo, é a própria relação entre ciência e sociedade que está em causa” (SANTOS, 2005, p. 41-42).

Nessa perspectiva, a sociedade deixa de ser um objeto das interpelações da ciência para ser ela própria sujeito de interpelações à ciência, isso é, “O conhecimento pluriversitário tem tido a sua concretização mais consistente nas parcerias universidade-indústria e, portanto, sob a forma de conhecimento mercantil” (SANTOS, 2005, p. 42). Assim, a consequência é limitar a responsabilidade social da universidade à sua capacidade para produzir conhecimento economicamente útil, portanto, comercializável.

Nesse sentido, da passagem do conhecimento universitário para o conhecimento pluriversitário, há um processo de mercantilização das universidades e de seus conhecimentos produzidos. Para o autor, é “uma transformação que, estando articulada com a globalização neoliberal, não tem apenas dimensões económicas nem se reduz à mercantilização da universidade. É, pelo contrário, uma transformação eminentemente política” (SANTOS, 2005, p. 45).

Santos (2005) acredita que esse modelo de universidade pode representar o fim do projeto de país que o conhecimento universitário encampa, pois o que defini o que seria conhecimento útil são as demandas de mercado. Nessa perspectiva, as ciências sociais, por exemplo, perderiam espaço para um conhecimento de “resultado”:

Os estudos humanísticos, as ciências sociais, mas, muitas vezes, também as próprias ciências naturais foram orientadas para dar consistência ao projeto nacional, criar o conhecimento e formar os quadros necessários à sua concretização. Nos melhores momentos, a liberdade académica e a autonomia universitária foram parte integrante de tais projetos, mesmo quando os criticavam severamente. Este envolvimento foi tão profundo que, em muitos casos, se transformou na segunda natureza da universidade. A tal ponto que, questionar o projeto político nacional, acarretou consigo questionar a universidade pública (SANTOS, 2005, p. 46).

Na mesma obra, o autor destaca que as despesas mundiais com a educação ascendem a 2 trilhões de dólares, mais do dobro do mercado mundial do automóvel, por isso “É, pois, à partida, uma área aliciante e de grande potencial para um capital ávido de novas áreas de valorização” (SANTOS, 2005, p. 27).

É nesse contexto que ele reflete sobre o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) na área da educação da Organização Mundial de Comércio. Santos (2005) afirma que a educação é um dos doze serviços abrangidos por este acordo e o seu objetivo é promover a liberalização do comércio de serviços pela eliminação, progressiva e sistemática, das barreiras comerciais. O GATS se transformou em pouco tempo num dos temas mais polêmicos da educação superior, envolvendo políticos, universitários e empresários.

Para o autor, entretanto, a ideia de educação como um serviço, não mais como um direito social, nasce de uma política neoliberal:

A inculcação ideológica serve-se de análises sistematicamente enviesadas contra a educação pública para demonstrar que a educação é potencialmente uma mercadoria como qualquer outra e que a sua conversão em mercadoria educacional decorre da dupla constatação da superioridade do capitalismo, enquanto organizador de relações sociais, e da superioridade dos princípios da economia neoliberal para potenciar as potencialidades do capitalismo através da privatização, desregulação, mercadorização e globalização (SANTOS, 2005, p. 30).

Para Santos (2005, p. 28-29), a expansão da educação como mercadoria, como um serviço, está respaldada pelas cinco ideias a seguir:

- a) Primeira: vivemos numa sociedade de informação. A gestão, a qualidade e a velocidade da informação são essenciais à competitividade económica. Dependente da mão de obra muito qualificada, as tecnologias de informação e de comunicação têm a característica de não só contribuírem para o aumento da produtividade, mas também de serem incubadoras de novos serviços, em que a educação assume lugar de destaque;
- b) Segunda: a economia baseada no conhecimento exige cada vez mais capital humano como condição de criatividade no uso da informação, de aumento de eficiência na economia de serviços e ainda como condição de empregabilidade, uma vez que quanto mais elevado for o capital humano, maior é a sua capacidade para transferir capacidades cognitivas e aptidões nos constantes processos de reciclagem a que a nova economia obriga;
- c) Terceira: para sobreviver, as universidades têm que estar ao serviço destas duas ideias mestras – sociedade de informação e economia baseada no conhecimento – e, para isso, têm que ser elas próprias transformadas por dentro, por via das tecnologias da

informação e da comunicação e dos novos tipos de gestão e de relação entre trabalhadores de conhecimento e entre estes e os utilizadores ou consumidores. Como é fácil ver, todas essas ideias traduzem o mundo à luz da realidade dos países centrais. Por exemplo, a fratura digital entre o Norte e o Sul mostra que o modo como vive a grande maioria da população mundial não tem nada a ver com a sociedade de informação;

d) Quarta: nada disso é possível na constância do paradigma institucional e político-pedagógico que domina as universidades públicas. Esse paradigma não permite: que as relações entre os públicos relevantes sejam relações mercantis; que a eficiência, a qualidade e a responsabilização educacional sejam definidas em termos de mercado; que se generalize, nas relações professor-aluno, a mediação tecnológica (assente na produção e consumo de objetos materiais e imateriais); que a universidade se abra (e torne vulnerável) às pressões dos clientes; que a concorrência entre “os operadores do ensino” seja o estímulo para a flexibilidade e adaptabilidade às expectativas dos empregadores; que a seletividade na busca dos nichos de consumo (leia-se recrutamento de estudantes) com mais alto retorno para o capital investido;

e) Quinta: em face disso, o atual paradigma institucional da universidade tem de ser substituído por um paradigma empresarial a que devem estar sujeitas tanto as universidades públicas, como as privadas, e o mercado educacional em que essas intervêm deve ser desenhado globalmente para poder maximizar a sua rentabilidade. O favorecimento dado às universidades privadas decorre de elas se adaptarem muito mais facilmente às novas condições e imperativos.

Essas cinco ideias acima também estão presentes no recentemente apresentado Programa Future-se, o qual será abordado a seguir.

5.3 O PROGRAMA FUTURE-SE

O projeto de Lei 3076 de 2020 visa instituir o Programa Future-se²⁹. Segundo o MEC, o Future-se tem a seguinte finalidade:

O Programa Future-se é direcionado às instituições federais de ensino superior – universidades públicas e institutos federais – e tem por finalidade **criar condições e incentivos para que essas instituições expandam as suas fontes adicionais de financiamento, sem prejuízo do investimento público**. Além das universidades e institutos federais, o Instituto Militar de Engenharia

²⁹ Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0zbnmj8p5o4u8x1c74e2sig4wks1293299.node0?codteor=1900013&filename=Tramitacao-PL+3076/2020. Acesso em: 15 abr. 2021.

(IME), o Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA) e o Colégio Pedro II poderão participar do Programa.³⁰ (BRASIL, 2020, grifos meus)

A participação no Future-se fica condicionada à celebração de contrato de resultados e à fiscalização do MEC, conforme se observa abaixo:

A participação no Programa Future-se fica **condicionada à celebração de ‘contrato de resultado’**, firmado entre a universidade ou o instituto federal solicitante e a União, por intermédio do Ministério da Educação. No **‘contrato de resultado’ serão fixados indicadores de resultados para a universidade ou instituto contratado, como contrapartida pela concessão de benefícios por resultado.**

Caso sejam **atingidos os resultados previstos**, a universidade ou instituto obterá o **recebimento de recursos orçamentários adicionais do Ministério da Educação e a concessão preferencial de bolsas** da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes.

O **Ministério da Educação e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações monitorarão e avaliarão os indicadores de resultado referentes aos “contratos de resultado”** celebrados no âmbito do Programa Future-se (BRASIL 2020, grifos meus)³¹.

Paradoxalmente, ao que intitulou a maior revolução na educação brasileira, o então Ministro da Educação Abraham Weintraub, ao apresentar o Programa Future-se, afirmou que há plantações de maconha e fabricação de drogas sintéticas nos laboratórios das universidades federais.

Abraham Weintraub disse que não se trata de casos isolados e que há uma ‘epidemia’ de drogas nas universidades, por isso defendeu a entrada da Polícia Militar nas instituições. ‘Sou a favor da autonomia universitária [prevista na Constituição] para o ensino, pode ensinar Karl Marx se quiser. Agora, a PM tem que entrar nos campi’³².

O Deputado Federal Alessandro Molon ressaltou que o então Ministro da Educação estava atacando as universidades públicas ao afirmar que o uso e produção de drogas estava “protegido” pela autonomia universitária e que estava distorcendo propositalmente o conceito de autonomia universitária:

A única coisa que o senhor fez foi atacar as universidades públicas e com notícias falsas. Porque o inquérito sobre esse caso da UNB mostrou que as plantas não foram encontradas no terreno da UNB. Dizer que isso [uso de drogas] está protegido pela autonomia universitária: não está. Quando se diz isso, o que se quer, no fundo, é acabar com a ideia de autonomia universitária para se colocar reitores que sejam do agrado do governo. Para fazer caça a quem pensa diferente.

³⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/maio/projeto-de-lei-cria-o-programa-universidades-e-institutos-empresendedores-e-inovadores-future-se>. Acesso em: 16 abr. 2021.

³¹ idem

³² Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/625418-ministro-da-educacao-reafirma-que-ha-plantacoes-de-maconha-nas-universidades/>

Analisando o Programa Future-se, (SALLES, 2020, p. 138-139) elenca oito aspectos do referido programa que merecem destaques por trazerem consequências devastadoras para a universidade pública, os quais são sintetizados a seguir:

- a) Indistinação entre público e privado, como na sua proposição de estender às instituições privadas a possibilidade de revalidação de diplomas, contrariando a LDB;
- b) Precedência do Privado, como a utilização da Lei Rouanet para a capacitação de recursos para capacitação de museus e equipamentos culturais;
- c) Privatização das decisões acadêmicas, por exemplo, nas decisões dos cursos que devam ser mantidos e apoiados;
- d) Abandono de metas públicas anteriormente pactuadas, nenhuma delas previstas no Future-se;
- e) Ataque à imagem e ao papel dos servidores públicos, que são apontados como improdutivos e ineptos, sendo sua estabilidade um mal ser corrigido;
- f) Ataque à representação institucional, desde impedir a utilização de título como doutor ou magnífico, até medidas gravíssimas como desrespeito à escolha de dirigentes por suas respectivas comunidades;
- g) Ataque direto à autonomia universitária, por exemplo, com a transferência da gestão de contratos para organizações sociais ou assemelhados;
- h) Desprezo pela Constituição Federal, com a substituição da fórmula da “autonomia de gestão financeira”, com recursos garantidos pelo Estado, por uma fórmula mercadológica, na qual as universidades devem buscar recursos privados para o seu funcionamento.

Por fim, para responder à pergunta se a educação deve ser um direito ou uma commodity, retoma-se, ao já referido aqui, voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADI 3330. Nele, o Ministro destacou que a educação não é uma mercadoria ou serviço sujeito às leis do mercado e sob a regência do princípio da livre iniciativa: “Se a legislação franqueia a educação à exploração pela iniciativa privada, essa só pode ocorrer se atendidos requisitos do artigo 209 da CF”. Segundo ele, “é importante ressaltar que a Educação não é uma commodity, uma mercadoria ou um serviço sujeito às leis do mercado e sob a regência do princípio da livre iniciativa”, por isso afirma que “não se trata, propriamente, de incidência pura do princípio da livre iniciativa” (BRASIL, 2012, p. 48).

Em suma, a Emenda Constitucional 95 trará irremediáveis prejuízos à efetivação dos direitos sociais, em detrimento de um suposto crescimento econômico. No ensino superior,

especificamente, resultará no sucateamento das instituições públicas com congelamento de salários de servidores, diminuição da capacidade oferta de vagas em graduação e pós-graduação, além de prejuízos irreparáveis à pesquisa e à extensão.

Além disso, a efetivação de políticas inclusivas como as ações afirmativas e a permanência a alunos historicamente alijados do ensino superior, ficarão restritas, por isso, a autonomia universitária está intrinsicamente ligada à expectativa da receita disponível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia universitária deve ser compreendida no seu conceito dinâmico, por isso é fundamental que não se confunda a autonomia concedida aos Entes da Federação ou aos órgãos do Estado, tampouco a autonomia em contraste com heteronomia, com esse princípio basilar da atuação das universidades brasileiras. Distinguir esse princípio constitucional, conferido pela primeira vez às universidades na Constituição de 1988, é essencial para que possamos compreender os seus reais limites e alcances e, a partir disso, entender como as universidades devem desempenhar sua autonomia de forma plena, seja no plano administrativo, seja no plano financeiro.

Para que se possa consolidar plenamente a autonomia universitária, é imperioso o respeito por parte do Ministério da Educação ao resultado das eleições da comunidade acadêmica de cada universidade. Essa necessidade já foi e continua sendo objeto de debate ao longo dessas mais de três décadas da promulgação da nossa Constituição. Além do respeito às eleições nas universidades, é essencial que as universidades públicas possuam autonomia financeira para desempenhar suas funções.

Nesse sentido, há a necessidade de que sejam consideradas as graves consequências da Emenda Constitucional 95 para a autonomia universitária, visto que as restrições orçamentárias acarretarão irreparáveis prejuízos a atividades precípuas das universidades públicas, sobremaneira o acesso e a permanência de graduandos e pós-graduandos oriundos das políticas de ações afirmativas, além da drástica diminuição de pesquisas e tecnologia desenvolvidas nessas instituições.

Além das universidades, a referida Emenda resultará em inúmeros prejuízos à educação básica e a consolidação da educação como direito público subjetivo. É necessário, portanto, considerar essas graves consequências como retrocessos à consolidação de direitos sociais já adquiridos. Por isso, a Emenda Constitucional 95 deve ser analisada a partir da violação ao princípio da isonomia e ao princípio da vedação ao retrocesso.

Por fim, a educação deve ser entendida como um direito social e obrigação do Estado. Ainda que haja movimentos internacionais e nacionais no sentido de caracterizá-la como uma mercadoria, é o Estado quem deve garantir educação de qualidade a todos, sobremaneira aos mais pobres e vulneráveis.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, A. F. **Enquanto se espera pelas diretrizes e bases**. 1953. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/6167/4398>. Acesso em: 16 dez. 2020.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018
- BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **A educação nos 50 anos da Constituição de 1946**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 132, p. 29-35, out./dez. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176502>. Acesso em: 16 jan. 2021.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 dez. 2020.
- BRASIL. **Decisão nº 134/2007, de 29 de junho de 2007**. Conselho Universitário (CONSUN) da UFRGS. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/145263?show=full>. Acesso em: 28 dez. 2020
- BRASIL. **Decreto nº 11.530, de 18 de março de 1915**. Reorganiza o ensino secundário e o superior na República. Rio de Janeiro, 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html>. Acesso em: 14 dez. 2020
- BRASIL. **Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007**. Institui o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6096.html. Acesso em 16 de dezembro de 2020
- BRASIL. **Decreto Nº 8.659, de 5 de abril de 1911**. Aprova a lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental na República. Rio de Janeiro, 1911. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8659-5-abril-1911-517247-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- BRASIL. FUNDEB: **Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação**. 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/subsidios_mp_fundeb.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005**. Institui o Programa Universidade para Todos PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.
- BRASIL. **Decreto Nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. A Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 11494, de 20 de junho 2007**. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/111494.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 11494, de 20 de junho 2007**. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - UNDEB, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/111494.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 9424, de 15 de dezembro 1996**. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9424.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 3.330**. Relator: Ministro AYRES BRITTO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 2012. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=129265122&ext=.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 3.330**. Relator: Ministro AYRES BRITTO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 2012. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=129265122&ext=.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 51**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 25 de outubro de 1989. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266174>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Recurso Extraordinário nº 597.285 Rio Grande do Sul**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345235826&ext=.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, PEZZELLA; Maria Cristina Cereser. **Efetividade dos Direitos Humanos, Culturas Jurídicas e Movimentos Sociais e Direito do Trabalho e eficácia dos Direitos Fundamentais no Meio Ambiente do Trabalho**, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 52-69. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-23-efetividade-dos-dir-humanos-e-dir-do-trabalho-e-eficacia.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Financeiro**. Porto Alegre: Fabris, 2020.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime Jurídico Geral e Especial da atividade econômica no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Economia política para o curso de Direito**. Porto Alegre: Fabris, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Escritos sobre a universidade**. São Paulo: UNESP, 2001

CUNHA, Luiz Antônio. **Ensino superior e universidade no Brasil**. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira, MENDES (org.) et al. 500 anos de educação no Brasil. 5. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

CUNHA, Luiz Antônio. **A universidade crítica: o ensino superior na república populista**. Rio de Janeiro: Ed. F. Alves, 1983.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **A desoficialização do ensino no Brasil: a Reforma Rivadávia**. Educ. Soc., Campinas, v. 30, n. 108, p. 717-738, out. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302009000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 dez. 2020

BRASIL, Emenda constitucional 108. **Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb)**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito: introdução ao direito**. Belo Horizonte: Editora Veja, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1955

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos. 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t. VI

NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovani. **A emenda constitucional n° 95/2016 e a violação da ideologia constitucionalmente adotada**. REI - Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 1216-1244, fev. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/194/169>. Acesso em: 13 fev. 2021.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Trinta anos de autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios**. Educ. Soc., Campinas, v. 39, n. 145, p. 946-961, dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302018000400946&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 abr. 2021.

RANIERI, Nina. **Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora da USP, 1994

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200501&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 29 jan. 2021.

SALLES, João Carlos. **Universidade pública e democracia**. São Paulo: Editora Boitempo, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.