VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

JARDEL DE FREITAS SOARES

ISA FILIPA ANTÓNIO DE SOUSA

CLÁUDIA VIANA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Viana; Isa Filipa António de Sousa; Jardel De Freitas Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-488-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Cidadania. 3. Segmento social. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

Sem dúvida, a sociedade atual passa por transformações que ensejam uma demanda por aplicações de novos paradigmas na seara das Políticas Públicas e da Previdência Social.

Os Grupos de Trabalhos DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS e DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL realizaram-se conjuntamente no dia 08 de setembro de 2017 na Universidade do Minho, durante o VII Encontro Internacional do CONPEDI, em Braga Portugal, condensou os debates de temáticas de diversos ramos do direito perpassadas por um viés interdiplinar e transdisciplinar, no qual estes sincretismos de saberes trouxeram novas perspectivas aos investigadores envolvidos.

Constatou-se nos Grupos de Trabalhos que os ramos do Direito, quais sejam: o Direito Constitucional, os Direitos Humanos, o Direito da Criança e do Adolescente, o Direto Penal; bem como, as ciências afins, a exemplo da Sociologia, História, Psicologia; e também dos movimentos sociais, a saber, a cultura e a religião, se tornam ferramentas importantes na preservação dos Direitos Sociais do cidadão.

As temáticas discutidas nestes Grupos de Trabalhos se expressam por várias naturezas, são estas: (a) Políticas públicas enquanto objeto do estudo do Direito; (b) As responsabilidades compartilhadas ente setor público a sociedade, na propositura, execução e controle de políticas públicas; (c) Políticas públicas e orçamento; (d) Intervenção do estado na ordem social; (e) Discussão dos conteúdos e forma de exercício de direitos sociais, tais como educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados entre outros.

Ao longo das discussões destacaram-se as preocupações com o programa minha casa minha vida enquanto política pública social e também de inclusão dos refugiados Sírios. Outro ponto a ser lembrado nos debates foram com relação a atuação do Estado na proteção dos direitos da criança de adolescente e sua reinserção social. E por fim, merece ainda ser enfatizado a necessidade de Políticas mais sérias de proteção à saúde.

Isto posto, abordar Direitos Sociais, Políticas Públicas e a Previdência Social não é tarefa fácil devido a sua complexidade material, contudo, ensejam reflexões necessária entre os vários segmentos diante dos câmbios sociais que avançam rapidamente no Brasil e no mundo.

Profa. Dra. Cláudia Viana

Prof. Dra. Isa Flipa António de Sousa

Prof. Dr. Jardel de Freitas soares

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A POLÍTICA AFIRMATIVA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO SISTEMA DE COTAS DA LEI Nº 12.711/2012

THE AFFIRMATIVE POLICY IN BRAZILIAN HIGHER EDUCATION: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE SYSTEM OF QUOTAS OF LAW Nº 12.711 / 2012

Daniela De Melo Crosara

Resumo

A Lei nº 12.711/2012, traz uma resposta estatal a um conflito social de exclusão, instituindo uma ação afirmativa que determina a reserva de vagas para alunos egressos do ensino médio público, com dois recortes de renda e com reserva para negros e indígenas. A modalidade de cota que cria acesso para pessoas que não se autodeclaram negras ou indígenas e que não precisam comprovar renda disposta na lei, é o objeto específico de análise do estudo, uma vez que, para tal espécie, não existe inequivocamente situação de vulnerabilidade econômica ou étnico-racial.

Palavras-chave: Lei nº 12.771/2012, Cotas no ensino superior, Igualdade substancial

Abstract/Resumen/Résumé

The Law 12.711/2012 brings a State answer to a social conflict of exclusion, creating an affirmative action which determines place reserve for students from public secondary school within two revenue levels and also with black people as well as indigenous. The kind of quota which creates access to people who don´t declare themselves black or indigenous and that don´t need to demonstrate revenue according to the law is the aim of this paper, once that kind of quota doesn´t require economic or ethnic-racial vulnerability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: law 12.77112, Superior education, Substantive equality

Introdução

A presente pesquisa tem como propósito problematizar aspectos concernentes às ações afirmativas para ingresso nas universidades federais brasileiras mediante o sistema de cotas, em especial, as cotas sociais. Para tanto, será analisado o delineamento da ação afirmativa contida na Lei nº 12.711/2012, visando analisar as ambiguidades e antinomias presentes em seu texto. O artigo pautou-se pelo estudo téorico-legal da Lei nº 12.711/2012 em correlação com os fundamentos e os princípios presentes nos dispositivos constitucionais brasileiros.

Após a entrada em vigor da Lei nº 12.711/2012, as universidades federais foram instadas a reestruturarem o sistema de ingresso na Educação Superior, considerando a implementação de reservas de vagas para grupos historicamente excluídos. Não obstante, embora a referida lei tenha um escopo essencialmente democratizante, também guarda dissensos e contradições, tornando-se premente seu estudo como mecanismo regulador das políticas de ações afirmativas para o ingresso na educação superior nas instituições de ensino superior federais.

Com efeito, a relevância social e acadêmica deste estudo reside no fato de contribuir com o fomento do tema, ampliando reflexões sobre as potencialidades desse formato de política afirmativa, que pretende aumentar o número de negros, indígenas e alunos egressos da escola pública nas instituições federais de ensino superior, revelando possíveis antinomias com o texto constitucional que podem comprometer a finalidade das cotas para ingresso ao ensino superior federal, que é o de democratizar o acesso à educação, esta enquanto direito fundamental, combatendo a desigualdade.

O **objetivo geral** do estudo é analisar criticamente a política afirmativa delineada pela Lei nº 12.711/2102, como mecanismo para minimizar a exclusão educacional de alguns estratos sociais e como **objetivo específico,** analisar as contradições e antinomias referentes às cotas sociais em correlação com os dispositivos constitucionais.

A pesquisa tem como propósito contribuir com a discussão em torno das cotas educacionais, ampliando a reflexão a partir de um aporte analítico baseado em análise documental e bibliográfica. Assim, no **âmbito da metodologia**, trata-se de uma investigação qualitativa, onde será analisada a política afirmativa delineada na legislação referida frente à Constituição Federal Vigente.

A pesquisa qualitativa tem suas raízes no final do século XIX, uma vez que se constatou que os fenômenos humanos e sociais, em razão de sua complexidade e

dinamicidade, acabam criando dificuldade para se estabelecer leis gerais para a sua compreensão, como ocorre em outras áreas, demandando uma metodologia com o escopo de compreender os significados das ações dos sujeitos.

Sendo assim, a investigação qualitativa se adequa aos objetivos do presente trabalho e é apta para responder as questões por ele levantadas, uma vez que se pretende, em linhas gerais, avaliar a política afirmativa prevista na Lei nº 12.711/2012 em seu aspecto teórico-normativo, no sentido de analisar os dissensos, contradições e antinomias existentes, tanto na sua concretização, quanto em seu delineamento.

Diante de todo o exposto, o artigo irá analisar os dispositivos da lei indicada, com o escopo de apresentar a necessidade de melhoria do texto legislativo para que de fato ele concretize a igualdade, incluindo os segmentos vulneráveis que realmente necessitam de uma política afirmativa, uma vez que, ao direcionar vagas por meio de uma ação afirmativa para segmentos que não necessitam de um tratamento diferenciado, acirra-se disparidades e assimetrias, retirando-se a oportunidade de pessoas que de fato precisam de medidas de reconhecimento e redistribuição.

1 Ações afirmativas

A Lei nº 12.711/2012 surgiu como resposta a uma longa luta do Movimento Negro Unificado brasileiro, no sentido de demandar a adoção de ação afirmativa étnico-racial para ingresso no ensino superior, intensificada nos anos de 1990, principalmente durante os preparativos para a "3ª Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Associada", ocorrida em Durban, em 2001, da qual o Brasil participou e que, em seu artigo 108, dispôs sobre a adoção de ações afirmativas para ingresso no ensino superior para os países signatários.

O caminho percorrido até a edição da Lei nº 12.711/2012 foi longo. Antes mesmo de Durban (2001), a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial", das Nações Unidas, de 1965, ratificada pelo Brasil em 1969 (Decreto nº 65.810), já previa a obrigação dos países signatários envidarem esforços para eliminar e combater o racismo e a discriminação racial e promover direitos fundamentais, como a educação. Mesmo assim, já no século XXI, os negros ainda eram minoria no ensino superior, mesmo que compusessem a maioria da população brasileira, conforme dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do Censo de 2010.

Portanto, a adoção da Lei nº 12.711/2012 surge como uma resposta às demandas de estratos historicamente marginalizados contra sua sistemática exclusão das universidades federais brasileiras, determinando a reserva de vagas em porcentagem ampliada paulatinamente nos quatro primeiros anos de sua vigência, sendo que, após 2016, no mínimo 50% das vagas devem ser destinadas, nos processos seletivos de ingresso nas instituições federais de ensino superior, aos alunos egressos do ensino médio público.

Dentre desse grande recorte (escola pública), a lei determinou a divisão das vagas entre dois cortes de renda: metade das vagas destinadas às cotas para pessoas com renda familiar *per capita* de até 1,5 salário-mínimo e a outra metade para pessoas com renda familiar *per capita* acima de 1,5 salário-mínimo. Ainda dispôs a obrigatoriedade de, dentro dos dois recortes de renda, se reservar vagas específicas aos negros e indígenas, em quantidade igual à da sua representação na unidade da federação onde se localiza a instituição de ensino, assim como para as pessoas com deficiência física (conforme alteração promovida pela Lei nº 13.409 de dezembro de 2016)[1], também em quantidade igual à da sua representação no ente federativo onde está a instituição, usando como base os dados do último Censo Demográfico do IBGE.

A utilização de ações afirmativas como forma de democratizar o ingresso no ensino superior não é uma inovação da referida lei, uma vez que diversas universidades brasileiras, antes mesmos da edição da norma federal em estudo, já possuíam políticas afirmativas de ampliação do acesso para segmentos excluídos, como são exemplos a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ, adotada em 2003) e a Universidade de Brasília (UnB, adotada em 2004). Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.711/2012, segundo Valentim (2012), 41 universidades federais brasileiras possuíam programas próprios de ações afirmativas.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que as ações afirmativas para ingresso no ensino superior surgiram como estratégias de inclusão preconizadas e induzidas pela sociedade civil e, após um período de tempo, foram constituídas em política de estado mediante uma legislação federal, que abarcou todas as instituições de ensino federal, com um modelo único de ingresso. Com a edição de uma legislação federal tratando das ações afirmativas ocorreu a universalização da política, que passou a ser obrigatória em

[1] O presente estudo não analisará as cotas para pessoas com deficiências, em face de usa recém inclusão como recorte de vagas para ingresso no ensino federal superior.

todas as universidades federais, estendendo o direito a todas as pessoas que dela fazem jus.

Apesar de o quadro social ter evoluído paulatinamente para a adoção das ações afirmativas voltadas para o ingresso no ensino superior, a inserção de medidas desta natureza não ocorreu de forma linear e pacífica, os embates em torno da questão são constantes, como se denota do manifesto intitulado "Todos têm direitos iguais na República Democrática" e entregue ao Congresso Nacional em 30 de março de 2006, durante o trâmite legislativo do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.711/2012, assinado por dezenas de intelectuais brasileiros que se posicionavam contrariamente às ações afirmativas.

A Lei nº 12.711/2012 é fruto do Projeto de Lei nº 73 de 1999, de autoria da Deputada Nice Lobão do PFL do Maranhão, e foi apresentado em 24 de dezembro de 1999, tramitando por 13 anos, portanto, até a sua aprovação. Durante o seu processo legislativo, vários outros projetos com teor semelhante foram apresentados, sendo a ele apensados. O trâmite foi longo e sofreu influências da Marcha do Zumbi dos Palmares, realizada em 1995, em Brasília, que mobilizou todo o Movimento Negro e foi um marco na luta contra o racismo e seus efeitos.

Dito isso, tem-se que as ações afirmativas são políticas públicas "voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física" (GOMES, 2001, p. 89).

Portanto, objetiva reparar os efeitos do tratamento desigual dispendido às minorias[2], afastando obstáculos e promovendo acesso e inclusão de pessoas na fruição de bens socialmente relevantes e na concretização de direitos. Além disso, pretendem fazer frente ao preconceito e ao racismo, buscando interromper a sua perpetuação, bem como minimizar as assimetrias existentes entre grupos e que geram desigualdades. Para além dos ganhos individuais, os efeitos de tais medidas ressoam em toda sociedade, tornando-a mais democrática, uma vez que não existe verdadeira democracia sem reais condições de igualdade.

[2] Assim como Rocha (1996, p. 285, nota 3) o termo minoria não é usado no sentido quantitativo, já que as mulheres e os negros, apesar de representarem juntos a maioria numérica da população brasileira, são minoria no que diz respeito à detenção do poder político, econômico e social, e sob a ótica dos "direitos efetivamente havidos e respeitados em uma sociedade", de tal forma que a minoria, "na prática dos direitos, nem sempre representa um número menor de pessoas".

A necessidade de adoção de ações afirmativas reside no fato de que se constatou que não basta coibir ações discriminatórias, como ocorre com a criminalização de condutas racistas. Devem ser revertidos os nocivos efeitos que elas causam, promovendo a igualdade de oportunidades entre aqueles que sofreram e sofrem uma discriminação velada, histórica e intrínseca ao desenvolvimento social brasileiro. Nesses termos, a neutralidade estatal é afastada por meio da adoção de ações afirmativas, para dar lugar a uma postura ativa, onde cabe ao Estado promover medidas que têm por escopo e resultado a igualdade material (GOMES, 2003, p. 90).

Segundo Silva Júnior (2003, p. 103) a postura estatal negativa e de abstenção, "no sentido de não discriminar" restou insuficiente no combate à discriminação, cabendo ao Estado "esforçar-se para favorecer a criação de condições que permitam a todos se beneficiar da igualdade de oportunidades e eliminar qualquer fonte de discriminação direta ou indireta."

A ação afirmativa pode se dirigir a qualquer grupo social sub-representado, e vai além da seara educacional, abrangendo diversas áreas, como se depreende da citação de Zoninsein e Feres Júnior (2006, p. 21) do conceito formulado a partir de Sabbagh (2004) e Weinner (1983):

> A ação afirmativa corresponde a "qualquer medida que aloca bens - tais como o ingresso em universidades, empregos, promoções, contratos públicos, empréstimos comerciais e o direito de comprar e vender terra – com base no pertencimento a um grupo específico, com o propósito de aumentar a proporção de membros desse grupo na força de trabalho, na classe empresarial, na população estudantil universitária e nos demais setores nos quais esses grupos estejam atualmente sub-representados em razão de discriminações passadas ou recentes".

Portanto, o propósito da adoção das políticas afirmativas é ancorado na promoção da justiça social e no combate à desigualdade, por meio da promoção da igualdade substancial ou material.[3] A ação afirmativa dá tratamento diferenciado a grupos que se encontram em situação de desigualdade e exclusão, com o escopo de reequilibrar as situações assimétricas que criam desvantagens para as minorias e vantagens para as maiorias, promovendo a igualdade de oportunidade.

[3] A igualdade substancial ou material vai além da simples igualdade formal ou igualdade perante a lei, em que todos devem receber o mesmo tratamento legal, sendo vedado o tratamento diferenciado. A referida igualdade substancial ou material visa promover uma situação de isonomia efetiva e, para isso, permite o tratamento diferenciado dos indivíduos, desde que tal diferenciação seja necessária para suplantar as desigualdades surgidas a partir de diferenças fáticas, de modo que todos tenham as mesmas oportunidades.

Assim, no caso de um ingresso feito por meio de uma seleção que verifica o desempenho dos candidatos em avaliações, como ocorre nas universidades públicas brasileiras por força no disposto no artigo 208, inciso V, do texto constitucional, ao se adotar reserva de vagas para as minorias como mecanismo de políticas afirmativas, procura-se garantir uma igualdade de acesso, possibilitando minimizar distorções de oportunidades causadas por situações de desigualdades, como as de origem socioeconômica e étnico-racial, e que alijaram historicamente tais pessoas dos bens sociais, culturais e econômicos.

No que concerne especificamente às ações afirmativas voltadas para o acesso ao ensino superior, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF, proposta para declarar inconstitucionais das cotas da UnB, destacou que o ingresso nas universidades públicas por meio de cotas raciais e socioeconômicas atende ao princípio da igualdade substancial ou material presente na Constituição, realizando a justiça social, que nos dias atuais, em seu entendimento, vai muito além da simples distribuição de riquezas, significando "distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.", sendo medida que atende ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade (BRASIL, 2012, p. 4-5. Acórdão).

No entanto, a decisão do STF, na ação mencionada acima, destaca que a legitimidade das ações afirmativas está condicionada à existência de situação de exclusão social do grupo beneficiário, sob pena de, em não existindo a situação de exclusão, a sua manutenção ofender o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, por não haver mais relação direta entre motivos, meios e fins da medida (BRASIL, 2012, p. 4-5. Acórdão).

Neste sentido, o acórdão da ADPF nº 186/DF, proferido pelo STF, fixa entendimento de que a diferença de tratamento, para ser válida, se funda em uma situação de desigualdade socioeconômica ou étnico-racial. Logo, tem-se que a análise da validade das cotas estabelecidas para o ingresso nas universidades federais deve levar em conta a existência, para todos os grupos beneficiários, de situação de exclusão e desigualdade que justifique o tratamento diferenciado, sob pena de se ofender o princípio da igualdade material e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, nos termos do acórdão mencionado.

Considerando a necessidade de existir um quadro de desigualdade que confira validade a um tratamento diferenciado para ingresso nas universidades públicas, como ocorre no caso de exclusão étnico-racial ou socioeconômica já analisada pelo STF, o objeto da presente pesquisa é a política pública afirmativa de acesso à educação superior nas universidades públicas federais estabelecida na Lei nº 12.711/2012 e, especificamente, as cotas sociais dirigidas à pessoas que não se autodeclaram negras ou indígenas, e que não têm que comprovar sua condição econômica para fazer uso das cotas.

O recorte do objeto, focando nas cotas sociais para candidatos que percebem acima de 1,5 salário-mínimo como renda familiar *per capita* e que não se autodeclaram negros ou indígenas, ocorre em razão de tal modalidade não estabelecer um teto de renda para fazer uso do tratamento diferenciado, além do fato das pessoas que dela fazem uso não se enquadrarem nas situações de discriminação étnico-racial, bastando serem egressas da escola pública para fazerem jus às cotas.

Vale destacar, que existem duas formas, pelo menos, de materializar uma ação afirmativa, quais sejam, as cotas e a vantagem adicional. Nas cotas, reserva-se uma quantidade de vagas para o grupo beneficiário da ação afirmativa, que não compete com os demais sujeitos que desejam ocupar a mesma posição[4]. Na vantagem adicional, o beneficiário da ação afirmativa compete com os demais sujeitos, mas recebe uma vantagem adicional permitindo-lhe ter uma maior competitividade. O primeiro sistema foi amplamente usado na Índia e é o adotado pela Lei nº 12.711/2012, já o segundo é utilizado no sistema norte-americano, onde é comum a utilização de critérios qualitativos para admissão de candidatos a vagas em universidades (WEISSKOPF, 2008, p. 37).

Segundo Machado e Silva (2010, p. 29) as cotas "têm como característica principal a possível redistribuição nas vagas totais destinadas ao vestibular universal,

[4]Segundo Aguiar (2009, p. 95), nos Estados Unidos da América a noção de cotas, ligada principalmente à ideia de políticas de tratamento preferencial, foi substituída pelas metas. O motivo para tal modificação reside no fato de que as cotas representariam um número determinado e rígido de vagas destinado aos grupos preferenciais, levando-se em consideração a proporção de tais indivíduos na sociedade, desprezando o mérito individual. Ao ignorar o mérito individual, as ações afirmativas baseadas em cotas resultariam em uma injustiça, pois impediria que "pessoas chegassem a determinadas posições em função de suas características grupais". No caso das "metas", a raça serviria de base para a seleção do indivíduo como um parâmetro e não como um "requisito numérico rígido"; "uma meta admissível requereria apenas o esforço do empregador ou sindicato para atingir um limite de variação compatível com a meta estabelecida" (Justice Day O'Connor, 1986 apud GUIMARÃES, 2009, p. 359).

por meio de reservas a grupos específicos. Cotas são vagas reservadas, que podem ou não ser preenchidas", podendo se configurar em porcentagens ou quantidades fixas.

Outro ponto importante para destacar é que as ações afirmativas devem ser temporárias, ou seja, durarem o tempo necessário para que as desigualdades sejam superadas, tendo em vista que a continuidade de sua aplicação por tempo indeterminado, sem que persista o quadro de exclusão que motivou a sua vigência, ofende o princípio da igualdade, por não ser mais necessário o tratamento diferenciado. Por este motivo, a Lei nº 12.711/2012 previu, em seu artigo 7º que, após 10 anos de sua vigência, será feita uma revisão do programa.

Diante do contexto apresentado, a pesquisa problematiza a adoção das cotas sociais para pessoas que não se autodeclaram pretas, pardas e indígenas e que não precisam comprovar a vulnerabilidade econômica, no sentido de verificar se tal recorte de renda que não exige um teto é válido como política afirmativa de inclusão frente ao texto constitucional brasileiro, tendo em vista seus princípios norteadores, tais como a igualdade material, a justiça social e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

2 Ações afirmativas educacionais como política pública social

O desenvolvimento de um conceito de "política pública" enquanto categoria de análise e de centralidade só foi possível com o desenvolvimento e consolidação de uma área específica da Ciência Política denominada, em língua inglesa, de *policy sciences*. A especificação de uma área para desenvolver estudos sobre políticas públicas, assim como a elaboração de um conceito para política pública têm raízes, em especial, nos Estados Unidos da América do pós-guerra e durante a Guerra Fria, em razão da confluência de vários fatores.

O primeiro diz respeito à crescente atuação do setor público na promoção de programas sociais e econômicos, o que fez surgir a necessidade de uma abordagem diferente (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 21). Neste período, o estudo das políticas públicas ganhou contornos instrumentais, na medida em que tinha por objetivo oferecer soluções aos problemas administrativos.

O segundo fator que influenciou o surgimento das *policy sciences* (estudo das políticas públicas) nos Estados Unidos da América foi à transferência de toda uma "inteligência" utilizada na Guerra Fria para as tomadas de decisões políticas nas demais áreas de atuação governamental. Neste período, houve uma valorização da tecnocracia,

onde as ações governamentais voltadas para a Guerra Fria tinham suporte nas análises de especialistas como engenheiros, analistas de sistemas, matemáticos, sociólogos, entre outros, de tal modo que a "proposta de aplicação de métodos científicos às formulações e às decisões do governo sobre problemas públicos se expande para outras áreas da produção governamental, inclusive para a política social" (SOUZA, 2006, p. 23).

Incialmente, no desenvolvimento do conceito de política pública dentro das *policy sciences,* o Estado ocupou um lugar importante. Como destaca Oliveira, o surgimento da análise das políticas públicas bem como de seu conceito data do início do século XX e tem como objeto inicial, em especial no que se denomina "via americana", a ação pública "a partir de uma abordagem que propõe interrogar de forma sistemática a política que se caracteriza por seus modos de intervenção e sua eficácia prática" (OLIVEIRA, 2011, p. 72).

Contudo, a concepção de política pública que melhor se adequa à sua qualidade de promover um aprimoramento democrático é a que a conceitua como toda medida destinada a solucionar um problema público, independentemente de quem é o agente formulador: se o Estado ou a sociedade civil (SECCHI, 2014, p. 5).

Sendo assim, as ações afirmativas são políticas públicas que visam solucionar um conflito de interesse público oriundo da sociedade civil, que se consubstancia na exclusão por força da discriminação. Portanto, sua formulação pode ser de inciativa tanto dos grupos que compõem tal sociedade, quanto do Estado, enquanto ente com poder cogente de impor condutas e abstenções. As ações afirmativas surgiram como resposta a um conflito existente entre grupos excluídos e aqueles que os segregavam, ou seja, por força de tratamento discriminatório pessoas foram impossibilitadas de fruírem de direitos, de espaços, de vantagens, de bens, tornando-as sub-representadas em várias áreas.

O caráter de ser uma política social se liga ao fato de visar concretizar um direito social, qual seja, o direito à educação, ampliando o acesso de grupos excluídos ao ensino superior público federal. Além disso, tem-se que a educação seria em si mesma uma política pública, uma vez que é na escola que "se concretizam as definições sobre a política e o planejamento que as sociedades estabelecem para si próprias, como projeto ou modelo educativo que se tenta por em ação" (AZEVEDO, 1997, p. 59). A política educacional "articula-se ao projeto de sociedade que se pretende implantar, ou que está em curso" e que é construído "pelas forças sociais que têm poder de voz e de decisão e que, por isto, fazem chegar seus interesses até o Estado e à máquina governamental,

influenciando na formulação e implementação das políticas ou dos programas de ação" (AZEVEDO, 1997, p. 60).

Tratando da essência das políticas sociais, Vieira, dispõe que tais políticas têm sido

> ligadas ao funcionamento do mercado, à capacidade de compensar falhas deste, à ação e aos projetos dos governos, aos problemas sociais, à reprodução das relações sociais, à transformação dos trabalhadores não assalariados em trabalhadores assalariados, ao abrandamento dos conflitos de classe etc. (VIEIRA, 2009, p. 13).

Como apontado por Höfling, as políticas sociais se situam em tipo particular de Estado:

> E políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais (HÖFLING, 2001, p. 31).

Nesse sentido, as ações afirmativas educacionais, enquanto políticas públicas sociais, se desenvolvem e têm seu lugar em uma ordem capitalista, portanto, garantem igualdade dentro da meritocracia, ou seja, dentro de um sistema que preza pela seleção dos beneficiários da educação superior, e nesse sentido, a ação afirmativa para ingresso no ensino superior pretende oferecer condições de competição isonômicas para aqueles que se encontram em uma situação de desvantagem, mas sem dispensar a característica meritocrática do processo seletivo. Não se trata, portanto, de medida que coloca todas as pessoas que estão em situação de desvantagem em uma situação de igualdade, mas apenas algumas pessoas que se encontram em situação de desvantagem.

Logo, para que ela produza o máximo de efeito inclusivo possível, é preciso que ela abarque o maior número de pessoas em situação de exclusão. Sendo assim, a sua formulação deve ser feita com o cuidado de beneficiar somente os grupos excluídos e não beneficiar aqueles que não se encontram em desvantagem, sob pena de se diminuir a quantidade de pessoas que realmente precisam delas para ser incluídas na educação superior por meio de um mecanismo de reserva de vagas.

3 Da análise da (in)constitucionalidade das cotas sociais sem teto de renda e sem recorte étnico-racial da Lei nº 12.711/2012

A Lei nº 12.711/2012 elegeu como grande grupo beneficiário das cotas os alunos oriundos da escola pública e que lá tenham cursado todo o ensino médio. Assim, determinou que, no mínimo 50% das vagas de cada curso e turno sejam destinados a eles. Dentro deste grande grupo, determinou ainda que metade, o que significa 25% do total das vagas, seja destinada a alunos cuja renda *per capita* familiar seja igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo, aliando um recorte socioeconômico às cotas. Além do recorte socioeconômico, a lei ainda determinou a reserva de vagas, dentro dos dois segmentos econômicos (o com renda *per capita* superior e o de renda inferior a 1,5 salário-mínimo), de um recorte étnico-racial onde deverá ser destinado, em cada um desses segmentos, um percentual igual ao da população preta, parda e indígena da unidade da federação da instituição de ensino para os negros e indígenas, além do recorte para pessoas com deficiência física (BRASIL, 2012).

É o que diz o artigo 1º da Lei 12.711/2012, *in verbis*:

> Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.
> Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. (BRASIL, 2012).

Já o artigo 3º trata das vagas destinadas aos negros e indígenas e pessoas com deficiência:

> Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BRASIL, 2012).

O Estado de Direito modernamente compreendido, determina a sujeição da atuação do Estado à Constituição, não podendo este agir arbitrariamente, limitando direitos fundamentais de forma desarrazoada. Isto significa que, caso uma lei ou ato administrativo imponha uma restrição a direitos fundamentais, somente poderá fazê-lo se a Constituição der espaço para tanto e desde que os motivos, meios e fins de tal restrição sejam derivados diretamente uns dos outros e estejam em consonância com os ditames constitucionais. Neste sentido, esta atuação vinculada do Estado à Constituição, sendo possível considerar inconstitucionais os atos restritivos de direitos fundamentais que excedem seu campo de atuação, avaliação esta que é inerente ao Estado de Direito, nada mais é do que a expressão do princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade[5] se converte em importante "parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes" (BARROS, 2000, p. 28)[6], constituindo-se em mecanismo de verificação da constitucionalidade de uma lei quando existe um choque aparente entre direitos constitucionais, cuja solução impõe a prevalência de um direito em relação ao outro, o que implica na restrição de um deles.

Para se saber se a restrição imposta é válida, tem-se que perquirir se o motivo é justo constitucionalmente, ou seja, se o bem protegido é o mais importante e precisa de proteção em face da existência de uma situação de conflito relevante, se o meio usado é o mais adequado para tutelar o direito em questão e se a restrição imposta traz mais vantagens do que o ônus imposto aos detentores do direito restringido.[7] Tal imposição

---

[5] Ávila (2005, p. 63) considera a proporcionalidade não como um princípio constitucional, mas como um postulado, ou seja, como "um instrumento normativo metódico, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e princípios, com eles não se confundindo". O que impacta tal diferenciação é que, um ato desproporcional será inconstitucional, não por ferir o princípio da proporcionalidade, mas por ferir um princípio ou regra constitucional, sendo a proporcionalidade o meio de demonstrar tal violação. Quando se considera o princípio da proporcionalidade um princípio constitucional, a inconstitucionalidade poderá ser declarada pela simples violação deste princípio.

[6] O próprio STF o reconhece como princípio constitucional apto a avaliar a validade das leis e atos administrativos, verificando a relação de pertinência entre motivos, meios e fins do ato, o que denota a sua coerência interna, bem como a necessidade, adequação e proporcionalidade dos meios e fins, no sentido de não existir violação seja à razoabilidade da medida, seja aos dispositivos constitucionais expressos. Vale-se de tal princípio no controle de constitucionalidade, empregando pela primeira vez a "expressão *princípio da proporcionalidade* em sede de controle de constitucionalidade em 1993, quando deferiu a medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paraense nº 10.248, de 14.01.93", (BARROS, 2000, p. 73-74), entendendo inconstitucional por violação do referido princípio (STF, Pleno, j. 01.07.93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence apud BARROS, 2000, p. 73-74).

[7] "Quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito por parte de outro titular, há, portanto, uma situação de conflito cuja solução requer se imponham limites a esses direitos para que possam, enfim, coexistir. Fala-se, então, de limites constitucionais não

de compatibilização é decorrente do princípio da unidade, que determina que não podem existir conflitos dentro do texto constitucional, já que ele é um sistema de normas, e como tal deve ser harmônico.

O grau de restrição dos direitos, para que essa seja válida, dependerá da relevância do direito: quanto mais relevante o direito que se quer tutelar, maior poderá ser a restrição, desde que ela seja apta a realizar um fim constitucional, trazendo mais benefícios do que prejuízos (BARROS, 2000, p. 100). No caso específico da ação afirmativa educacional, ocorre que, ao se reservar vagas a alguns alunos, se está limitando o ingresso de outros alunos, ou seja, a reserva de vagas para uns no intuito de garantir o direito fundamental à educação, pressupõe a restrição de vagas a outros, limitando o seu direito à educação pública. Logo, se tem o conflito aparente entre direito à educação de um grupo frente o direito à educação de outro. Trata-se de conflito aparente, pois em verdade o que ocorre é que o direito de um grupo está sendo restringido para que o direito de outro grupo possa existir.

Nesse sentido, para se verificar a validade das cotas traçadas pela Lei nº 12.711/2012 por meio do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, tem-se que avaliar se os recortes escolhidos de vagas ferem o princípio da igualdade, por não existirem diferenças que geram desigualdades e que justifiquem promover a ampliação do direito à educação de um grupo, ocasionando a diminuição da oferta de vagas educacionais em relação ao outro; ou se, ao contrário, tais cotas realizam o princípio da igualdade, por existirem diferenças de condições e oportunidades na realidade social que causam desigualdades para determinado grupo ou categoria, justificando o tratamento diferente e a limitação da oferta de vagas para os demais alunos.

Para se avaliar a validade de uma restrição, como acima especificada, por meio do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade é preciso apreciar as razoabilidades interna e a externa. A razoabilidade interna é aferida pela existência de uma relação

---

escritos ou de limites imanentes. Supõe-se, em decorrência de uma teoria constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais, que o legislador tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos cujas respectivas esferas de proteção se afigurem colidentes, assim como, em casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelece-los" (BARROS, 2000, p. 167) Assim, surge a necessidade de se controlar se esta restrição como solução do conflito aparente e como forma de dar concreção a um direito e, para tanto, usa-se o princípio da proporcionalidade, que verifica se os meios utilizados estão em relação com os fins, ou seja, se a restrição ocorreu de forma legítima, na medida do necessário para permitir a realização de um direito. Somente se justifica, portanto, tal interferência, se o bem a ser protegido for relevante, se ele estiver sendo ofendido, se o meio for idôneo para protegê-lo, trazendo benefícios para quem dele precisa e se os prejuízos são menores do que as vantagens, lembrando que os fins visados devem ter acento constitucional.

direta entre motivos, meios e fins, o que se opera por meio da existência dos subprincípios do princípio da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade externa, por sua vez, analisa se a lei realiza os fins constitucionais e a concreção de seus ditames, no caso, a promoção da justiça social, o combate à desigualdade e a realização da igualdade material.

Sinteticamente, pode-se dizer que, para que uma lei seja compatível com o princípio da proporcionalidade e, portanto, constitucional, não basta ser capaz de realizar o que se pretende (adequação), ela deve fazê-lo causando o menor prejuízo possível aos direitos fundamentais, ou seja, entre os meios existentes, a escolha deve recair entre aqueles que tragam a menor limitação a direitos, de forma que o tratamento diferenciado não vá além do imprescindível (necessidade ou exigibilidade). E, finalmente, ainda que os meios sejam adequados e tragam os menores prejuízos, a relação custo-benefício deve ser positiva para os benefícios, de tal forma, que tais prejuízos ou restrições, devam ser menores do que os benefícios da medida, que devem superar as limitações impostas (proporcionalidade em sentido estrito). Em outras palavras, o valor "promovido com a desequiparação seja mais relevante do que o que está sendo sacrificado" (BARROSO, 1999, p. 233).

> O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. [...] O princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo. (BARROSO, 1999, p. 234).

Esta concepção estrutural do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, subdividindo-o em três elementos (adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) deriva da doutrina alemã, que os abraça como forma de dar ao princípio a "densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito" (BARROS, 2000, p. 75).

Além da razoabilidade interna, deve existir, também, a razoabilidade externa do ato do poder público, ou seja, um ato legislativo, por exemplo, não pode criar restrições a direitos fundamentais sem que o motivo, os meios e o fim sejam relevantes e constitucionalmente validados. Somente se autoriza a realizar a restrição a direitos fundamentais o fim visado for um fim constitucional, e o meio utilizado não for proibido pela Carta Constitucional. No caso em tela, irá se verificar se as várias modalidades de cotas existentes na Lei nº 12. 12.711/2012 fere ou promove a igualdade material ou substancial, por meio do princípio da proporcionalidade por considerar que se trata de meio apto para apreciar a compatibilidade constitucional da medida.

Na realidade social brasileira, as condições socioeconômicas, raciais e étnicas, entre tantas outras, afetam o percurso escolar dos alunos, o que de fato impacta no resultado de meios seletivos que aferem capacidades objetivamente, sem levar em conta as circunstâncias de desigualdade existentes, como ocorria com os processos seletivos de ingresso no ensino superior antes das cotas.

Isso se reflete, de um lado, na sub-representação quantitativa de vários segmentos no ensino superior, ainda que sejam numericamente maioria dentro da população brasileira, como os negros e as pessoas economicamente menos favorecidas, e de outro a super-representação proporcional dos demais grupos, como os brancos e pessoas com condições financeiras mais elevadas, levando-se em consideração os *quintis* de renda. A consequência da representação numérica desproporcional é a exclusão de várias pessoas da fruição de um direito fundamental previsto na Constituição, qual seja, o direito à educação, sendo-lhes negada a igualdade de oportunidade de acesso ao ensino superior.

Analisando a situação fática antes da elaboração da Lei nº 12.711/2012, no que concerne à exclusão étnico-racial do ensino superior brasileiro, tem-se que em 2010, a população negra brasileira era de 50,7%, segundo o Censo Demográfico do IBGE desse ano, contudo, entre os universitários, 75% eram brancos segundo o mesmo Censo do IBGE (ARRETCHE, 2015, p. 5). Portanto, apesar de serem aproximadamente mais da metade da população brasileira, menos de 25% de pessoas no ensino superior eram pretas e pardas, números esses que revelam a situação de exclusão do ensino superior a que foi submetida a população negra, em face de sua identidade, exclusão esta impressa na desproporcionalidade de representação dentro do ensino superior de tal categoria, consequência do preconceito e da discriminação que afetam o percurso escolar dessas pessoas.

No caso das cotas étnico-raciais, o motivo de sua adoção é o combate à desigualdade existente na fruição do direito à educação dos negros e indígenas que estão sub-representados no ensino superior, por força da discriminação étnico-racial. A desigualdade para esses grupos não se reflete em uma questão de classe, mas por força de sua identidade étnico-racial. Logo, garantir o ingresso de tais segmentos por meio de cotas que destacam a diferença de identidade, e não simplesmente homogeneízam todos os grupos excluídos em uma categoria socioeconômica, por exemplo, permite-se sua verdadeira recomposição de representação e acesso ao ensino superior, o que em última instância, promove o princípio da igualdade material e o direito à educação em si mesma.

Tal inclusão liga-se diretamente ao meio usado, qual seja, a reserva de vagas, uma vez que as cotas são mecanismos adequados para aumentar a representação proporcional de tais grupos, solucionando a assimetria existente entre a quantidade de pessoas negras e indígenas na composição da sociedade brasileira e a quantidade do mesmo grupo presente no ensino superior. Esse meio, reserva de vagas, é compatível, portanto, com os fins desejados pela Constituição de acesso em igualdade de condições ao ensino superior, promoção da igualdade material, combate à desigualdade, justiça social, mobilidade social, entre outros já exaustivamente elencados.

Desta feita, existe relação direta entre os elementos que compõem a lei - motivos, meio e fim - o que se comprova com a presença de todos os subprincípios do princípio da proporcionalidade: a adequação da medida existe, uma vez que as cotas são capazes de aumentar o acesso; já a exigibilidade ou necessidade está presente, uma vez que, para aumentar o número das pessoas pertencentes aos grupos étnico-raciais no sentido de tornar sua representação no ensino superior proporcional à sua representação na população brasileira (em especial, na unidade da federação em que a instituição de ensino se localiza), é necessária a limitação do acesso ao ensino superior das pessoas que não se autodeclaram negras e indígenas, que será reduzido para promover uma simetria de representação, já que as pessoas brancas compunham majoritariamente a educação superior, apesar de não serem a maioria da população; além de ser proporcional em sentido estrito, posto que o combate a desigualdade traz mais benefícios do que prejuízos, tanto para os grupos excluídos quanto para toda a sociedade brasileira, que se torna mais democrática e cumpre com os objetivos constitucionalmente previstos, como os do artigo 3º, tais como a promoção do bem de

todos, sem preconceitos de qualquer natureza como o de origem, raça, sexo, cor e idade.

No tocante ao segmento de pessoas economicamente vulneráveis, representados pelo recorte de renda familiar *per capita* de até 1,5 salário-mínimo, e que não se autodeclararam pretas, pardas e indígenas, tem-se que a reserva de vagas prevista na Lei nº 12.711/2012 dirigida a elas também atende aos fins constitucionais de promoção da igualdade material e do acesso à educação, passando pelo crivo do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (BRASIL, 2012). O cenário nacional contemplado em estudo de Ribeiro, Ceneviva e Brito (2015, p. 79), a partir dos dados do Censo do IBGE no período de 50 anos (1960-2010), é analisado a partir da Desigualdade de Oportunidades Educacionais (DOE). Segundo os autores, os dados da DOE - mensurada "pelo efeito das características socioeconômicas e culturais dos pais nos resultados educacionais dos filhos" – revelaram que nos últimos 30 anos, "a expansão do sistema educacional no país foi direcionada (...) para os estágios de progressão mais baixos, e essa expansão diminuiu as desigualdades de classe no acesso a eles, **mas em grande medida deslocou-as para níveis mais altos de escolarização"** (RIBEIRO; CENEVIVA; BRITO, 2015, p. 82, grifo nosso). Aduzem, os referidos autores que "a**tualmente, chega-se a demonstrar aumento na associação entre origem social e realização de transições educacionais nesses níveis mais altos."** (RIBEIRO; CENEVIVA; BRITO, 2015, p. 82, grifo nosso). Em outras palavras, o acesso ao ensino superior é comprometido pela origem social e econômica dos discentes.

A exclusão de parcela dos jovens do ensino superior determinada pela desigualdade socioeconômica, como bem destacado na passagem anterior, exige medidas de justiça distributiva que garantam a distribuição equânime dos bens socialmente relevantes, nos termos de Rawls (2002). A "teoria de justiça como equidade" de Rawls compreende uma concepção política de justiça aplicável às instituições econômicas, sociais e políticas em uma democracia constitucional moderna (RAWLS, 2002, p. 203). Segundo o autor, sua teoria se guia por dois princípios de justiça que permitem uma realização efetiva dos valores liberdade e igualdade, por parte das instituições anteriormente mencionadas, nos seguintes termos:

> (1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com o mesmo sistema para todos;

> (2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e a posições abertas a todos em condições de juta (fair) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade. (RAWLS, 2002, p. 207-208).

Aduz o referido autor que os dois princípios, tomados separadamente, regem as instituições em várias áreas, mas em especial nas reivindicações de igualdade (RAWLS, 2002, p. 208), ou seja, em uma sociedade onde os recursos são escassos e as necessidades sociais são grandes, tem-se um conflito pela distribuição das riquezas e bens socialmente relevantes, exigindo-se a mediação pela justiça distributiva. Rawls (2002), assim, conjuga o princípio da igualdade de oportunidades com o da diferença, de tal forma que, para as pessoas que se encontram em situação de desvantagem, a distribuição de renda e de bens pode ser feita de forma desigual, uma vez que tal distribuição deve ser vantajosa para todos, "levando a serem aceitas desigualdades que maximizem as expectativas dos grupos menos afortunados da sociedade, assegurado um mínimo social" (HELENA, 2008, p. 240).

Portanto, mesmo na visão liberal de Rawls (2002), admite-se o tratamento diferenciado aos indivíduos, desde que seja necessário para garantir uma distribuição de riquezas e vantagens de forma a promover aos excluídos, uma situação mínima de benefícios (HELENA, 2008, p. 340).

Nesse sentido, conforme os dados do Censo Demográfico de 2010, realizado pelo IBGE, tendo em vista os dados brutos contidos na sua Tabela 1 e apresentados agora em percentuais, tem-se que 52,65% da população brasileira, naquele ano, possuía rendimento nominal mensal de até 3 salários mínimos. Contudo, no ensino superior federal, apenas 40% dos alunos possuíam renda familiar *per capita* de até 3 salários-mínimos (ANDIFES, 2016, p. 17), número inferior ao da sua representação na população da época anterior a edição da Lei nº 12.711/2012, sendo que em 2014, após a adoção das cotas sociais, mais de 51% dos alunos do ensino superior público federal eram alunos com renda de até 3 salários-mínimos (ANDIFES, 2016, p. 17).

Logo, existia uma sub-representação das pessoas economicamente vulneráveis no ensino superior, que torna as cotas sociais exigíveis ou necessárias para corrigir tais distorções, como vem ocorrendo após a entrada em vigor da Lei nº 12.711/2012. No tocante ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, redirecionar as vagas

para pessoas com renda familiar até 1,5 salário-mínimo por cabeça é realizar a justiça distributiva de Rawls (2002), por beneficiar os desfavorecidos.

Já no que concerne à análise das cotas sociais para as pessoas que não se autodeclaram negras ou indígenas e percebem renda familiar *per capita* acima de 1,5 salário-mínimo, é preciso que exista situação de desigualdade econômica que permita tratamento diferenciado conforme todo o exposto. Ocorre que, em relação a este recorte, não existe um teto de renda definido para que se faça jus à cota social para ingresso em uma universidade federal, o que significa, na prática, que basta ao aluno frequentar todo o ensino médio na escola pública para que tenha direito de disputar o processo seletivo entre as vagas reservadas, uma vez que não está presente a necessidade nem da vulnerabilidade econômica ou da étnico-racial. No caso em tela, tem-se um grupo de beneficiários identificados como de pessoas que não se autodeclararam negras ou indígenas, que cursaram todo o ensino médio em escola pública, com renda *per capita* familiar superior a 1,5 salário-mínimo, sem que tenham que comprovar a renda, já que não existe limite de renda para fruir do benefício das cotas para esse grupo.

Exemplificando, uma pessoa branca, com renda familiar *per capita de* R$10.000,00, em uma família de três pessoas, perfazendo uma renda familiar total de R$30.000,00, tem permissão legal de concorrer por uma vaga nas universidades federais, usando uma das modalidades de cotas, qual seja, a que não estabelece recorte étnico-racial ou tento de renda, bastando ter feito todo o ensino médio em escola pública.

Segundo vários estudos já dispostos, os fatores, considerados isoladamente, que mais causam atraso escolar e exclusão, ligam-se diretamente à cor e à renda. A ausência desses dois fatores para pessoas desse recorte demonstram o seu potencial para incluir pessoas que não precisam de medidas inclusivas. Para esse recorte, qual seja, de pessoas com renda familiar acima de 1,5 salário-mínimo e que não se autodeclaram negras ou indígenas, tem-se situação de diferenciação desarrazoada, uma vez que não existe fator excludente inequívoco que justifique a medida, como no caso dos negros e indígenas, afetados pela discriminação e preconceito, e daqueles que compõem os *quintis* mais baixos de renda do Brasil, conforme demonstrado pelos dados reproduzidos (BRASIL, 2012b).

A falta de razoabilidade reside não no piso da renda (pessoas com renda de mais de 1,5 salário-mínimo por cabeça na família), mas na ausência de um teto limitador para se usar a cota. Ao se permitir que qualquer pessoa, que não se autodeclare negra ou

indígena e independente de renda, possa fazer uso da reserva de vagas, bastando ter cursado todo o ensino médio em escola pública, não se está criando uma medida que iguala oportunidades de pessoas em situação de desigualdade, mas que diferencia pessoas que não se encontram, necessariamente, em situação de exclusão, tornando-se uma medida discriminatória, uma vez que, conforme já disposto, a diferenciação só é validamente usada em políticas públicas quando a finalidade é oferecer igualdade de oportunidades fáticas, distribuindo bens e vantagens para quem é desfavorecido.

Se a condição financeira é tão impactante no êxito escolar, como restou demonstrado, não limitar o acesso para esta modalidade pela renda abre portas para um contingente de alunos que não são vulneráveis, o que pode distorcer o uso das cotas. O correto seria combinar ser "egresso da escola pública", com fatores que geram desigualdade comprovados, como ocorre para as cotas étnico-raciais e para os alunos com renda até 1,5 salário-mínimo. Assim, estabelecer para esse grupo de beneficiários um teto de renda para poder fazer uso das cotas para ingresso no ensino superior federal, garante que pessoas que realmente precisam de políticas afirmativas que combatem a exclusão sejam incluídos, como ocorre para a outra modalidade de pessoas egressas da escola pública, mas que devem comprovar renda familiar *per capita* igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo.

Além de se oferecer vagas para pessoas que não necessariamente precisam delas, este recorte retira vagas de pessoas que comprovadamente estão em situação de dificuldade de acesso ao ensino superior público, ou seja, permite-se que os mais vulneráveis contem com menos vagas, uma vez que as vagas que poderiam ser destinadas aos mais pobres e aos negros e indígenas são ofertadas para pessoas sem vulnerabilidade.

Tendo em vista a razoabilidade interna da lei no que concerne ao recorte mencionado, o primeiro subprincípio diz respeito à adequação da medida. Um ato do Poder Público será considerado adequado se ele for idôneo para realizar o fim proposto, que deve ser, como já visto, compatível com a Constituição. O fim das ações afirmativas em estudo é de combater a exclusão e propiciar a igualdade de acesso ao ensino superior àqueles que não se encontram em pé de igualdade com os demais.

Contudo, nem todos os beneficiados da modalidade de cota já identificada são excluídos, uma vez que, sem fixar um teto de renda para se usufruir da cota, permite-se legalmente que pessoas das camadas mais favorecidas possam fazer uso da reserva de vagas. A inconstitucionalidade reside no fato de que o uso indevido das cotas para quem

dela não necessita não é uma fraude por parte do usuário, mas por força de permissão legal, o que fere o fundamento autorizador do tratamento diferenciado: a existência de desigualdades a serem superadas.

No tocante à necessidade ou exigibilidade da medida, o outro subprincípio da proporcionalidade, tem-se que a política pública será necessária quando, além de ser capaz de realizar o fim desejado, trouxer a menor restrição possível a direitos. No caso em tela, o fato da cota social não se dirigir, necessariamente, para pessoas em situação de desigualdade faz dela medida que traz prejuízos, não sendo a medida menos prejudicial, pois, como já dito, retira vagas de quem necessita e dá tratamento diferenciado a quem não se encontra em situação de desigualdade. Portanto, torna-se inexigível por, restringir o direito à educação superior de outros grupos desnecessariamente.

No que concerne ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**,** a análise da política afirmativa versa sobre a relação de custo-benefício da medida. Ou seja, verifica-se se os benefícios trazidos pela medida justificam a restrição de direitos imposta por ela. No caso em tela, como nem todos os indivíduos que entrarão por estas cotas são efetivamente vulneráveis, restringir o direito à educação dos demais, que não fruirão dessas vagas, é medida desproporcional, pois impõe restrição que não traz benefício para quem dele necessita.

Em vias de conclusão, é preciso esclarecer que a análise da validade ou constitucionalidade de uma política pública por meio do princípio da proporcionalidade é uma análise estritamente jurídica e feita em abstrato, ou seja, não é preciso comprovar que de fato pessoas que não fazem jus às cotas acabam utilizando-as, basta que a formulação da medida permita tal distorção, o que demonstra sua inadequação e potencial ofensivo a direitos fundamentais e ao princípio da igualdade substancial. Isto porque a inconstitucionalidade de uma norma pode e deve ser aferida antes mesmo de causar prejuízos aos indivíduos. Assim, ao legislar dando espaço para tratamento diferenciado para quem não faça jus, a inconstitucionalidade da lei já está comprovada, mesmo que na prática ninguém que não seja vulnerável a use.

Conclusão

As ações afirmativas educacionais implantadas pela Lei nº 12.711/2012 são mecanismos válidos e legítimos para reverter quadros de exclusão por força da raça/etnia e de fatores econômicos. Quando o faz realiza amplamente o princípio da

igualdade material, fornecendo as condições de ingresso para aqueles que estão excluídos do ensino superior federal.

O escopo democratizante das ações afirmativas para ingresso no ensino superior já podem ser sentidos após a entrada em vigor da Lei nº 12.711/2012, uma vez que os dados apontam para o aumento de pessoas negras e economicamente vulneráveis no ensino superior federal.

Segundo o relatório de pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior brasileiras (ANDIFES, 2016, p. 12) as pessoas brancas perderam espaço nas universidades federais, "deixando de ser quase 60% dos alunos para serem pouco mais de 45%", enquanto os pardos aumentaram sua representação para 37,75%, sendo antes de 28% e pretos de 5,9% para 9,82%, em 2014. Portanto, o segmento de pretos e pardos, em 2014 representava 47,57% dos alunos, porcentagem próxima da de pessoas que se autodeclararam pretas ou pardas no último Censo do IBGE de 2010, onde os pardos eram 43,1% da população, os pretos 7,6% da população, o que somados é igual a 50,7% da população, enquanto os brancos eram, em 2010, 47,7% da população.

Portanto, após a vigência da Lei nº 12.711/2012, aumentou a participação de grupos minoritários, como os negros (pretos e pardos), mas ainda a sua presença no ensino superior é inferior à sua representação na sociedade brasileira, que em 2010 era 50,7% e em 2014 somavam 53% (ANDIFES, 2016, p. 13). Ou seja, hoje maior parte da população brasileira é negra (53% em 2014), mas ainda não está presente na mesma proporção no ensino superior (em 2014 eram 47,57%), apesar de sua representação ter aumentado a partir das cotas, o que, sem dúvida representa um ganho significativo e em tão pouco tempo de vigência da lei.

Outra variável importante para análise é a renda dos alunos. Segundo a pesquisa da ANDIFES (2016, p. 18) tem-se que 2010, 8,33% dos alunos tinham renda familiar bruta de até 1 salário-mínimo, já em 2014 este número subiu para 13,21%. Além disso, no ano de 2010 eram 26,47% de alunos com renda familiar de até 2 salários-mínimos e 40,66% com até 3 salários-mínimos, aumentando para 36,65% com até 2 salários-mínimos e 51,43% até 3 salários-mínimos. Segundo o referido estudo, 66,19% do total de graduados percebem até 1,5 salário-mínimo como renda familiar *per capita* (ANDIFES, 2016, p. 22).

Dos dados acima, percebe-se que houve avanço significativo no acesso de grupos vulneráveis, mas que ainda existe muito espaço para ampliar a inclusão de

negros e pessoas com condições econômicas mais baixas, o que implica na necessidade de se destinar um número de vagas para estes grupos que de fato represente à sua composição na sociedade brasileira.

Portanto, criar uma modalidade de cotas que não se dirige a grupo vulnerável, diminui a oportunidade das pessoas que de fato necessitam da reserva de vagas para poder fruir do direito à educação. Nesse sentido, eleger grupos beneficiários que não se enquadram em um perfil de exclusão, permitindo legalmente o uso das cotas para pessoas que estão representadas de forma proporcional nas instituições de ensino superior federal significa acirrar as disparidades já existentes, pois se retira vagas que poderiam ser destinadas aos efetivamente vulneráveis.

Tendo em vista que a ação afirmativa prevista na lei em análise deve ser revista em 10 anos de sua vigência, apontar distorções como a promovida pelo recorte de beneficiário de pessoas que não se autodeclaram negras ou indígenas e que não precisam comprovar renda para usarem da reserva de vagas em face da ausência de teto, é importante para corrigir os possíveis desvios da lei, caso não venham a ser corrigidos ainda no curso desses 10 anos, o que seria o ideal.

Por todo exposto no presente estudo, tem-se que a política afirmativa é de extrema necessidade e relevância para a sociedade brasileira, que é marcada por níveis de desigualdade profundos, e deve ser preservada e aprimorada para que seja elevada aos patamares mais importantes das políticas de promoção de igualdade de oportunidades, o que não impede que suas incorreções sejam apontadas e corrigidas, para que possa promover mais benefícios ainda, dos que os que já é capaz de realizar.

Referências

AGUIAR, Márcio Mucedula. **A especificidade da ação afirmativa no Brasil**: o caso do Centro Nacional de Cidadania Negra em Uberaba-MG. Dourados: Ed. UFGD, 2009.

ARRETCHE, Marta (Org.). **Trajetórias das desigualdades**: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: Unesp, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DIRIGENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. **Perfil socioeconômico e cultural dos estudantes de graduação das instituições federais de ensino superior brasileiras 2014**. Uberlândia: Fonprace/Cepes-UFU, 2016.

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

AZEVEDO, Janete M. Lins de. **A educação como política pública**. Campinas, SP: Ed. Autores Associados, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei no 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13409.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação. **Acesso e evasão na educação básica**: as perspectivas da população de baixa renda no Brasil. Brasília, DF, 2014c. (Estudo técnico, n. 04/2014).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186-DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 abr. 2012c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 25 abr. 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Brasília, DF, Conselho de Justiça Federal, 2003. p. 85-123. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 45, n. 178, p. 337-346, abr./jun. 2008. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176536>. Acesso em: 22 set. 2016.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cadernos Cedes**, Campinas, SP, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública, seus ciclos e subsistemas**: uma abordagem integral. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2013.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>. Acesso em: 22 set. 2015.

MACHADO, Elielma Ayres; SILVA, Fernando Pinheiro da. Ações afirmativas nas univrsidades públicas: o que dizem os editais e manuais. In: PAIVA, Angela Randolpho. (Org.). **Entre dados e fatos**: ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010. p. 19-50.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. As políticas públicas em educação e a pesquisa acadêmica. In: OLIVEIRA, Dalila Andrade; DUARTE, Adriana (Org.). **Políticas públicas e educação**: regulação e conhecimento. Belo Horizonte: Fino Traço, 2011. p. 71-90

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Carlos Costa; CENEVIVA, Ricardo; BRITO, Murillo Marschner Alves de. Educação e desigualdade no Brasil. In: ARRETCHE, Marta (Org.). **Trajetórias da desigualdade**: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: Unesp, 2015. p. 79-108.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa para negros (as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). **Educação e ação afirmativa**: entre a injustiça simbólica e injustiça econômica. Brasília, DF: Inep/MEC, 2003. p. 101-114.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

VALENTIM, Daniela Frida Drelich. **Ex-alunos negros cotistas na UERJ**: os desacreditados e o sucesso acadêmico. Rio de Janeiro: Quartet, 2012.

VIEIRA, Evaldo. **Os direitos e a política social**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

WEISSKOPF, Thomas E. A experiência da Índia com ação afirmativa na seleção para o ensino superior. In: ZONINSEIN, Jonas; FERES JR, João (Org.). **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008. p. 35-60.

ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João. Introdução: ação afirmativa e desenvolvimento. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (Org.). **Ação afirmativa e universidade**: experiências nacionais comparadas. Brasília, DF: Ed. UnB, 2006. p. 9-45.