

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**LUIZ CARLOS TEIXEIRA DE MACÊDO JUNIOR**

**AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E LEI 12.711/12:**  
uma interpretação do conceito de “escola pública” à luz dos princípios do Direito  
Administrativo e sua abrangência em relação à entidades educacionais filantrópicas  
e beneficentes.

São Luís  
2013

**LUIZ CARLOS TEIXEIRA DE MACÊDO JUNIOR**

**AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E LEI 12.711/12:**  
uma interpretação do conceito de “escola pública” à luz dos princípios do Direito Administrativo e sua abrangência em relação à entidades educacionais filantrópicas e beneficentes.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Valéria Montenegro.

São Luís

2013

**LUIZ CARLOS TEIXEIRA DE MACÊDO JUNIOR**

**AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E LEI 12.711/12:**

uma interpretação do conceito de “escola pública” à luz dos princípios do Direito Administrativo e sua abrangência em relação à entidades educacionais filantrópicas e beneficentes.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof<sup>a</sup>. Valeria Maria Pinheiro Montenegro** (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

---

1º Examinador

Universidade Federal do Maranhão

---

2º Examinador

Universidade Federal do Maranhão

A meus pais, pelo amor e apoio incondicionais.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar a Deus, a quem recorri nas horas difíceis e que iluminou o caminho percorrido nesta jornada.

A meus queridos pais, Luiz Carlos Teixeira e Joseny Moura, primeiros e maiores apoiadores de todas as minhas conquistas.

A meu irmão Cássio, pelo apoio e compreensão.

A meus padrinhos Carlos Alberto Mendes e Deusirene Macedo Mendes, que sempre me encorajaram e por quem tenho grande apreço.

Aos amigos de longa data, pela cumplicidade e sincera amizade, em especial a Joás Ramos, Jáder Ribeiro, Fernando Sobrinho, Bárbara Mendonça, Denise Leidy da Costa Sampaio, Talyssa Nayara, Rayssa Fernanda Costa, Wesley Souza Leite, Magda Lyce Rodrigues, Victor Hugo Reis, Danielle Costa, Mayara Amaral Fernanda Queiroz, Suellen de Paula e Shirley Abreu.

A todos os colegas de curso, pelo companheirismo e amizade que permearam a trajetória até este momento.

A todos os colegas e amigos da Defensoria Pública da União, a quem devo grande aprendizado e evolução profissional. Em especial, aos defensores públicos federais Yuri Michael Pereira e Gioliano Antunes Damasceno, pelos ensinamentos passados rotineiramente, aos colegas e amigos Ariane Macêdo, Pedro Vinicius, Sueline Costa, Ana Amélia Fonseca, Tedson Rocha Junior, Amanda de Pierrelevée, Milena Furtado, Jéssica Silva, João Vitor Miranda, Thalita Gomes, Thaynara Gomes Mauro Henrique e Lana Melo.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Rui Barbosa

## RESUMO

O presente estudo é resultado de análise da interpretação jurisprudencial do termo “escola pública” inserto na lei 12.711/12 realizado à luz dos princípios constitucionais administrativos, tendente a abranger as entidades beneficentes e filantrópicas prestadoras de serviços educacionais sem fins lucrativos de modo que os estudantes egressos dessas instituições possam concorrer às vagas oferecidas pelas Instituições de Ensino Superior públicas reservadas a estudantes oriundos de escolas públicas, como exemplo de ação afirmativa educacional veiculada por lei. Para tanto, procedeu-se à investigação do conteúdo jurídico do direito à educação, bem como ao estudo da política pública ações afirmativas, mormente voltada ao ensino, firmando sustentáculos para o amadurecimento da investigação proposta. Esta se pautou no exame das construções jurisprudenciais nacionais recentemente realizadas acerca do tema, tendo como principal fundamento o respeito aos princípios administrativos da finalidade e da razoabilidade, dando conformação ao objetivo política pública prevista na Lei 12.711/12.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Direito à Educação. Ensino Superior. Lei 12711/12. Entidades filantrópicas e beneficentes.

## **ABSTRACT**

This study is the result of analysis of judicial interpretation of the term insert in law 12.711/12 conducted in the light of constitutional principles administrative " public school " , aiming to cover the charitable and philanthropic entities providing educational services nonprofit so that students graduates of these institutions to compete for vacancies offered by public institutions of higher education reserved for students from public schools , as an example of educational affirmative action conveyed by law . For that, we proceeded to investigate the legal content of the right to education and to the study of public policy affirmative action , especially geared to teaching , firming underpinnings for the maturing of the research proposed . This was based on the examination of national jurisprudential constructions carried out recently on the subject , the main basis compliance with the administrative principles of purpose and reasonableness , giving shaping the public policy objective set out in Law 12.711/12 .

Keywords: Affirmative action. Right to Education. Higher Education. Law 12711/12. Philanthropic and charitable institutions.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO</b> .....	12
<b>2.1</b>	<b>Da ideia de educação</b> .....	12
<b>2.2</b>	<b>Educação como direito fundamental</b> .....	13
2.2.1	Considerações sobre os direitos fundamentais.....	14
2.2.2	Dos direitos fundamentais de segunda geração.....	16
2.2.3	Da aplicabilidade imediata dos Direitos fundamentais.....	16
<b>2.3</b>	<b>Educação e acesso ao ensino superior na Constituição Federal de 1988</b> .....	17
2.3.1	Disposições Constitucionais.....	17
<b>3</b>	<b>AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR</b> .....	20
<b>3.1</b>	<b>Introdução</b> .....	20
<b>3.2</b>	<b>Ações afirmativas: origem e delimitação conceitual</b> .....	20
<b>3.3</b>	<b>Ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material</b> .....	23
<b>3.4</b>	<b>Argumentos justificadores das ações afirmativas e suas críticas</b> ..	26
<b>3.5</b>	<b>Ações afirmativas e ensino superior público no Brasil: panorama jurídico até a Lei 12.711/12</b> .....	31
<b>4</b>	<b>EQUIPARAÇÃO DE ESCOLAS BENEFICENTES E FILANTRÓPICAS À CONDIÇÃO DE ESCOLA PÚBLICA: construção jurisprudencial à luz dos princípios da finalidade e da razoabilidade</b> .....	36
<b>4.1</b>	<b>Ações afirmativas e acesso ao ensino superior conforme a Lei 12.711/12</b> .....	36
<b>4.2</b>	<b>Equiparação de entidades beneficentes e filantrópicas à escola pública: construção jurisprudencial à luz dos princípios da razoabilidade e da finalidade</b> .....	39

4.2.1	Apresentação da legislação pertinente.....	39
4.2.2	Equiparação das entidades beneficentes e filantrópicas às escolas públicas segundo a jurisprudência.....	40
4.2.3	Interpretação à luz dos princípios administrativos da finalidade e da razoabilidade.....	48
4.3	<b>Estudo de caso:</b> Escola de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco.....	50
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	53
	REFERÊNCIAS.....	54
	ANEXO.....	57

## 1 INTRODUÇÃO

Fato é que a realidade brasileira confronta histórica problemática no acesso à educação superior quando se trata de estudantes egressos do ensino fundamental realizado em escolas públicas. Estes encontram forte obstáculo na prestação de processos seletivos a universidades públicas devido à preparação precária desenvolvida nas escolas pública em confronto com candidatos que tiveram acesso a ensino particular.

O direito social fundamental à educação viabilizado pelo Estado brasileiro por meio do acesso ao ensino superior encontra nas ações afirmativas um instrumento de combate às desigualdades históricas e sociais que refletem nos certames para acesso à universidade pública. Para tanto, prevê a lei 12.711/2012 a reserva de parte das vagas da graduação em Instituições de Ensino Superior públicas para estudantes egressos de “escolas públicas” como forma de ação afirmativa. Tal conceito pode ser interpretado restritivamente para abranger as instituições de ensino vinculadas à União, ao estado e ao município. Entretanto, a jurisprudência pátria já se posiciona no sentido de alargar a interpretação deste termo, englobando instituições beneficentes que, apesar de não serem públicas, não possuem fins lucrativos e prestam serviços educacionais às camadas sociais mais pobres.

Diante deste cenário, dada a autonomia administrativa das universidades públicas emplacada constitucionalmente (art. 207), é fato que algumas delas realizam interpretação literal do termo legal “escola pública” ao negar a matrícula em cursos de graduação a estudantes, os quais egressos de escolas filantrópicas ou beneficentes, aprovados nos certames como o Exame Nacional do Ensino Médio para as vagas reservadas à escolas públicas.

Diante do exposto, cumpre investigar se uma interpretação da norma em harmonia com o ordenamento jurídico nacional, amparada pelos princípios administrativos da finalidade e da razoabilidade, enquadraria tais estudantes na hipótese descrita na norma, a partir da constatação de compatibilidade entre o perfil sócio econômico desses estudantes e o perfil contemplado pela ação afirmativa consolidada legalmente, permitindo que os mesmos adentrem o ensino superior federal por meio das cotas de escola pública. Leva-se em consideração, para tanto,

posicionamentos jurisprudenciais de tribunais que adotam esta interpretação no Brasil.

Desta forma, a investigação se inicia no primeiro capítulo deste trabalho com o estudo do direito à educação, delimitando no que consiste o processo educacional, seu conteúdo jurídico enquanto direito social e fundamental erigido constitucionalmente e sua imediata aplicabilidade. Por fim, também é alvo de estudo o tratamento constitucional dado ao ensino superior.

O segundo capítulo é destinado à exploração das ações afirmativas, destacando-se a sua origem histórica e sua delimitação pela doutrina, sua estreita relação com o princípio da igualdade e sua condição de instrumento de concretização da igualdade material, além de análise dos argumentos justificadores e das críticas de que é alvo, bem como do panorama das ações afirmativas no acesso ao ensino superior público no Brasil até o advento da Lei 12.711/12.

Por fim, no terceiro e último capítulo, a partir do cenário apresentado, o estudo é afunilado para a equiparação de escolas beneficentes e filantrópicas à condição de escola pública numa construção jurisprudencial à luz dos princípios da finalidade e da razoabilidade. Neste é apresentado o panorama jurídico do ingresso no ensino superior público federal segundo a Lei 12.711/12 e a construção jurisprudencial nacional em favor da equiparação, além de estudo de caso envolvendo a Escola de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco.

## 2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

### 2.1 Da ideia de educação

Antes de qualquer consideração acerca do direito fundamental à educação, imprescindível é tecer considerações acerca do processo educacional de forma a compreender a importância deste processo para o ser humano em seu complexo de relações sociais.

No processo de continuidade e evolução social, a transmissão de conhecimento, valores e crenças é fundamental para a preservação da identidade de qualquer sociedade. Os indivíduos que chegam ao mundo recebem a cada dia doses de uma carga de informações que lhe permite um ajustamento social, necessário não só à sua convivência harmônica entre seus iguais, mas também à reprodução de determinado modo de vida já existente, o qual não está imune às mutações geradas pela dinâmica social. Afinal, “nascemos fracos, precisamos de força; nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer, e de que precisamos adultos é-nos dado pela educação”.

A educação é o elemento que permite a esse novo indivíduo tornar-se parte integrante de um cenário social, bem como possuir condições de ser um agente atuante no processo de mutação social. Sua prática é processo comum às sociedades ao longo do curso da história, conforme reporta Brandão (2007, p. 36-37):

Todas as grandes sociedades ocidentais que, como Atenas e Roma, emergiram de seus bandos errantes, de suas primeiras tribos de clãs de pastores ou camponeses, aprenderam a lidar com a educação do mesmo modo como qualquer outro grupo humano, em qualquer outro tempo. Tal como entre os índios das Seis Nações, os primeiros assuntos e problemas da educação grega foram os dos ofícios simples dos tempos de paz e de guerra. O que se ensina e aprende entre os primeiros pastores, mesmo quando eles começaram rústicamente a enobrecer, envolve o saber da agricultura e do pastoreio, do artesanato de subsistência cotidiana e da arte. Tudo isso misturado, sem muitos mistérios, com os princípios de honra, de solidariedade e, mais do que tudo, de fidelidade à polis, a cidade grega onde começa e acaba o que é Educação a vida do cidadão livre e educado.

A transmissão desse conjunto de valores entre as gerações se revela verdadeira pilastra para o autodesenvolvimento do ser humano no seio da

sociedade. Este se dá por meio da capacidade criativa e transformadora do homem, que, ao se deparar com a realidade que o cerca, utiliza o conhecimento adquirido como ponto de partida para a reinvenção desta realidade, em busca de uma realidade idealizada. Nas palavras do autor supracitado:

A educação é, como outras, uma fração do modo de vida dos grupos sociais que a criam e recriam, entre tantas outras invenções de sua cultura, em sua sociedade. Formas de educação que produzem e praticam, para que elas reproduzam, entre todos os que ensinam-e-aprendem, o saber que atravessa as palavras da tribo, os códigos sociais de conduta, as regras do trabalho, os segredos da arte ou da religião, do artesanato ou da tecnologia que qualquer povo precisa para reinventar, todos os dias, a vida do grupo e a de cada um de seus sujeitos, através de trocas sem fim com a natureza e entre os homens, trocas que existem dentro do mundo social onde a própria educação habita, e desde onde ajuda a explicar - às vezes a ocultar, às vezes a inculcar - de geração em geração, a necessidade da existência de sua ordem. (BRANDÃO, 2007, p. 10-11).

Nessa esteira, a educação consiste em instrumento de capacitação do ser humano ao ajustamento e à convivência no meio social, mas também constitui plataforma do desenvolvimento humano por meio do cultivo ao pensar, da incitação à busca pelo conhecimento. Tal busca tem como força motriz a insaciável curiosidade humana, motivadas à compreensão do mundo e do próprio homem, enquanto ser histórico.

## **2.2 Educação como direito fundamental**

### **2.2.1 Considerações sobre os direitos fundamentais**

O tratamento do tema das ações afirmativas no contexto educacional exige o devido posicionamento do direito à educação e a exploração do mesmo no contexto da teoria dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais englobam vasta doutrina, e em decorrência da amplitude de significância do tema, pode apresentar várias definições. A respeito do tema, assevera Alexandre de Moraes (2000, p.30) que os direitos fundamentais se referem:

Um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, cujo principal objetivo é o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade.

Antonio Enrique Pérez Luño (1979, p.48) tece as seguintes considerações sobre os direitos humanos:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Já José Afonso da Silva (2008, p. 163-164) afirma seguinte entendimento

[...] no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o (ordenamento jurídico) concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive

Os direitos fundamentais, entretanto, estão diretamente atrelados ao contexto histórico, social e político que compõem o cenário de do qual emergem. Desta forma, não há como concebê-los sem considerar tais fatores, o que reforça o rechaço à sua delimitação de forma absoluta. Pode-se dizer que os direitos humanos não são produtos de uma predeterminação, mas um processo construtivo, uma invenção humana que se reconstrói constantemente (ARENDR, 1979, p. 134). Neste sentido, leciona Bobbio (1992, p. 5):

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Desse modo, depreende-se que a consolidação de direitos fundamentais concretiza-se através de conquistas sociais deflagradas em momentos de inconformidade social ante a exigência de tutela jurídica para amparar o cidadão que se vê em um contexto histórico em que sua dignidade não recebe a devida atenção do Estado.

### 2.2.2 Dos direitos fundamentais de segunda geração

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, consolida o direito à educação como direito social. Trata-se de direito fundamental de segunda dimensão, o qual integra conjunto de direitos que consistem em:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto 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 (SILVA, 2008, p. 289-290).

Os direitos sociais de segunda dimensão compõem direitos adquiridos para a implementação de soluções às necessidades de cunho social experimentadas pela sociedade após as revoluções burguesas do final do século XVIII (em suma, Revoluções Francesa e Americana), as quais deflagram a ruptura com o Absolutismo e, ao limitarem os poderes do Estado, efetivaram proteção aos direitos de liberdade, propriedade e igualdade, enquadrados como direitos de primeira dimensão ou liberdades negativas, já que salvaguardam o indivíduo frente ao Estado, enaltecendo a esfera pessoal do cidadão, blindando-a diante de qualquer ação abusiva por parte daquele.

Os direitos de segunda dimensão passaram a consubstanciar nova forma de interação entre o Estado e o cidadão, de forma que ao Estado não poderia caber somente o papel de se abster quanto às liberdades atinentes aos direitos de primeira dimensão, mas também de figurar como agente promotor de medidas que permitam ao cidadão uma existência digna. Assim, a consolidação de direitos perante o Estado passou a ser pautada numa busca pela justiça social, de forma a ampliar a implementação, principalmente, do direito à igualdade, manifestada por meio de ações na saúde, nas condições de trabalho, na liberdade sindical e também no que se refere à educação. Nesse sentido,

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, a relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna (BOBBIO, 1992, p. 4).

A necessidade de conferir a merecida tutela aos direitos fundamentais tem como consequência sua devida alocação constitucional. Essa positivação no corpo da Lei Maior, notavelmente, impede que o legislador ordinário e o Poder Constituinte Derivado de abolir disposições constitucionais que tratem desta matéria. Isso incorre em dizer que mesmo a regulação da concretização desses direitos deve



obedecer tal mandamento. Os direitos fundamentais positivados, nessa linha de pensamento, são cláusulas pétreas constitucionais. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, §4º, IV é expressa neste sentido.

### 2.2.3 Da aplicabilidade imediata dos Direitos fundamentais

A partir de uma interpretação harmônica e sistemática da Carta Magna de 1988, pautada na leitura dos direitos sociais como direitos fundamentais, depreende-se que o direito à educação está postado num patamar legal dotado de imediata aplicabilidade. O art. 5º, §1º do texto constitucional dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata”. Ocorre que parte da doutrina ressalta que esta aplicação imediata estaria condicionada à própria existência de legislação que regulamente a implementação e a efetivação dos direitos fundamentais:

Mas o dispositivo encontra-se sujeito à certa crítica e até a uma interpretação restritiva por parte da doutrina. Isso ocorre especialmente sobre o significado de ‘normas definidoras’, pois é condição necessária para a referida e desejada ‘aplicação imediata. Realmente, a redação impõe a aplicação imediata apenas para as normas definidoras de direitos. (TAVARES, 2010, p. 524).

Entretanto, posicionamentos em sentido diverso enaltecem a fundamentalidade dos direitos em comento, em especial do direito à educação, e, conseqüentemente, sua aplicação imediata, em que pese a insuficiência de regulamentação:

Por se tratar de um direito social dotado de fundamentalidade, a educação se revela ínsita ao desenvolvimento do homem enquanto ser social e culmina com sua dignificação, razão que impõem analisar o direito à educação não como uma norma meramente programática, sem eficácia imediata, mas, ao contrário, por se tratar de direito social, é exigível de imediato. (GÖTTEMS, 2011, p. 49).

Em consonância com tal posicionamento, Marilene Carneiro Matos (2012, p. 68), em obra específica sobre o tema:

A Constituição brasileira dispõe, no § 1º do art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, via de regra, as garantias que configuram direitos fundamentais não dependem de atuação legislativa, visto que a própria Carta Política lhes assegura a imediata aplicabilidade. Isso porque, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento próprio da República Federativa

do Brasil. Tal valor é vetor de aplicação de toda a Carta Constitucional, motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada à mercê da vontade legislante no que se refere à sua aplicação.

De fato, a mora legislativa na edição de leis reguladoras das disposições constitucionais não pode representar, por si só, óbice ao exercício de tais direitos pelo cidadão e à prestação da implementação e tutela dos mesmos por parte do Estado. Legitimar tal situação é limitar cabalmente a força normativa constitucional no que tange diz respeito aos direitos fundamentais.

Nestes termos é que se abre caminho para que o cidadão possa exigir do Poder Judiciário a efetiva tutela de seus direitos, sem que isso incorra em desequilíbrio do princípio da Separação dos Poderes, já que nesse caso, estaria o Poder Judiciário concretizando o princípio de freios e contrapesos que viabiliza a efetividade dos direitos fundamentais.

## **2.3 Educação e acesso ao ensino superior na Constituição federal de 1988**

### **2.3.1 Disposições Constitucionais**

A Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã” confere à educação um conjunto de disposições que preveem sua prestação pelo Estado e pela família. Dispõe que:

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).

Impõe também princípios a partir dos quais o sistema de ensino deve ser pautado na efetivação desta prestação educacional. Dentre os quais cabe destacar a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a gestão democrática do ensino público, na forma da lei e a garantia de padrão de qualidade, como dispõe o art. 206 do texto constitucional.

A prestação de serviços públicos educacionais pelo Estado se dá, assim, desde a sua modalidade básica até o ensino superior, sendo a prestação gratuita destinada somente ao ensino básico, que compreende a educação infantil, ensino

fundamental o ensino médio, sendo de forma progressiva sua universalização (art. 208, I e II). Já no que se refere ao grau superior de ensino, pesquisa e criação artística, prevê a Carta Magna o acesso segunda a capacidade de cada um. (art. 208, V). Essa prestação se dá na esfera Federal, Estadual e municipal, conforme art. 211, § 1º da Lei Maior de 1988.

Desta forma, o acesso ao ensino superior nas universidades públicas federais e estaduais brasileiras, até alguns anos atrás se dava através de processo seletivo (vestibular), sendo recentemente sido adotada, pela maior parte das Universidades, a nota no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM como parâmetro de seleção às vagas nos cursos de ensino superior oferecidas pelas Universidades aos alunos egressos do Ensino Médio.

Ocorre que a realidade educacional pública brasileira revela uma parca qualidade e uma insuficiência na prestação da educação básica em relação ao número de crianças e jovens em idade escolar. O que compõem uma disparidade em relação à qualidade promovida na educação privada e reflete uma dificuldade de acesso ao ensino superior público. Essa exclusão, no Brasil, se confunde com a situação de pobreza, de falta de oportunidades de ascensão social que, num estado que se pretende democrático de direito, se torna possível por meio da educação. Ocorre que as camadas mais pobres da população nacional só têm acesso, na maioria das vezes, à educação fundamental e ao ensino médio através das escolas públicas.

A diferença na qualidade de ensino é patente, conforme os Índices de Desenvolvimento da Educação Brasileira apontam:

Tabela 1 - Índice de Desenvolvimento da Educação brasileira (Ensino Médio)

	IDEB Observado				Metas			
	2005	2007	2009	2011	2007	2009	2011	2013
Total	3.4	3.5	3.6	3.7	3.4	3.5	3.7	3.9
Dependência Administrativa								
Pública	3.1	3.2	3.4	3.4	3.1	3.2	3.4	3.6
Estadual	3.0	3.2	3.4	3.4	3.1	3.2	3.3	3.6
Privada	5.6	5.6	5.6	5.7	5.6	5.8	6.0	7.0

Fonte: INEP (2005-2011)

A disparidade entre os serviços educacionais prestados pelo poder público e pelo Ensino privado é notável. Esta diferença se reflete consideravelmente nos processos seletivos de acesso ao ensino superior em universidades públicas, nos quais os alunos advindos da rede privada de ensino possuem preparação superior para tanto.

Neste contexto, com o advento da lei 12.711/2012, o Poder Público, por meio de ações afirmativas, busca dar azo a uma igualdade substancial na disputa por vagas no ensino público superior. As instituições federais de educação superior e as de ensino técnico de nível médio deverão, em cada processo seletivo, reservar no mínimo 50% (cinquenta por cento) do total das vagas oferecidas para os estudantes egressos de escolas públicas. E desse percentual, metade será reservada a estudantes cuja renda familiar seja igual ou inferior a um salário mínimo e meio por pessoa (ou per capita), conforme art. 1º, caput e respectivo parágrafo único do diploma legal em comento.

A outra metade será destinada àqueles que a renda familiar per capita seja superior a um salário mínimo e meio. E, nos dois casos, essas vagas serão preenchidas por pretos, pardos e indígenas, em proporções da população na unidade da Federação do local em que as vagas são oferecidas, de acordo com os resultados do último Censo Demográfico divulgado pelo IBGE (art. 3º da Lei) A porcentagem restante será destinada aos candidatos não integrantes destes grupos étnico-raciais.

Ainda, para o ingresso no ensino superior, o preenchimento do requisito da proveniência escolar pública será para aqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em instituições públicas de ensino. A lei também prevê que para o ingresso nas escolas técnicas de nível médio, o candidato deverá ter cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas (art. 4º).

Conforme será abordado com maior profundidade nos capítulos seguintes, as ações afirmativas na esfera educacional visam consubstanciar uma igualdade material como tentativa de reequilibrar a torta balança social, em atendimento aos clamores de justiça social e igualdade material no acesso à educação pública de ensino superior.

## **3 AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR**

### **3.1 Introdução**

Como política pública criada na busca da correção de profundas desigualdades sociais refletidas no âmbito educacional, as ações afirmativas no ensino público superior buscam inserir ou ampliar a representatividade de grupos historicamente excluídos de um cenário de educação mais elevado. A instrumentalização se dá por meio de cotas, de reserva de vagas a indivíduos que se enquadrem nesses grupos sub-representados em ambientes acadêmicos.

Neste sentido, a investigação das ações afirmativas como política pública educacional instrumentalizada no ensino superior público brasileiro exige o devido debruçamento sobre o instituto “ações afirmativas”, a partir de uma delimitação de sua definição, dos elementos relativos a sua gênese, contemplando o pioneirismo da utilização de discriminações positivas na seara educacional superior; dos argumentos favoráveis à sua legitimação; dos argumentos contrários a esta; dos exemplos de sua implementação, seus resultados e impactos na realidade da educação superior, mormente no cenário educacional brasileiro.

A apresentação deste cenário em que as ações afirmativas aplicadas ao ensino superior público, especialmente em atenção à análise da implementação desta política pública no Brasil é caminho a ser trilhado antes de tecer considerações acerca do diploma legal nº 12.711/2012, especialmente no que tange à interpretação realizada pela jurisprudência pátria em consonância com os princípios constitucionais e de Direito Administrativo diante dos novos parâmetros legais acerca da reserva de vagas do ensino superior federal a alunos egressos de escolas públicas, ou de instituição que equivalha a escola pública, conforme será tratado adiante.

### **3.2 Ações afirmativas: origem e delimitação conceitual**

O caminho a ser percorrido no estudo das ações afirmativas se inicia natural e necessariamente pelo pioneirismo destas políticas públicas, como aponta quase em uníssono a doutrina, nos Estados Unidos, mais precisamente a partir da

segunda metade do século XX, com atuação tanto do poder Executivo, como dos poderes Legislativo e Judiciário.

Tendo como panorama a realidade da sociedade norte americana neste período, profundamente marcada pelo preconceito contra negros, persistindo a segregação racial como vestígio de um cenário social escravista de outrora, as ações afirmativas surgem como atuações do Estado norte-americano em resposta à demanda por igualdade. Tal demanda era capitaneada pelos movimentos antissegregacionistas, a exemplo do Movimento pelos Direitos Civis (*American Civil Rights Movement*), liderado pelo famoso pastor pacifista Martin Luther King (1929-1968).

Estando a segregação arraigada em diversos segmentos da vida social na época, como no estabelecimento de assentos separados para brancos e negros no transporte público, sendo dada aos brancos preferência no uso dos assentos; na separação de banheiros, bebedouros, escolas, postos de trabalho, etc. entre brancos e negros, as ações afirmativas são cunhadas (*affirmative action*) com a *Executive Order* nº 10.925 (1961), promulgada pelo presidente John F. Kennedy, repercutindo inclusive na busca pela igualdade na educação. Nas palavras de Bárbara Natália Lages lobo acerca do ato,

Esta ordem fora motivada pela recusa na admissão de dois estudantes negros, devidamente qualificados, na Universidade do Alabama. Os estudantes apelaram à corte federal e foram admitidos, adentrando a Universidade sob escolta da guarda federal. Edita então o presidente americano a *Executive Order* nº 10.925 (1961), contendo na seção 301 a expressão “ação afirmativa”, visando à redução das desigualdades raciais, tanto no mercado de trabalho, quanto na educação, *in verbis*:

O empregador não discriminará a nenhum empregado ou pretendente ao emprego por motivo de raça, do credo, da cor, ou da origem nacional. O empregador se utilizará de *ação afirmativa* para garantir que os pretendentes sejam empregados, e que os empregados sejam tratados durante o emprego, sem que se julgue a sua raça, credo, cor ou origem nacional [...]. (UNIVERSITY OF MICHIGAN LIBRARY, 2008, tradução nossa, grifo nosso)<sup>1</sup>

A referida política encontrou continuidade com o Presidente norte-americano Lyndon B. Johnson, com a promulgação da *Executive Order* nº 11.246, em 1965, reforçando o repúdio à discriminação e fomentando a igualdade de oportunidades de emprego.

A supracitada autora ainda leciona acerca da política norte-americana:

As ações afirmativas ganham força com a aprovação do Civil Right Act (1964), que vem regulamentar a igualdade prevista na 14ª emenda. O título II do referido ato condena qualquer tipo de segregação, bem como a separação e impossibilidade de acesso a locais públicos em razão da raça, cor, religião ou origem. Também é previsto no Ato a igualdade de oportunidades na educação (Título VI) e no trabalho (Título VII), proibindo-se também a segregação quanto às razões acima.

Grande parte das normas do Estatuto dos Direitos Civis norte-americano gira em torno das chamadas *spending clauses*, que permitem ao Governo a exigência de implementação de programas de erradicação da desigualdade racial quando da distribuição de recursos do orçamento público em contratações e aquisições.

O conjunto normativo formado pelo Estatuto dos Direitos Civis, juntamente com a 13ª, 14ª e 15ª Emendas, se mostrou uma poderosa arma de combate à discriminação racial, com previsões de punição contra atos discriminatórios.<sup>2</sup>

Diversas vozes autorizadas da doutrina brasileira já se manifestaram em favor da delimitação conceitual das ações afirmativas. Entre elas, cabe mencionar a do eminente Joaquim Barbosa Gomes (2003), cujo profundo conhecimento acerca do assunto resta evidente:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas- isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido- o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Segundo Cruz (2005),

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc.”

Igualmente relevantes são as palavras da ilustríssima Rocha (1996):

[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Constituem as ações afirmativas, conforme demonstrado, importantes políticas públicas destinadas a atenuar, a reduzir desigualdades sociais historicamente sedimentadas, cujos reflexos restam propagados em segmentos sociais integrados pelos grupos alvos de discriminações, mormente quanto ao acesso a educação superior de qualidade.

Nesses termos, a redução das citadas desigualdades objetiva a concretização da igualdade material, ao superar a mera igualdade formal, numa tentativa de reequilibrar um contexto social há muito marcado pelo desequilíbrio de oportunidades.

A educação, conforme já explicitado em capítulo anterior, e especificamente, através do acesso ao ensino superior é o caminho para a mudança gradativa desta realidade, já que permite a inserção e a potencialização de oportunidades de crescimento profissional dos indivíduos integrantes dos grupos almejados pelas ações afirmativas, no sentido de dar maior representatividade a tais grupos no contexto do acesso e da descoberta do conhecimento.

### **3.3 Ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**

Presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art. 1º, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também em seu art. 1º, direito fundamental estampado no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e direito basilar, fundamental (classificado como de primeira geração ou dimensão), o direito a igualdade é fonte primeira de justificação da implementação da política pública de ações afirmativas.



Numa concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito, a construção e concretização do direito à igualdade ultrapassa a mera atuação estatal no sentido de impedir que sejam cometidos atos discriminatórios no âmbito social. A própria Carta Magna de 1988 elenca, entre os objetivos, em seu art. 3<sup>a</sup>, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Depreende-se que a ordem constitucional demanda comportamento atuante do Estado, como promotor de políticas públicas aptas a dar concretude ao texto da Lei Maior. E as ações afirmativas no ensino superior nada mais são do que exemplos de consolidação da igualdade material.

Inicialmente, o direito a igualdade consistia em garantir uma equalização dos cidadãos perante a lei, em sua faceta formal. Em boa captura desta ideia, elucida Gomes (2003):

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no *rang*, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.

A igualdade jurídica, incrustada no Estado liberal burguês constitui, portanto, uma blindagem ao cidadão, vez que, legalmente, qualquer discriminação sofrida consolidaria afronta à direito constitucionalmente erigido. Entretanto, esta blindagem incrustada à isonomia estabelecida não implica necessariamente em igualdade efetiva, em uma paridade de meios para cada cidadão se desenvolver no meio social. A eliminação de privilégios perante a lei não foi acompanhada por uma equalização social em igual proporção, o que implicou na permanência da disparidade no acesso a oportunidades, no acesso aos meios de desenvolvimento social do indivíduo.

Enquanto política pública voltada à concretização da igualdade material, as ações afirmativas no ensino público superior se propõem a consolidar a justiça social sob uma ótica pragmática. Nesses termos, ultrapassa-se a noção de igualdade formal, de isonomia, para aprofundamento do aspecto material do direito fundamental sob exame, atribuindo-se

[...] uma noção ‘dinâmica’, ‘militante’ de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.<sup>8</sup>

Impende ressaltar que, apesar da correlação inevitável entre a igualdade material e as políticas públicas de ações afirmativas que aqui se desenvolve, o direito à igualdade se constitui pela conjugação dessas duas facetas. Nesse sentido, pontual é a lição do professor Rothenburg (2013):

Como normas que são, quer a igualdade formal, quer a igualdade material, têm um aspecto abstrato, mas que não deve ser desprezado. Afinal, toda norma jurídica principia pelo texto da ‘lei’. Uma norma muito genérica (a mera consagração textual do enunciado da igualdade, no caso) já representa uma conquista, um primeiro e imprescindível momento rumo à implementação efetiva do Direito

É neste sentido que o autor desenvolve uma crítica à interpretação do direito à igualdade a partir de sua divisão entre o ângulo formal e informal, defendendo a unidade deste direito fundamental em sede de norma jurídica:

Tomadas, a igualdade formal e a igualdade material, como categorias eminentemente *jurídicas*, nenhuma delas confunde-se com a igualdade de fato. E, se tomada a igualdade material como a dimensão concreta, da realidade (no plano da efetividade), então ela não corresponde a qualquer conceito jurídico-normativo de igualdade”

Ressalta ainda o autor, que o direito à igualdade, garantido em sede legal e constitucional, se contrapõe sim à igualdade de fato, mormente guardada a devida separação entre o “ser” decorrente da conjuntura fática social e o “dever ser” que emana do conteúdo da norma jurídica, a qual almeja a concretização da justiça social.

Obviamente, a distância entre o dever ser e o ser não pode, contudo, se mostrar inconcebível ou impossível, vez que se estaria esvaziando de utilidade o comando normativo tendente à concretização do direito fundamental, o que se aplica

igualmente ao direito á igualdade. A não verificação factual da concretização da igualdade corresponde inefetividade da norma jurídica.

Outra consideração também realizada pelo citado autor acerca da dicotomia entre igualdade formal e material se refere à correlação entre esta dicotomia e o grau de generalidade da norma jurídica que venha a tutelar o direito ora em exame. Inevitavelmente, a igualdade como direito estampada no caput do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 apresenta grau de generalidade deveras elevado em comparação à legislação que prevê a reserva de vagas no ensino superior público federal a estudantes que integram grupos sociais historicamente desprovidos de uma educação de qualidade.

Percebe-se então que os planos formal e material da igualdade enquanto direito fundamental ao Estado Democrático de Direito se complementam, tomando forma una. Nesses termos, preconiza o autor:

Ainda que toda norma jurídica seja portadora de alguma generalidade, é certo, porém, que um maior nível de especificação pode representar um aperfeiçoamento normativo rumo ao alcance de uma igualdade real (efetiva). Essa especificação pode manifestar-se sob a forma de discriminação positiva (ação afirmativa), ao oferecer um tratamento jurídico diferenciado (mais vantajoso) a quem se encontre em situação peculiar (de desvantagem). Contudo, a maior especificação pode estar presente na perspectiva tradicional da igualdade, de viés negativo, expressa por meio da proibição à discriminação indevida (a discriminação ou simplesmente discriminação, o sentido usual do termo, que encerra um sentimento ruim) [...] Em resumo, se igualdade material significar norma mais específica, ela pode apresentar-se seja em normas que proíbem a discriminação odiosa (discriminação negativa), seja em normas que estabelecem discriminação favorável (discriminação positiva).

### **3.4 Argumentos justificadores das ações afirmativas e suas críticas**

Cumpra aqui dar destaque aos argumentos que fundamentam a utilização das ações afirmativas, especialmente na educação, como política pública justa e instrumento de realização da igualdade de fato, ou mesmo de atenuação da desigualdade.

Ademais, relevante também abordar as críticas a que as ações afirmativas estão sujeitas, já que a apresentação de contrapontos permite que se faça uma abordagem mais completa do tema.

Para tanto, a doutrina especializada elenca, entre os vários argumentos justificadores das ações afirmativas, dois principais: o argumento compensatório e o

argumento distributivo. Constituem estes as primordiais bases de sustentação desta política pública.

O primeiro argumento, o compensatório, consiste na justificação das ações afirmativas como formas de compensação das mazelas suportadas pelas minorias no passado. Mazelas tais que ressoam no passar do tempo com continuidade da estagnação social das gerações que se sucedem.

Quanto ao tema, assevera Lobo (2013, p. 86):

Segundo o argumento compensatório, as ações afirmativas são vistas como meios para compensar as minorias dos prejuízos sofridos por discriminações no passado, baseando-se também no fato de que as discriminações são herdadas de geração em geração, bem como no fato da discriminação pretérita fazer-se sentir ainda hoje, com a imobilidade social dos grupos historicamente discriminados, que não se veem representados nos diversos setores da sociedade. Assim, as ações afirmativas seriam espécie de indenização aos grupos/indivíduos discriminados pelos prejuízos decorrentes da discriminação pretérita.

A chaga da discriminação carregada ainda pelas minorias, mormente na realidade brasileira, em que o preconceito contra as minorias nunca foi extirpado, dá força ao argumento compensatório. Nesses termos, o mesmo corpo social que direta ou indiretamente praticou ou tolerou a prática de discriminação negativa ao longo da História, se vê em dívida com os grupos discriminados, mais especificamente com os indivíduos que no atual momento os representam. Em referência à doutrina de Joaquim Barbosa Gomes (2003, p.86) a respeito do tema, no que tange a população negra, a citada autora ainda pontua o seguinte:

Joaquim Barbosa Gomes destaca que um dos piores efeitos da discriminação se faz sentir quando a mesma ocorre na educação, sendo negado aos negros o ensino de qualidade, sendo-lhes negada a igualdade de oportunidades, o que os prejudica quando tentam se colocar no mercado de trabalho. Aos defensores das ações afirmativas de cunho compensatório a solução para tal problema seria o aumento de chances de colocação profissional dessas pessoas, o que é amplamente utilizado como justificativa de vários programas de ações afirmativas em vários países, dentre eles os Estados Unidos.

Há quem critique este argumento ao encontrar fraqueza na concretização de uma indenização aos danos sofridos pelos grupos discriminados. Tal dano se mostraria incomensurável e sua reparação impraticável:

Outra incongruência de tal argumento reside na impossibilidade de se mensurar o dano sofrido pelos negros (mulheres, deficientes, homossexuais, etc.) em anos de discriminação, sendo impossível que se

calcule o valor de indenização, ou medida de compensação devida, contrariando, assim, o Código Civil, que estabelece no artigo 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Assim, as ações afirmativas calcadas em tais fundamentos acarretariam novas injustiças, visto que não indenizariam os reais prejudicados por injustiças pretéritas, tampouco puniriam os reais culpados pelas mesmas. (LOBO, 2013).

Comunga com este entendimento Dworkin (2005, p. 606):

As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós.

Conforme disposto anteriormente, outro argumento justificador da adoção das ações afirmativas é o argumento distributivo. A partir deste argumento, a política pública em comento funcionaria como instrumento de redistribuição dos recursos e bens furtados aos grupos excluídos por meio da discriminação a que foram/estão sujeitos. Consistiria assim numa forma de alcançar o equilíbrio quebrantado a partir das práticas discriminatórias cometidas contra os grupos alvo das ações afirmativas. O argumento distributivo pressupõe que “um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso à determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso se as condições sob as quais vive fossem de efetiva justiça.” (GOMES, 2003, p. 66).

A distribuição de bens e recursos aos grupos discriminados implica também em distribuição de oportunidades, às quais se tornam maiores diante da oferta de educação nos seus mais altos graus a partir do acesso às universidades.

Portanto, dada a distribuição desigual de oportunidades, a exemplo do cenário educacional brasileiro, é de se constatar que as ações afirmativas nesta seara representam importante avanço da distribuição de oportunidades, ao permitir que indivíduos que integram grupos tradicionalmente dotados de escassa representação nos mais altos graus de acesso ao conhecimento passem a testemunhar uma mudança real nesta realidade.

Sandel (2012, p. 191) discorre a respeito:

Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. [...] uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades

meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas.

Sendo assim, a teoria da Justiça de John Rawls supera a concepção utilitarista de justiça, a qual dispõe que o “ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produza a maior felicidade para os membros da sociedade” (KYMLICKA, 2006, p. 11).

Neste sentido, a posição do citado autor se mostra contrária a esta visão utilitarista, vez que um dos núcleos de sua teoria é o chamado “princípio da diferença”, significando que “as desigualdades sociais e econômicas só podem ser toleradas caso promovam o benefício dos que ocupam as posições menos vantajosas dentro da comunidade” (CLÈVE, 2013, p. 117). Nesses termos, a “maior felicidade para os membros da sociedade” defendida pela corrente utilitarista, não deve se pautar em opressão de grupos minoritários, seja quanto aspecto religioso, étnico, econômico, etc. Isto implica dizer que a felicidade da maioria sobreposta à negação de bens primários e de oportunidades a minorias discriminadas, não configura justiça.

Tal conjuntura teórica defende, portanto, uma “igualdade de posições”, a qual:

[...] exige a implementação de políticas para compensar ou assistir minorias, adotando meios para que todos os membros de uma determinada comunidade possam ao menos ter a mesma situação para o desenvolvimento de suas habilidades, implicando isso análogo “ponto de partida” para todos. (CLÈVE, 2013, p. 118).

Notável que a “loteria natural” a que todos os indivíduos estão sujeitos ante as circunstâncias que compõem o seu acesso a direitos, recursos e oportunidades, levando em consideração o grupo social a que pertencem, ditará a facilidade ou dificuldade no acesso a tais elementos, sua abundância ou escassez. A implementação da justiça pautada numa “igualdade de posições” conclama, conseqüentemente, uma distribuição equânime destes elementos, destruindo ou atenuando qualquer vantagem que um membro da sociedade outrora possuía em relação a outro que seja integrante de grupo minoritário.

Estabelece-se aqui o liame justificante entre o argumento distributivo das ações afirmativas e a teoria da justiça de Rawls, o qual vê nas ações afirmativas mecanismos de promoção da justa distribuição de direitos e recursos, sabidamente

escassos. Conforme ensina Clève (2013, p. 118):

A preocupação de Rawls com a implementação da justiça autoriza, portanto, o manejo de instrumentos adequados visando uma justa distribuição de direitos e recursos, sempre escassos e custosos. Por isso, as ações afirmativas constituem uma forma de correção das desigualdades naturais em sociedades atravessadas por disparidades de diversas ordens. A sociedade igualitária poderia ser alcançada, sustenta o autor, “se cada pessoa contasse com o mesmo conjunto de *bens primários* – entendendo por tais aqueles bens que todo mundo gostaria de ter porque constituem meios indispensáveis para realizar qualquer plano de vida”. Ora, Rawls inclui entre eles as liberdades e direitos, as oportunidades e a renda ou riqueza.

O argumento distributivo, portanto, pautado na defesa pela igualdade entre os cidadãos, fundamenta a instrumentalização das ações afirmativas no sentido de redistribuir direitos e recursos àqueles grupos que tem seu acesso mitigado ou negado em virtude da discriminação negativa. Este nivelamento ou equalização se coadunam nitidamente com a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro, vez que dá corpo aos objetivos fundamentais emplacados na Carta Magna de 1988, nos incisos I, III e IV, quais sejam, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Vale também lembrar a contribuição de outro importante doutrinador a favor do argumento distributivo, fundamento das ações afirmativas. Ronald Dworkin argumenta em favor da referida política pública destacando seu efeito positivo de aumento da representação de grupos sub-representados nos diversos setores da sociedade. Lobo dispõe a respeito que

Insere-se no argumento distributivo a doutrina de Ronald Dworkin que, segundo Joaquim Barbosa Gomes (2001) e Leila Pinheiro Bellintani (2006), lhe dá sentido de eficiência e de justiça, em face dos objetivos que as ações afirmativas visam a alcançar. O argumento de eficiência fundamenta-se no aumento do bem-estar de todos os membros da sociedade. Dworkin enxerga nas ações afirmativas a possibilidade de aumento da diversidade racial nos mais variados setores, bem como alcançarem os negros as posições de liderança na sociedade, havendo maior representação e conseqüente diminuição do ressentimento racial. (DWORKIN, 2005).

Notavelmente, o aumento na representação de minorias historicamente sub-representadas implica avanço na luta pela erradicação do preconceito e da discriminação dessas minorias. A presença de pessoas negras, de baixo poder

aquisitivo, mulheres, deficientes físicos, homossexuais, etc, nos mais variados setores de atuação da sociedade, contribui de forma expressiva para a desconstrução de preconceitos, fortalecendo de forma concreta a igualdade de fato.

Ainda neste sentido, a especial ocupação de postos importantes no cenário político, econômico e social por pessoas provenientes de grupos historicamente sub-representados constitui construção da imagem de modelos a serem seguidos aos indivíduos que integram tais grupos.

Sobre tal tema, preleciona Joaquim Barbosa no sentido de que tais exemplos (*role models*) se mostram importantes parâmetros para os grupos historicamente discriminados, vez que ajudam a derrubar imagens erroneamente construídas de impossibilidade de ascensão social e, assim, aumentam o empenho dos pertencentes esses grupos e a representatividade dos mesmos nos diversos setores societários (GOMES, 2003).

### **3.5 Ações afirmativas e ensino superior público no Brasil: panorama jurídico até a lei 12.711/12**

As ações afirmativas na educação integram o cenário de políticas públicas nacional há pouco tempo. O início da utilização do sistema de cotas pelas universidades públicas se iniciou no ano 2000, quando o poder legislativo estadual do Rio de Janeiro deu advento à lei 3.524/00, a qual previa cota mínima em universidades públicas para estudantes egressos de escolas públicas. Logo em sequência, houve a publicação da Lei 3.708/01, a qual igualmente previa reserva de vagas nas universidades públicas, entretanto, destinadas a negros e pardos, no importe de 40% (quarenta por cento) das vagas oferecidas tanto pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), quanto pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Os diplomas legais nasceram a partir de iniciativa do Poder Executivo, caracterizando “caso clássico de política pública estabelecida coordenadamente” (DOMINGUEZ, 2010, p. 66).

Entretanto o advento destes diplomas legais se deu em prejuízo do exercício da autonomia universitário, posto que impostos por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo. Pode-se dizer que este início do sistema de cotas “foi concebido de cima pra baixo” (PAIVA, 2004, p. 17), vez que “não houve discussão acerca da proporcionalidade pensada, nem debates nos meios acadêmicos que



seriam afetados por tais medidas, o que foi feito somente *a posteriori*” (PAIVA, 2004, p. 17). Quanto à sequência de fatos relacionados a esta legislação e as impugnações a respeito da constitucionalidade da mesma, leciona de forma providencial Guilherme Diniz de Figueiredo Dominguez:

Essas leis foram questionadas no STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2858-8, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, juntamente com a Lei nº 4.061/03, que previa um percentual de cotas em universidades públicas também para deficientes físicos. Essa ADI nunca foi “julgada porque as três leis foram revogadas e aglutinadas em uma só [...]. A nova lei era a nº 4.151/03, que previa percentuais no vestibular das universidades públicas do Estado de 20% para negros e pardos, 20% para egressos de escolas públicas, além de percentuais a serem definidos para ‘pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

Segundo o autor, houve ainda evolução da citada legislação estadual com a edição da Lei 5.346/08, a qual, além de revogar o diploma legal anterior, entre outras providências, estipulou prazo de duração para a ação afirmativa (com sua conseqüente revisão), passando a resguardar também a autonomia universitária ao dispor que os percentuais de vagas reservadas ao sistema de cotas seriam indicados pelas Instituições de Ensino Superior, estando “nos moldes do que se entende como o padrão de ação afirmativa para inclusão universitária” (IDEM, p. 66).

A experiência das ações afirmativas, especialmente na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, aponta resultados satisfatórios, em que pese a análise do desempenho dos alunos beneficiados com as cotas, conforme:

No ano de 2008, a UERJ lançou um sistema de banco de dados, denominado DataUERJ, no qual disponibilizaram-se dados acerca desta universidade, tais como, rendimento dos alunos (cotistas e não-cotistas), notas dos alunos (cotistas e não cotistas), porcentagem de reprovação dos alunos (cotistas e não-cotistas). Tal banco de dados permite que se afirme, hoje, que a diferença entre a média de notas entre os alunos cotistas e não cotistas é mínima, praticamente inexistente, o que permite rebater com dados concretos as críticas de que as ações afirmativas, especificamente, o sistema de cotas acarreta redução do nível educacional da universidade que as adota (LOBO, 2013, p. 163).

Os argumentos apresentados pela autora de fato se mostram claros ante aos dados apresentados pela mesma:

A nota média de todos os alunos da UERJ tanto no primeiro, quanto no segundo semestre de 2007, foi de 7,7; a dos cotistas em razão da cor, no mesmo período, foi de 7,6; a dos cotistas provenientes do ensino público (que tenham cursado todo o ensino médio na rede pública de ensino) se

manteve a mesma da universidade, de maneira geral, ou seja, 7,7, que é a mesma nota média dos não cotistas (LOBO, 2013, p. 163).

Nestes termos, há referência no âmbito do estudo das ações afirmativas no âmbito educacional, especificamente a respeito das cotas nas universidades públicas, como inicialmente experimentadas no estado do Rio de Janeiro, especificamente com a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e com a Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Entretanto, tal experiência, como já citado, não nasceu do exercício de autonomia universitária.

Tal autonomia, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 207, se dá nos âmbitos didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial. No uso destas atribuições, o pioneirismo na adoção de ações afirmativas para acesso ao ensino superior é creditado à Universidade de Brasília (UNB), a qual em 2004 passou a adotar sistema de cotas dotado de critérios raciais e sociais em seus processos seletivos de ingresso.

Assim, conforme Relatório de Autoavaliação Institucional da citada Universidade, em 2012 (Anexo A),

As políticas de ação afirmativa têm como objetivo o enfrentamento de um quadro de desigualdades, reconhecido pelo Estado brasileiro e observado pela UnB. A Universidade de Brasília foi a primeira Instituição Federal a instituir o sistema de cotas, em junho de 2004, após cinco anos de debates. A ação afirmativa fez parte do Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB e foi aprovada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE).

Importa ressaltar que, diferentemente do sistema de cotas implantada nas universidades cariocas supracitadas, a UNB adota critério étnico, reservando um quinto do número de vagas de graduação de seus quadros a candidatos negros:

O sistema de cotas para negros existe porque a universidade brasileira é um espaço de formação de profissionais de maioria branca. Ao manter a supremacia de um segmento étnico na construção do pensamento dos problemas nacionais, a oferta de soluções se torna limitada. No primeiro vestibular, o sistema de cotas raciais foi responsável por 19% dos candidatos. A eles, a cada ano, são destinados 20% do total de vagas de cada curso oferecido. Em 2012, o sistema completou oito anos, com um saldo de 1.452 cotistas formados. Desde 2004, 6.891 candidatos cotistas já se matricularam na Universidade. (RELATÓRIO, 2012, p. 137).

Ademais, a referida instituição também realiza vestibular dedicado exclusivamente aos povos indígenas, tendo oferecido, em 2012, onze vagas nos cursos de Agronomia, Ciências Sociais, Enfermagem e Obstetrícia, Engenharia Florestal, Medicina e Nutrição. Os onze aprovados se juntaram a outros 54

indígenas de mais de dez etnias diferentes que já frequentavam cursos na UnB (RELATÓRIO, 2012, p. 139).

Ainda conforme o documento de autoavaliação da UNB, restou constatado que efeitos positivos das ações afirmativas advindas do exercício da autonomia universitária, sendo “praticamente nula a diferença a diferença entre as notas de negros beneficiados e não beneficiados pelas cotas. No geral, os alunos brancos têm rendimento de 0,3 pontos maior em uma escala de 0 a 10.” Segundo os indicadores apresentados, as famílias dos estudantes negros são em média mais pobres e menos escolarizadas. Cerca de um quarto dos alunos afrodescendentes tem renda familiar inferior a três salários mínimos. Entre os estudantes brancos, o índice é de 8%. Com tais dados em mãos os pesquisadores afirmam que há uma correlação entre raça e classe social.

Com o advento da lei 12.711/12, consolidando ação afirmativa de reserva de cotas a estudantes egressos de escolas públicas, com a devida subdivisão destinada a negros e índios, restou sensível a ampliação do acesso ao ensino público superior pelos grupos beneficiados no âmbito da Instituição de Ensino Superior em comento:

A UnB já apresenta a reserva das vagas para alunos de escolas públicas em cumprimento à Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, pela qual todas as Universidades Federais, até 2016, deverão destinar 50% das vagas para estudantes que cursaram os três anos do ensino médio em escola pública, sendo necessário iniciar o processo imediatamente com, no mínimo, 12,5 % das vagas.

Dessa forma, das 2.092 vagas ofertadas em 96 cursos de graduação no 1º vestibular de 2013, 726 foram destinadas aos alunos cotistas: 305 aos alunos de escolas públicas, representando 14,5% do total (devido ao arredondamento exigido pela legislação) e 421 aos alunos negros, cujo percentual de 20% não foi alterado.

Ao todo, 24.977 pessoas se inscreveram para o 1º vestibular de 2013. Entre elas, 14.858 disputaram pelo sistema universal, 6.774 pelas cotas para escolas públicas e 3.009 pelas cotas para negros. A relação de candidatos por vaga mostra que, em alguns casos, a concorrência é duas vezes menor entre os cotistas. Medicina foi o curso mais disputado entre as opções de graduação oferecidas, pelo método universal, são 121 alunos por vaga. Porém, para quem cursou todo o ensino médio em escola pública, tem renda familiar igual ou inferior a 1,5 salário mínimo, é negro ou pardo, a disputa cai para 61 vestibulandos por vaga. (RELATÓRIO, 2012).

Segundo o Levantamento das Políticas de ação Afirmativa elaborado pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa, que integra o Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ,

[...] é positivo constatar que, ainda que a lei tenha previsto para o ano de 2013 um mínimo de reserva de vagas no valor de 12,5%, de modo geral as universidades ultrapassaram essa meta, o que aumentou o número mínimo previsto de 23.591 vagas para 59.432 vagas reservadas, isto é, 31,5% do total de vagas ofertadas. Esse aumento parece indicar uma adesão entusiasmada das universidades aos dispositivos da lei. (Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA) / 2013 / p. 32).

Conforme atesta o referido levantamento, a partir de 2013, todas as Instituições de Ensino Superior abarcadas pela lei passaram a adotar, em cumprimento da mesma, medidas de inclusão social e racial, vislumbrando-se, assim, grande avanço na concretização do princípio da igualdade consubstanciada na ampliação da representatividade de grupos sub-representados.

#### **4 EQUIPARAÇÃO DE ESCOLAS BENEFICENTES E FILANTRÓPICAS À CONDIÇÃO DE ESCOLA PÚBLICA:** construção jurisprudencial à luz dos princípios da finalidade e da razoabilidade

Uma vez amadurecida a exposição sobre as ações afirmativas no ensino superior público, restando tal política pública delimitada para os fins deste estudo, bem como investigados seus fundamentos jurídicos e seu posicionamento no cenário jurídico pátrio, este estudo encontra sustentação para a análise do diploma legal nº 12.711 de 29 de agosto de 2012.

##### **4.1 Ações afirmativas e acesso ao ensino superior conforme a Lei 12.711/12**

A constitucionalidade das ações afirmativas em relação ao ordenamento jurídico nacional foi recentemente questionada em sede de Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental (ADPF) junto ao Supremo Tribunal Federal (ADPF 186/ DF). Na ocasião, foi questionada acerca da constitucionalidade do sistema de cotas vigente na Universidade de Brasília, sendo que em 26 de abril de 2012, a Corte Suprema julgou, por unanimidade, improcedente o pedido de suspensão do sistema de cotas étnico-racial da referida Universidade.

Nestes termos, o sistema de cotas no acesso ao ensino público reconhecidamente se mostra consentâneo com a ordem constitucional brasileira. Trata-se de política pública harmônica em relação ao princípio da igualdade, além de conformadora do direito à educação, bem como aos objetivos constitucionais fundamentais de redução da desigualdade social e da promoção do bem de todos os indivíduos, rechaçando-se qualquer forma de discriminação negativa.

Em busca de uma consolidação mais efetiva do sistema de cotas tendente ao aumento da representatividade de grupos historicamente discriminados, foi editada a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012. Impende para tanto, tendo em vista a proposta do presente estudo, analisar o recente diploma legal e suas implicações quanto ao ingresso de estudantes pela sistemática nele prevista.

A referida Lei dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Ademais, é resultado do Projeto de Lei nº 73/1999, de autoria da deputada Nice Lobão, em fevereiro de 1999.

Dispõe a citada Lei:

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.

Art. 2º (VETADO).

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, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (BRASIL, 1999).

A dicção do texto legal é clara quanto à imposição da reserva de vagas de graduação disponibilizadas pelas Instituições de Ensino Superior no importe de 50%, sendo que, para tanto, deve ser obedecido o critério relativo à conclusão do ensino Médio pelo aluno aspirante à vaga ter sido realizada em escola pública, de forma integral.

Outro critério, presente no parágrafo único do art. 1º, tem como escopo a abarcar estudantes das camadas sociais mais baixas, vez que determina que o critério relativo à conclusão do Ensino Médio em instituição pública de ensino deve estar conjugado à renda igual ou inferior a um salário-mínimo e meio per capita.

De início, a norma prevista alcança grupo de estudantes que tradicionalmente possui pouca representação nos bancos universitários, quais sejam, os estudantes egressos da rede pública de ensino cujo poder aquisitivo se mostra deveras limitado.

A dificuldade destes alunos no acesso ao ensino superior se deve ao sistema meritocrático usualmente utilizado pelas Universidades Públicas Federais e Estaduais. Tal sistema encontra fundamento no art. 208 do texto constitucional de 1988:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. (BRASIL, 1988).

Entretanto, conforme já abordado neste estudo, a igualdade de fato na seara educacional correlata ao acesso ao ensino superior não se mostra nítida. A rede pública de ensino, em sede de educação básica, salvo raras exceções, ainda está longe de competir em pé de igualdade com o ensino oferecido pela rede privada, devido a uma série de conjunturas que integram o oferecimento de serviço público em nível abaixo do necessário ao efetivo desenvolvimento dos jovens para a posterior competição por uma vaga no ensino superior público.

Os estudantes com parca preparação nos níveis mais basilares do ensino, não encontram sustentação para competir com paridade de armas com estudantes provenientes de instituições de ensino particular nos processos seletivos para ingresso no ensino público. Instituições educacionais privadas apresentam resultados mais expressivos diante de avaliações na qualidade de ensino.

Conforme Índice outrora apresentado neste estudo e que se faz providencial também para o que aqui se apresenta:

Tabela 2 - Índice de Desenvolvimento da Educação brasileira. Ensino Médio

	IDEB Observado				Metas			
	2005	2007	2009	2011	2007	2009	2011	2013
Total	3.4	3.5	3.6	3.7	3.4	3.5	3.7	3.9
Dependência Administrativa								
Pública	3.1	3.2	3.4	3.4	3.1	3.2	3.4	3.6
Estadual	3.0	3.2	3.4	3.4	3.1	3.2	3.3	3.6
Privada	5.6	5.6	5.6	5.7	5.6	5.8	6.0	7.0

Fonte: INEP (2005-2011)

Conforme dados retro, o desenvolvimento da educação pública se encontra em patamar claramente inferior em relação ao ensino privado. Os reflexos desta realidade são palpáveis na análise da sub-representação dos grupos abarcados por esta lei nos quadros das Instituições de Ensino Superior.

Quanto ao art. 3º da lei em comento, notável é a adoção de critério étnico como integrante da distribuição de vagas na implementação das cotas. Nos termos impostos, Parte das vagas abrangidas pela ação afirmativa deverá ser preenchida por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está

instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A integração entre variados critérios na estruturação do sistema de cotas definido em lei consolida a flexibilidade da sistemática adotada, já que alcança todos os grupos tradicionalmente considerados alvos da política pública de cotas. Corroborando com este entendimento:

O sistema de cotas adotado pela Lei 12.711/12 é flexível, tendo em vista levar em consideração se o candidato à vaga cursou todo o ensino médio em escola pública, bem como sua renda per capita, além de sua cor ou etnia (LOBO, 2013, p. 175).

## **4.2 Equiparação de entidades beneficentes e filantrópicas à escola pública:** construção jurisprudencial à luz dos princípios da razoabilidade e da finalidade

### 4.2.1 Apresentação da legislação pertinente

Conforme acima destacado, um dos critérios essenciais para que o candidato à vaga de graduação nas universidades públicas federais possa adentrar o ensino superior público por meio da sistemática de reserva de vagas previstas na legislação, é possuir condição de egresso de escola pública no curso integral do ensino médio.

A Lei 12.711/12 é regulamentada pelo Decreto Nº 7.824, de 11 de Outubro de 2012, o qual dispõe sobre o ingresso nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de Ensino Técnico de nível médio.

Dispõe o referido Decreto, em harmonia com a Lei que regulamenta:

Art. 2º As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o caput serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; e

II - proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, consideram-se escolas públicas as instituições de ensino de que trata o inciso I do caput do art. 19 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.



Aqui cabe dar especial atenção ao parágrafo único do dispositivo que remete o conceito de escola pública ao disposto no inciso I do caput do art. 19 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. A mesma tem a seguinte dicção:

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público.

A primeira leitura, reta e natural do dispositivo, leva à conclusão de que as instituições de ensino públicas são aquelas criadas ou incorporadas, mantidas ou administradas pelo Poder Público, notavelmente vinculadas à União, aos Estados, aos municípios ou ao Distrito Federal.

Entretanto, com o advento da Lei 12.711/12, o Poder Judiciário, representado pela Justiça Federal, começou a se deparar com um número crescente de demandas de alunos que ao concorrerem em processos seletivos para ingresso nas universidades públicas pelo sistema de cotas na modalidade de “egressos de escola pública”, apesar de aprovados, passaram a ter suas matrículas indeferidas pelas Instituições Públicas de ensino. A contenda consiste na condição desses estudantes, que concluíram o ensino médio em entidades educacionais filantrópicas ou beneficentes que fogem ao alcance da delimitação conceitual estrita traçada pelo inciso I do art. 19 da Lei 9.394/96. Em outras palavras, trata-se de instituições educacionais que embora não sejam diretamente mantidas pelo Poder Público, prestam serviço educacional voltado à população carente sem fins lucrativo.

#### 4.2.2 Equiparação das entidades beneficentes e filantrópicas às escolas públicas segundo a jurisprudência

A construção argumentativa em favor da equiparação destas entidades beneficentes à escola pública para ampliar o alcance das cotas consiste numa interpretação de toda a legislação citada e dos atos administrativos das Instituições de Ensino Superior que negam a matrícula dos alunos oriundos da rede de ensino beneficente ou filantrópica, à luz dos princípios administrativos da finalidade e da razoabilidade.

Esta interpretação mais ampla do conceito de “escola pública” visa dar conformação aos objetivos das ações afirmativas estampadas na legislação em

estudo, na medida em que prega o alargamento do manto legal da política pública para aqueles estudantes, que, apesar de se enquadrarem no perfil adotado pela lei nos critérios étnicos e relativos à renda, não concluíram o ensino médio em instituições de ensino diretamente mantidas pelo Poder Público. Assim, o alargamento do termo legal se daria a partir da equiparação das escolas beneficentes e filantrópicas às escolas públicas para fins de cumprimento dos objetivos das ações afirmativas educacionais.

O cenário fático das demandas apreciadas pelo Poder Judiciário, utilizadas para os fins deste estudo, gira em torno da negativa das Instituições de Ensino Superior que adotam o sistema de cotas a efetuar a matrícula de estudantes que embora tenham alcançado nota suficiente para preenchimento da vaga na graduação quando da prestação do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), têm sua matrícula indeferida pelas Universidades, que em interpretação literal do conteúdo jurídico inserto no inciso I do art. 19 da Lei 9.394/96, negam o direito destes estudantes ao ingresso no ensino superior público.

A partir do cenário apresentado, foi construído entendimento jurisprudencial consistente em uma interpretação sistemática e teleológica na aplicação da legislação invocada. Este entendimento logrou a harmonia da aplicação da desta legislação com a ordem constitucional, concretizando a justiça social almejada pela política pública de cotas na educação.

Nesses termos, os citados atos administrativos proferidos pelas Universidades no uso de sua autonomia emplacada constitucionalmente no art. 207, aos olhos da jurisprudência, não se deram em cumprimento dos princípios constitucionais da razoabilidade e da finalidade.

Por apresentarem número maior de enfrentamentos em relação a este tipo de demanda, foram escolhidos os Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Região como parâmetro de pesquisa jurisprudencial.

Tomemos então alguns julgados como parâmetro, proferidos pela Quinta turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. RESOLUÇÃO N. 01/2004 CONSEPE. SISTEMA DE COTAS. ALUNO EGRESSO DE ESCOLA PARTICULAR, DE UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL E ESTADUAL. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE PÚBLICA. COMPROVAÇÃO DE REQUISITO. DIREITO À MATRÍCULA NO CURSO PARA O QUAL O IMPETRANTE FOI APROVADO. APELO IMPROVIDO.

1. Não há necessidade de intervenção dos demais candidatos como litisconsortes passivos necessários em ação que se limita a impugnar indeferimento de matrícula do vestibulando em curso de graduação.
2. O Programa de Ações Afirmativas, que embasa o edital do concurso vestibular, tem como objetivo "ampliar as possibilidades de acesso aos cursos de graduação da UFBA de candidatos oriundos de segmentos sociais historicamente marginalizados".
3. A escola da qual o autor é egresso, embora particular, é entidade de utilidade pública federal e estadual, mantida pelo Município e presta serviços educacionais sem caráter oneroso, devendo ser equiparada a entidade pública.
4. Apelação da UFBA improvida.
5. Remessa oficial prejudicada.  
(AC 2007.33.00.008756-3/BA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.182 de 04/07/2008). (BRASIL, 2008a).

ADMINISTRATIVO. ENSINO. COTAS. REDE PÚBLICA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO MANTIDA PELO SESI. GRATUIDADE DO ENSINO. EQUIPARAÇÃO. 1. É ilegítimo o ato administrativo que nega matrícula em instituição de ensino federal pelo sistema de cotas, quando, na hipótese, a Impetrante cursou integralmente o ensino fundamental e médio, na Escola Reitor Miguel Calmon, instituição filantrópica cuja entidade mantenedora é o Serviço Social da Indústria - SESI. 2. Sendo de índole gratuita o ensino oferecido pela instituição, entidade filantrópica sem fins lucrativos mantida pelo SESI, deve-se equiparar tal instituição à entidade pública. 3. Agravo regimental da UFBA não provido.  
(AGRAC 0019603-68.2012.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.688 de 24/05/2013). (BRASIL, 2013).

AGRAVO REGIMENTAL. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). SISTEMA DE COTAS. ESCOLA INTEGRANTE DA CAMPANHA NACIONAL DE ESCOLAS DA COMUNIDADE (CNEC). EQUIPARAÇÃO A ESCOLA PÚBLICA. DIREITO À MATRÍCULA. 1. Ilegítimo o ato administrativo que nega matrícula de estudante em instituição de ensino federal pelo sistema de cotas da rede pública quando, no caso, é proveniente de instituição pertencente ao quadro de Escolas da Campanha Nacional de Escolas da Comunidade - CNEC, sendo entidade filantrópica declarada de Utilidade Pública Federal pelo Decreto 36.505/54 e registrada junto ao Conselho Nacional de Assistência Social, como Entidade Beneficente de Assistência Social. Com efeito, tal instituição de ensino, por prestar serviços educacionais gratuitamente, equipara-se a escola pública. 2. Agravo regimental da UFBA improvido.  
(AGRAC 0003122-35.2009.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ALEXANDRE JORGE FONTES LARANJEIRA (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.395 de 14/09/2012) (BRASIL, 2012a).

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. RESOLUÇÃO N. 01/2004 CONSEPE. SISTEMA DE COTAS. ALUNO EGRESSO DE ESCOLA PARTICULAR, DE UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL E ESTADUAL. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE PÚBLICA. COMPROVAÇÃO DE REQUISITO. DIREITO À MATRÍCULA NO CURSO PARA O QUAL O IMPETRANTE FOI APROVADO. APELO IMPROVIDO. 1. Não há necessidade de intervenção dos demais candidatos como litisconsortes passivos necessários em ação que se limita a impugnar indeferimento de matrícula do vestibulando em curso de graduação. 2. O Programa de Ações Afirmativas, que embasa o edital do concurso vestibular, tem como objetivo "ampliar as possibilidades de acesso aos cursos de graduação da UFBA de candidatos oriundos de segmentos sociais historicamente

marginalizados". 3. A escola da qual o autor é egresso, embora particular, é entidade de utilidade pública federal e estadual, mantida pelo Município e presta serviços educacionais sem caráter oneroso, devendo ser equiparada a entidade pública. 4. Apelação da UFBA improvida. 5. Remessa oficial prejudicada.

(AC 0008754-13.2007.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.182 de 04/07/2008). (BRASIL, 2008b).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também já se pronunciou a respeito, coadunando com o entendimento apresentado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM APELAÇÃO. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC. ADMINISTRATIVO. MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR. VAGAS DESTINADAS AO SISTEMA DE COTAS. EQUIPARAÇÃO DE ESCOLA MINISTRADA PELO SENAI A ESCOLA ESTATAL. POSSIBILIDADE. CURSO GRATUITO E DESTINATÁRIOS HIPOSSUFICIENTES.

1. Agravo interposto de decisão que, com base no artigo 577 do CPC, negou seguimento à apelação.

2. A Resolução n.º 80/2008 do CONEPE/UFS é instrumento normativo pelo qual se concretizam, no âmbito da Universidade Federal de Sergipe, políticas de ações afirmativas. O caput do art. 2º estabelece: "Do saldo de vagas remanescente será reservado cinquenta por cento das vagas de todos os cursos de graduação ofertados pela Universidade Federal de Sergipe aos candidatos que comprovem a realização de cem por cento do ensino médio em escolas públicas das redes federal, estadual ou municipal e pelo menos quatro séries do ensino fundamental nessas mesmas instituições."

3. As entidades do grupo "S" (SENAI, SENAC, SESC, SESI, SEBRAE, SENAT) são também intituladas de serviços sociais autônomos e têm por característica principal a atuação paraestatal, ou seja, funcionam em paralelo ao Estado e têm como fonte básica recurso de origem pública.

4. Saliente-se que o curso é gratuito e os destinatários são hipossuficientes. A atividade educacional exercida nesses casos tem caráter filantrópico (ensino gratuito) e é prestada para atender à demanda da população na busca de escolas, assumindo um caráter equivalente ao ensino público, pois visa prestar um relevante serviço de interesse coletivo, muitas vezes suprimindo a falta de vagas na rede oficial de ensino.

5. Agravo ao qual se nega provimento.

(PROCESSO: 0000519872012405850001, AGVAC557441/01/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 04/07/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 11/07/2013 - Página 151). (BRASIL, 2008b).

ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. ESCOLA CENECISTA. ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO DE ENSINO GRATUITO. EQUIPARAÇÃO COM A NATUREZA DO SERVIÇO PRESTADO PELA REDE PÚBLICA DE ENSINO. ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA INGRESSO PELO SISTEMA ESPECIAL DE COTAS. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, ratificando a tutela antecipada concedida às fls. 56/57, que ordenou a ré efetuar o cadastramento da autora no curso de Serviço Social, para o qual foi aprovada no PSS - 2011.1.

O cerne da questão sub examine é a possibilidade jurídica de se entender que os Colégios vinculados à Rede Cenicista de Ensino, entidades sem fins lucrativos, detêm o mesmo status das escolas públicas (colégios e/ou

educandários públicos -sentido lato) para fins de determinação de cotas para as universidades públicas.

- In casu, a demandante freqüentou todo o ensino médio em entidade do sistema cenecista, a Escola Cenecista João Regis Amorim, e nessa condição requer seu ingresso na instituição de ensino superior demandada nas vagas destinadas ao sistema de cotas.

- Os Colégios Cenecistas, embora detenham personalidade jurídica de direito privado (LDB - Lei 9.394/96), desempenham atividade educacional de natureza equiparada à da rede pública, permitindo o acesso à escola das camadas sociais menos favorecidas e que não tiveram a oportunidade de se matricular na escola pública propriamente dita.

- Ademais, o sistema de cotas pretende ser um programa de inclusão social e não de exclusão daqueles que estudaram em instituições filantrópicas, nessas circunstâncias, vislumbro que seria negar vigência à própria filosofia que inspirou o Sistema de Cotas, conferindo aos alunos de entidades educacionais sem fins lucrativos, de caráter filantrópico (gratuito) o mesmo 'status' que seria conferido aos discentes oriundos de educandários particulares (instituições privadas de ensino, com fins lucrativos) o que afrontaria o princípio isonômico, vetor maior a emprestar fundamento a tal forma de inclusão social.

- A jurisprudência deste e. Regional encontra-se sedimentada no sentido de que o as escolas do Sistema Cenecistas são entidades de direito privado cuja natureza se equipara à publica, atendendo, desta forma as exigências legais para o ingresso no sistema social de cotas: AG 00130616320114050000, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data:17/11/2011 - Página:550; AC 200980000010002, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 14/07/2011 - Página: 420; AG 00037475920124050000, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data:09/08/2012 - Página:416; APELREEX 00008749720124058500, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data:17/08/2012 - Página:405 e AG 00027897320124050000, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data:26/07/2012 - Página:195.

- Apelação e remessa obrigatória não providas.

(PROCESSO: 00014331820114058200, APELREEX22186/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 23/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 30/10/2012 - Página 178). (BRASIL, 2012b).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. SISTEMA DE COTAS PARA ALUNOS EGRESSOS DE ESCOLAS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. ESCOLA PARTICULAR SEM FINS LUCRATIVOS CONVENIADA AO MUNICÍPIO DE PARELHAS, DO QUAL RECEBE VERBAS. EQUIPARAÇÃO ÀS ENTIDADES PÚBLICAS DE ENSINO. OBSEERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA O INGRESSO NA CONDIÇÃO DE COTISTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu o pedido liminar para que a agravada fosse matriculada na instituição agravante, na condição de concorrente do sistema de reserva de vagas.

- Instituição privada de ensino vinculada ao município de Parelhas, estado do Rio Grande do Norte, que recebe verbas municipais e submete-se às normas da secretaria de educação do município.

- A criação do sistema de cotas visa à facilitar o acesso dos estudantes hipossuficientes ao ensino superior público.

- O fato de a agravada ter estudado em escola particular sem fins lucrativos, sem oferecer qualquer contraprestação pecuniária, não lhe retira a condição de hipossuficiente.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento.  
(PROCESSO: 00054722020114050000, AG115055/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 30/08/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 08/09/2011 - Página 82). (BRASIL, 2011a).

ADMINISTRATIVO VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. ESCOLA CENECISTA. ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO DE ENSINO GRATUITO. EQUIPARAÇÃO COM A NATUREZA DO SERVIÇO PRESTADO PELA REDE PÚBLICA DE ENSINO.

- Trata-se de mandado de segurança ajuizado por Jacqueline Karllayne Magalhães Monte contra ato reputado ilegal da Diretora Geral do Departamento de Registro e Controle Acadêmico da Universidade Federal de Alagoas, consubstanciado no cancelamento de sua matrícula no curso de Química, tendo em vista que a impetrante cursou a 1ª Séria do ensino médio em entidade privada.

- O cerne da questão 'sub examine' é a possibilidade jurídica de se entender que os Colégios vinculados à Rede Cenequista de Ensino, entidades sem fins lucrativos, detêm o mesmo status das escolas públicas (colégios e/ou educandários públicos -sentido lato) para fins de determinação de cotas para as universidades públicas.

- Os Colégios Cenesistas, embora detenham personalidade jurídica de direito privado (art 20 da LDB - Lei 9.394/96), desempenham atividade educacional de natureza equiparada à da rede pública, permitindo o acesso à escola das camadas sociais menos favorecidas e que não tiveram a oportunidade de se matricular na escola pública propriamente dita. Precedente Tribunal Regional Federal - 5ª Região; APELREEX 8402/AL; Terceira Turma; Desembargador Federal Geraldo Apoliano; DJE. 17.06.2010.

- O sistema de cotas pretende ser um programa de inclusão social e não de exclusão daqueles que estudaram em instituições filantrópicas.

- Apelação improvida.

(PROCESSO: 200980000010002, AC479546/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 05/07/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 14/07/2011 - Página 420). (BRASIL, 2011b).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE COTAS. FUNDAÇÃO BRADESCO. EQUIVALÊNCIA COM O ENSINO PÚBLICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Remessa oficial e apelação em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, que julgou procedente o pedido, confirmando a tutela concedida, para determinar à Universidade Federal de Sergipe que efetue a matrícula do autor no curso de Engenharia de Pesca (vesperino), desde que apresentados os documentos necessários, não podendo, porém, obstar tal intento com o fundamento alegado e rechaçado nesta decisão de que a parte autora não estudara em escola pública. Condenou, ainda, a autarquia no pagamento de honorários advocatícios, que fixou em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

2. De acordo com a Resolução nº. 80/2008/CONEPE, que institui o programa de ações afirmativas para garantia de acesso de grupos menos favorecidos à Universidade Federal de Sergipe: "Art. 2º Do saldo de vagas remanescente será reservado cinquenta por cento das vagas de todos os cursos de graduação ofertados pela Universidade Federal de Sergipe aos candidatos que comprovem a realização de cem por cento do ensino médio em escolas públicas das redes federal, estadual ou municipal e pelo menos quatro séries do ensino fundamental nessas mesmas instituições".

3. Embora o autor tenha cursado a 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e todo o ensino médio na Escola de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco, esta instituição é sem fins lucrativos e possui

certificado de entidade beneficente de assistência social destinada ao ensino de pessoas carentes, tal como as escolas públicas. Ademais, conforme asseverado pelo MM. Juiz a quo, "sabe-se que tais entidades existem para atender a demanda da população na busca de escolas, assumindo um caráter equivalente ao ensino público e muitas vezes suprimindo a carência das próprias escolas públicas nas comunidades carentes. Nesse sentido, não há como entender de forma contrária à possível equiparação de tal instituição como escola pública, deixando prevalecer a forma ao invés da finalidade eminentemente pública e social".

4. Ademais, restou comprovado nos autos que, ainda que o autor não tivesse concorrido no vestibular da UFS pelo sistema de cotas, a nota obtida no certame seria suficiente para sua aprovação.

5. No que se refere aos honorários advocatícios, a Primeira Seção, no julgamento do Resp nº. 1108013/RJ, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJe de 22/06/2009, sob o regime do artigo 543-C, do Código de Processo Civil e da Resolução nº. 8/2008, do Superior Tribunal de Justiça (recursos repetitivos), pacificou o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.

6. No caso dos autos, entretanto, deve ser mantida a condenação em honorários advocatícios, pois embora se trate da mesma estrutura da administração, a Defensoria Pública é órgão da União e a Universidade Federal de Sergipe é uma autarquia, ou seja, pessoa jurídica diversa, motivo pelo qual não cabe a aplicação da confusão, que ocorre quando na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor (art. 381 do Código Civil).

7. Apelação e remessa oficial improvidas.

(PROCESSO: 00006457420114058500, APELREEX17632/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE BARROS E SILVA (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 30/06/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 07/07/2011 - Página 279). (BRASIL, 2011c).

ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. CANDIDATO PROVENIENTE DE ESCOLA PÚBLICA FEDERAL. EQUIPARAÇÃO AOS CANDIDATOS EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA ISONOMIA. NOTA SUFICIENTE PARA APROVAÇÃO. MATRICULA.

1. Hipótese de mandado de segurança em que se objetiva assegurar o direito à matrícula no curso de Saneamento Ambiental do CEFET/PE, no turno da noite, unidade do Recife..

2. Candidato egresso de escola pública federal, entidade de utilidade pública que presta serviços educacionais sem caráter oneroso, em prol do desenvolvimento daqueles que não tem condições de arcar com os custos da rede educacional particular. A entidade federal deve ser equiparada às entidades públicas constantes do edital- escola pública municipal e estadual- vez que são igualmente voltadas para o mesmo segmento populacional, no caso, alunos hipossuficientes, possibilitando-lhes o acesso ao sistema educacional público. Necessária a interpretação ampliativa da norma editalícia sob pena de malferimento ao princípio da isonomia.

3. Ademais, não restou comprovada a má-fé do Recorrido em proceder à inscrição como cotista para se beneficiar de tal condição. Necessidade de se levar em consideração que a nota do mesmo possibilita o enquadramento na listagem dos aprovados comuns.

4. Sendo o objetivo do certame a verificação dos candidatos mais aptos ao preenchimento das vagas e posterior desenvolvimento da atividade de nível superior por estes, a exclusão do apelado é medida desarrazoada, desproporcional e atenta contra o próprio objetivo da Administração e, por via de consequência, da sociedade, que é a obtenção de profissionais qualificados para desempenho de suas atividades.

5. Apelação e remessa oficial improvidas. Sentença confirmada.

(PROCESSO: 200983000012327, APELREEX10979/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 22/06/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 01/07/2010 - Página 154). (BRASIL, 2010).

O cotejamento dos julgados apresentados permite aferir como entendimento jurisprudencial significativamente corrente junto a estes Tribunais no sentido de equiparação de entidades educacionais beneficentes e filantrópicas educacionais à escola pública, considerando a natureza jurídica destas instituições. Ao prestarem serviços educacionais sem fins lucrativos, preenchendo lacunas na educação oferecida pela Administração Pública, tais entidades contribuem de forma significativa para o fortalecimento do sistema educacional nacional.

Segundo a coleta de informações acerca dos julgados realizadas junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, dos 23 acórdãos encontrados a partir da pesquisa “Administrativo. Cotas e equiparação à escola pública” realizada junto à ferramenta eletrônica de consulta jurisprudencial, 17 destes acórdãos tratavam do tema em apreço, se referindo a instituições beneficentes e filantrópicas diversas, como a Escola e Educação Básica Profissional Fundação Bradesco, Escola Reitor Miguel Calmon, escolas mantidas pelo Serviço Social da Indústria (SESI), entre outras. Das decisões colegiadas em apreço, 8 penderam em favor da equiparação de entidades beneficentes e filantrópicas à escola pública, suplantados em interpretação teleológica da legislação pertinente, bem como em respeito aos princípios da finalidade e da razoabilidade.

Já a pesquisa jurisprudencial realizada junto ao sítio de pesquisa do Tribunal Regional da 5ª Região a partir das palavras “Administrativo, Cotas, Equiparação e Escola Pública” igualmente reuniu 17 acórdãos que enfrentaram a matéria sob exame. O número de acórdãos favoráveis à equiparação de entidades filantrópicas e beneficentes educacionais também foi de 8.

A pesquisa aponta, portanto um significativo entendimento favorável à equiparação em comento, embora não constitua ainda entendimento dominante junto a estes Tribunais.



#### 4.2.3 Interpretação à luz dos princípios administrativos da finalidade e da razoabilidade

Um dos principais fundamentos utilizados pelos citados julgadores no enfrentamento das demandas relativas à negativa de efetivação de matrícula de estudantes oriundos de entidades educacionais beneficentes por parte das Universidades para as quais foram selecionados para assumir vagas na graduação pauta-se no desrespeito aos princípios administrativos da finalidade e da razoabilidade cometido quando da prolação deste tipo de ato administrativo por parte das Instituições universitárias.

A respeito do princípio da finalidade, este se mostra fortemente atrelado ao princípio da legalidade, já que consiste em imposição do administrador público a sempre dar cumprimento ao objetivo da norma jurídica. A atuação administrativa cuja destinação destoa do fim traçado pela legislação tende a desvirtuá-la. Neste ponto, importante destacar as palavras do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 106-107):

Por força dele a Administração subjuga-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela. O nunca assaz citado Afonso Queiró averbou que 'o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma'. Daí haver colacionado as seguintes excelentes observações, colhidas em Magalhães Colaço: 'o espírito da lei, o fim da lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei.

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la, [...] Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei. [...]

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.

A observância do princípio da finalidade pela Administração pública é desdobramento do cumprimento da lei, e por consequência, observância do próprio interesse público. Portanto, "o princípio da finalidade corresponde a uma orientação obrigatória da atividade administrativa ao interesse público" (MOREIRA NETO, 2002, p. 92).

A equiparação de entidades beneficentes e filantrópicas às escolas públicas para fins de cumprimento das cotas destinadas ao acesso ao ensino superior atende à finalidade da legislação que implementa as ações afirmativas na seara educacional como instrumento de concretização da igualdade material e, conseqüentemente, da justiça social.

A partir deste entendimento, as Universidades públicas têm sido obrigadas, por meio de comando judicial, a efetivar a matrícula de estudantes egressos das entidades educacionais em comento aprovados nos processos seletivos na modalidade de “alunos de escola pública”.

Tal entendimento também se coaduna ao princípio da razoabilidade. Acerca deste princípio, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 108-109):

Deveras: se com outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de solução rígida, única- e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicada-, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo poder Judiciário, a instâncias do interessado.

A respeito do princípio, destaca Mazza (2013):

O princípio da finalidade está definido no art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/99, como o dever de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.” Seu conteúdo obriga a Administração Pública a sempre agir, visando a defesa do interesse público primário. Em outras palavras, o princípio da finalidade proíbe o manejo das prerrogativas da função administrativa para alcançar objetivo diferente daquele definido na legislação.

Ambos os princípios se mostram conjugados na fundamentação do posicionamento jurisprudencial ora apresentado, vez que o seu cumprimento visa dar concretude ao espírito da lei, aos fins ao qual esta se propõe, de forma maleável o suficiente para se amoldar às situações que estão acobertadas pelo manto da lei, e assim, servindo à preservação de sua finalidade.

Resta evidente que a interpretação realizada pela jurisprudência tomando como norte os princípios da razoabilidade e da finalidade na aplicação da legislação em comento, equiparando as escolas beneficentes e filantrópicas á condição de

escola pública para fins de preservação do intuito das ações afirmativas impostas no acesso ao ensino público superior consolida entendimento harmônico em relação ao ordenamento jurídico nacional, conformando a necessidade de concretização da igualdade e da justiça social.

#### **4.3 Estudo de caso: Escola de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco**

A Fundação Bradesco, pessoa jurídica de direito privado é titulada Entidade Beneficente de Assistência Social, certificada pelo Ministério da Educação, declarada de Utilidade Pública Federal e Municipal, de acordo com a Portaria nº 38/2012, publicada no Diário oficial da União, com vigência prorrogada de acordo com o art. 8º do Decreto 7.237/2010. Junto aos municípios de São Luis e Pinheiro, tal reconhecimento resta comprovado pelo Decreto Legislativo Municipal nº 17/94 (São Luis/MA) e pela Lei Municipal nº 970/93.

Trata-se, pois, de instituição sem fins lucrativos que há 56 (cinquenta e seis) anos promove atividades educativas, culturais e de inclusão social, por meio de unidades escolares presentes em todos os Estados-Membros e no Distrito Federal, contando com 40 (quarenta) escolas, sendo duas delas no Estado do Maranhão (Municípios de São Luís Pinheiro). Além da atividade escolar gratuita na Educação Infantil, Ensinos Fundamental e Médio, oferece também material didático, merenda escolar, uniforme e tratamento médico-odontológico aos alunos. Tais serviços também são prestados gratuitamente, a demonstrar desenvolver a Fundação uma prática eminentemente assistencial e, por óbvio, voltadas a pessoas carentes.

Conforme Estatuto Social da referida Fundação (Anexo A), a prestação de serviços educacionais ou de ensino de qualquer natureza ocorre:

[...] principalmente em regiões deles carentes, proporcionando prioritariamente à população necessitada de benefícios educacionais, extensivos aos funcionários da Organização Bradesco e seus filhos, os cursos da educação infantil, ensino fundamental e médio, educação profissional básica, técnica e educação de jovens e adulto [...] (art. 2º, Aline “a”).

Nestes termos a população de baixa renda é o público-alvo da Fundação, sendo disponibilizadas vagas prioritariamente a essa população necessitada de benefícios educacionais. Trata-se, portanto, de coletividade hipossuficiente a qual se enquadra no perfil alvo da cota pública para o preenchimento de vagas de

instituições públicas previstas na Lei 12.711/12.

Por outro lado, não se pode esquecer que a própria Constituição, em alguns dispositivos, estabelece um tratamento equiparado para escolas públicas, comunitárias e filantrópicas, como é o teor do seu artigo 213, caput:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, o Poder Judiciário também passou a enfrentar demandas nas quais estudantes oriundos da Fundação Bradesco em São Luís pleitearam tutela jurisdicional que anulasse os atos administrativos da Universidade Federal do Maranhão que indeferiram a efetivação de matrícula desses estudantes para as vagas de cursos de graduação para os quais foram selecionados a partir de aprovação conforme nota do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). A negativa no deferimento da matrícula destes estudantes se fundamentou no fato de que Escola de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco não é escola pública e, o que inviabilizou a matrícula dos estudantes aprovados que haviam se candidatado às vagas sob esta modalidade.

Entre as várias demandas julgadas, destaque-se as seguintes, apreciadas junto à 3ª e a 5ª Varas Federais da Justiça Federal Seção Judiciária do Maranhão:

- a) Processo n. 1969-86.2013.4.01.3700 (decisão proferida pelo juiz da 5ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão, em julgamento de ação ordinária, em favor da candidata Ana Elisabeth Soares);
- b) Processo n. 0005306-83.2013.4.01.3700 (decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão);
- c) Processo n. 0011670-71.2013.4.01.3700 (decisão proferida pelo juiz da 5ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão); e
- d) Processo n. 0002005-31.2013.4.01.3700 (decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão, posteriormente reformada por decisão em sede de Agravo de Instrumento, de n. 0005013-58.2013.4.01.0000).

Em todos os citados processos, foi adotado entendimento favorável à equiparação das Escolas de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco às escolas públicas com o intuito de realizar a finalidade da Lei 12.711/12, que considerada em harmonia com o sistema jurídico nacional, mormente a ordem constitucional inaugurada com a Carta Magna de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

Após a construção teórica e a análise de dados e de precedentes jurisprudenciais ora empreendida, constata-se que o entendimento tendente à equiparação das escolas beneficentes e filantrópicas à condição de escola pública no contexto de aplicação da Lei 12.711/12 não se mostra isolado, sendo compartilhado por parte significativa dos membros do Poder Judiciário.

A constatação deste fato chama atenção para um maior estudo deste específico tema no contexto da implementação de políticas públicas de ações afirmativas e conseqüentemente, no processo de evolução da igualdade de acesso do cidadão brasileiro ao ensino público superior federal.

Inegável que a ampliação do espectro do direito à educação na realidade brasileira exige o preenchimento de lacunas deixadas pelo Estado. Neste sentido, a intervenção judicial em favor de entidades que preenchem tais lacunas e constituem importantes pilasstras para a melhoria da triste realidade do ensino brasileiro possuem impacto positivo, fazendo jus a demanda social de mudança desta realidade.

## REFERÊNCIAS

ARENDETT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília-DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei N.º 73, de 1999. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e dá outras providências. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/330424.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

\_\_\_\_\_. AC 2007.33.00.008756-3/BA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.182 de 04/07/2008. Brasília-DF, 2008a.

\_\_\_\_\_. AC 0008754-13.2007.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.182 de 04/07/2008). Brasília-DF, 2008b.

\_\_\_\_\_. PROCESSO: 0000519872012405850001, AGVAC557441/01/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 04/07/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 11/07/2013. Brasília-DF, 2008c.

\_\_\_\_\_. PROCESSO: 200983000012327, APELREEX10979/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 22/06/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 01/07/2010. Brasília-DF, 2010.

\_\_\_\_\_. PROCESSO: 00054722020114050000, AG115055/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 30/08/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 08/09/2011. Brasília-DF, 2011a.

\_\_\_\_\_. PROCESSO: 200980000010002, AC479546/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 05/07/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 14/07/2011. Brasília-DF, 2011b.

\_\_\_\_\_. PROCESSO: 00006457420114058500, APELREEX17632/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE BARROS E SILVA (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 30/06/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 07/07/2011. Brasília-DF, 2011c.

\_\_\_\_\_. AGRAC 0003122-35.2009.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ALEXANDRE

JORGE FONTES LARANJEIRA (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 de 14/09/2012. Brasília-DF, 2012a.

\_\_\_\_\_. PROCESSO: 00014331820114058200, APELREEX22186/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 23/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 30/10/2012. Brasília-DF, 2012b.

\_\_\_\_\_. AGRAC 0019603-68.2012.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 24/05/2013. Brasília-DF, 2013.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Ações afirmativas, Justiça e Igualdade. Em Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. **JusPodvim**, Salvador: 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DWORKIN. Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

DOMINGUEZ. Guilherme Diniz de Figueiredo. **Direito e Desenvolvimento**: as ações afirmativas nas universidades federais brasileiras sob a perspectiva da jurisprudência. Tese de mestrado. PUC-SP. 2010

GOTTEMS. Claudinei J. **Direito Fundamental à Educação**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Artigo submetido em 30/03/2011.

GOMES, Joaquim Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

IDEB - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Resultados e Metas**. Disponível em: <<http://ideb.inep.gov.br/resultado/>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

KYMLICKA, WILL. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUÑO. Antonio Pérez. Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos. In: Los Derechos Humanos. **Significación**: Estatuto Jurídico y Sistema. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O direito à igualdade na Constituição Federal brasileira**: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações afirmativas na Educação. Belo horizonte: Fórum, 2013.



MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. E-Legis, n. 8, p. 66-81, 2012.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4ª edição Saraiva, 2013

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A igualdade é uma só: crítica à distinção dentre igualdade formal e igualdade material. Em Em Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. **JusPodvim**, Salvador: 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

**ANEXO**

Macêdo Junior, Luiz Carlos Teixeira de

Ações afirmativas no acesso ao ensino superior e Lei 12.711/12: uma interpretação do conceito de “escola pública” à luz dos princípios do direito administrativo e sua abrangência em relação a entidades educacionais filantrópicas e beneficentes./ Luiz Carlos Teixeira de Macêdo Junior - São Luís, 2013.

63 f.

Monografia (Graduação em Direito - Bacharelado) – Universidade Federal do Maranhão, 2013.

1. Ações Afirmativas. 2. Direito à Educação. 3. Ensino Superior . 4. Lei 12711/12. 5. Entidades Filantrópicas e beneficentes I. Título.

CDU 378:37.014.1