

6

ACESSO EDUCACIONAL DEMOCRÁTICO: ANÁLISE LEGAL E JURISPRUDENCIAL DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE INCLUSÃO REGIONAL SOB A PERSPECTIVA DA RACIONALIZAÇÃO JURÍDICA¹⁸

DEMOCRATIC EDUCATIONAL ACCESS: LEGAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF REGIONAL INCLUSION AFFIRMATIVE POLICIES FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL RATIONALIZATION

Jadson Sabino Santos¹⁹

Camilly Christine Almeida de Azevedo Pantaleão Cordeiro²⁰

Anne Gabrielly Macedo Silva²¹

Fabiano Lucio de Almeida Silva²²

RESUMO: O presente artigo examina a repercussão da bonificação regional na dinâmica democrática ao acesso acadêmico e a discrepância dos Tribunais Superiores que, embora haja conexão de finalidade com a Lei de Cotas, entendem a política de inclusão regional como inconstitucional, numa problematização que estimula um excesso de judicialização por não haver entendimento pacífico. Assim, foi realizada uma análise comparativa, por meio de pesquisa qualitativa e descritiva, entre as decisões jurisprudenciais, ao observar as dificuldades de resolução no sistema judiciário no viés da racionalização jurídica. Ademais, observou-se a perspectiva doutrinária acerca da igualdade, visando o tratamento equânime pelo uso das políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas; Política de bonificação; Igualdade.

ABSTRACT: *This article examines the impact of regional subsidization on the democratic dynamics of academic access and the discrepancy of the Superior Courts which, although there is a connection of purpose with the Quota Law, understand the policy of regional inclusion as unconstitutional, in a problem that stimulates an excess of judicialization because there is no*

¹⁸ O presente artigo foi apresentado no VIII Encontro de Pesquisas Judiciárias (VIII ENPEJUD), promovido pela Escola Superior de Magistratura de Alagoas (ESMAL). A sua primeira publicação ocorreu nos Anais do Evento (<https://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01>)

¹⁹ Acadêmico de Direito na Universidade Estadual de Alagoas (UNEAL). Estagiário do 4º Ofício do Ministério Público Federal em Arapiraca/AL. E-mail: jadsonsabino122@gmail.com.

²⁰ Graduada em Direito na Faculdade Cesmac do Agreste. Bolsista voluntária do Programa Semente de Iniciação Científica (PSIC) da Faculdade Cesmac do Agreste. Estagiária do 4º Ofício do Ministério Público Federal em Arapiraca/AL. E-mail: camillypantaleao.jur@gmail.com.

²¹ Graduada em Direito na Faculdade Cesmac do Agreste. Bolsista voluntária do Programa Semente de Iniciação Científica (PSIC) da Faculdade Cesmac do Agreste. E-mail: annegabriellymacedo@outlook.com.

²² Doutor em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Unesa/RJ). Mestre em Saúde Coletiva pelo Instituto de Ensino e Pesquisa Sírio-Libanês (IEP/SP). Professor da Faculdade Cesmac do Agreste. Participou nas atividades de orientação acadêmica e revisão metodológica do presente artigo.

peaceful understanding. Thus, a comparative analysis was carried out, through qualitative and descriptive research, between the jurisprudential decisions, when observing the difficulties of resolution in the judicial system in the bias of legal rationalization. Moreover, the doctrinal perspective on equality was observed, aiming at equitable treatment using policies.

KEYWORDS: *Affirmative actions; Bonus politics; Equality*

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se demonstrar nesse trabalho que as decisões dos Tribunais Superiores, ao considerarem a inclusão das bonificações regionais como ato de inconstitucionalidade, estrutura um problema ético, mesmo que, pela lógica, essa ação afirmativa vá de encontro com a mesma finalidade que a Lei de Cotas possui: promover igualdade de oportunidades ao acesso acadêmico.

Nesse sentido, será destacado o posicionamento jurisprudencial que incide contra a bonificação regional, ocasionando uma marginalização de grupos ou regiões ao comprometerem o princípio democrático de igualdade e representação.

Desse modo, analisar-se-á a Lei 12.711/2012 (Lei de Cotas), em que muitos debates foram levantados acerca da inclusão de ações afirmativas, principalmente no ingresso ao ensino superior. Nesse sentido, fundamentalmente observada como um marco regulatório, o objetivo da Lei de Cotas como ação afirmativa de garantir que exista uma reserva de vagas nas universidades e institutos federais para estudantes provenientes de escolas públicas e que estejam em situação de vulnerabilidade socioeconômica, que tenham deficiência ou que sejam negros, pardos ou indígenas, servirá como base comparativa com a ação afirmativa de bonificação de medidas regionais, dado que ambas buscam atingir o mesmo fim.

Em continuidade, com isso, vê-se um debate cuja equidade de tratamento e de oportunidades se torna pertinente na formação de uma sociedade mais democrática, cujo fundamento nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2008) expõe em destaque a igualdade como signo fundamental da democracia.

Dessa maneira, a importância dos programas sociais se estabelece como uma vertente inegável, em que atuarão como um conjunto de políticas públicas que ofertarão mais dignidade e oportunidade de acesso as divisões de poder econômico e social, a exemplo da educação no ensino superior que se fundamenta como provedor de possibilidades a partir do das próprias escolhas do indivíduo.

Assim, para que se compreenda a justificativa jurisprudencial, faz-se necessário sintetizar que diversas escolhas entre várias soluções apresentadas existem para que o doutrinador busque respostas, a partir de critérios estabelecidos, dentro de uma margem racional e lógica.

No entanto, no caso investigado, quando o alcance das decisões interpreta ambas as ações afirmativas de maneiras distintas, mesmo que, logicamente, tratem da mesma pretensão, põe em pauta a discrepância de entendimento jurídico, o que influencia na manutenção de muitos processos em favor da aplicação das ações afirmativas de medidas regionais.

Pelo exposto, como metodologia, foi feita uma pesquisa qualitativa, do tipo descritiva, de análise jurisprudencial e bibliográfica, para que haja uma comparação com o dispositivo legal da lei, bem como uma compreensão do tema.

2 ANÁLISE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy é um dos principais teóricos da argumentação jurídica, e sua obra tem um impacto significativo na compreensão de como a argumentação e a racionalidade se entrelaçam no direito. A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005) surgiu no contexto do Pós-Positivismo, uma corrente do pensamento jurídico que emergiu como resposta aos eventos da Segunda Guerra Mundial. Até então, acreditava-se que o Positivismo Jurídico havia superado o Jusnaturalismo (ou transcendentalismo) e que seria o modelo ideal para a justificação e a fundamentação do Direito.

Entretanto, é a partir da percepção de que “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (Bustamante, 2005, p. 59) que se origina a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005). O objetivo dessa teoria é reduzir a subjetividade das interpretações realizadas pelos operadores do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica, acima de tudo, configura-se como um método que estabelece regras para a interpretação das normas, entendendo as normas como partes integrantes do ordenamento jurídico, em que os juízes têm o dever de justificar suas decisões com base na lei aplicável, levando em consideração também as questões práticas envolvidas no caso concreto.

A proposta de Alexy fundamenta-se em um empreendimento racional, apresentando regras de justificação internas e externas suficientes para alcançar decisões consistentes e passíveis de controle, além de proporcionar ferramentas valiosas para a prática jurídica, promovendo decisões que são não apenas eficazes, mas também transparentes e justificáveis.

Alexy (2005) parte da Teoria Geral do Discurso Racional para desenvolver sua Teoria da Argumentação Jurídica. As regras que compõem essa teoria (como as da fundamentação, da razão e da transição) servem como alicerces para sua aplicabilidade, garantindo uma racionalidade do discurso, embora, como o próprio autor destaca.

As regras fundamentais são aquelas cuja validade constitui uma condição necessária para qualquer comunicação linguística, e podem ser sintetizadas na jurisdição da contradição, que se relacionam com as normas da lógica, no princípio da sinceridade, no princípio da coerência do falante e no princípio da comunidade de uso da linguagem, que orienta para que falantes distintos não utilizem a mesma expressão com significados diversos (Alexy, 2005, p. 191).

As regras da razão, por sua vez, têm a função de explicação enunciada e são derivadas da "regra geral de fundamentação", formulada por Alexy (2005, p. 194) da seguinte maneira: "Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação". Essa regra se desdobra, conforme proposta do autor, nas regras de admissão ao discurso ("quem pode falar, pode tomar parte no discurso"), na liberdade da discussão ("todos podem questionar qualquer asserção") e na proteção contra a coerção no discurso (nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos de admissão e de liberdade na discussão por meio de coerção interna ou externa ao discurso) (Alexy, 2005, p. 195).

A aplicação das mencionadas regras é capaz de assegurar a racionalidade do discurso, mas não garante que se alcance um consenso sobre todas as questões, tampouco que o consenso obtido seja definitivo e irrevogável, uma vez que as regras de razão só podem ser cumpridas de maneira parcial e as concepções normativas são, por sua natureza, historicamente sujeitas a transformações.

Esses limites do discurso prático levam à necessidade de integrá-lo a normas jurídicas, o que propicia a transição para o discurso jurídico. Este, por sua vez, vai além do discurso prático, pois lida com a influência das leis em vigor na sua formação. A partir

dessas leis, da jurisprudência e de outras fontes do Direito, estrutura-se o discurso no campo jurídico.

2.1 Compreensão delimitada do *common law* e do *civil law*

As tradições de *civil law* e *common law* representam os dois principais sistemas jurídicos globais, cada um com características marcadamente distintas, moldadas pelas circunstâncias históricas e culturais em que surgiram e se desenvolveram. Com isso, ambas as vertentes possuem diferenças fundamentais que resultam em sistemas jurídicos que abordam a interpretação e aplicação da lei de maneiras variadas, influenciando significativamente as práticas legais e o desenvolvimento jurídico em suas respectivas esferas

Common Law, em seus primórdios, baseava-se predominantemente em costumes e tradições, o que justificava sua designação como ‘direito comum’. Esses costumes eram aplicados pelos tribunais e, com o tempo, convertidos em precedentes judiciais. Esses precedentes evoluíram para formar a jurisprudência, que acabou por consolidar e impulsionar o sistema jurídico.

No contexto da *Common Law* americana, há um elemento que desafia os paradigmas da doutrina clássica: o elevado grau de positivismo presente no sistema jurídico dos Estados Unidos. Esse positivismo é evidenciado tanto em nível federal, como ilustrado pela Constituição dos Estados Unidos, quanto em nível estadual, onde várias leis, incluindo as leis penais, demonstram a influência do positivismo. Embora a *common law* americana tenha raízes na tradição de precedentes e jurisprudência, a integração significativa de normas codificadas e legislações detalhadas reflete uma abordagem mais positivista do direito, que complementa e, em alguns casos, supera a tradicional dependência dos costumes e decisões judiciais.

A natureza do sistema jurídico da *common law* é orientada pela continuidade e pela tradição. Embora não tenha permanecido idêntico ao longo do tempo, a mudança não implicou na rejeição dos antigos costumes, e não houve uma divisão histórica clara entre períodos pré e pós-revolucionários. O desenvolvimento desse sistema jurídico ocorreu de maneira contínua, refletindo o cotidiano da sociedade inglesa (Wambier, 2009, p. 54). Em contraste, a Revolução Francesa na Europa Continental provocou transformações radicais e abruptas. A Inglaterra, por sua vez, não passou por uma revolução similar; sua

transição para o mundo moderno foi caracterizada por uma evolução gradual e não por uma ruptura revolucionária, como evidenciado pela experiência continental (Baptista da Silva, 1996, p. 129).

O conceito de *civil law* tem suas raízes na influência do Direito Romano sobre os países da Europa Continental e suas colônias. Esse sistema jurídico incorporou amplamente os princípios do Direito Romano, resultando na criação e desenvolvimento de leis codificadas, códigos e constituições:

E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. (VIEIRA, 2007, p. 270)

Essa nova ciência jurídica visava assegurar a igualdade, pois a lei deveria ser uniforme para todos e refletia a vontade da nação. Assim, ao aplicar estritamente o texto da lei, os magistrados não teriam espaço para favorecer interesses pessoais ou subjetivos. O objetivo era que a aplicação da lei fosse objetiva e imparcial, garantindo que todos fossem tratados de maneira equitativa e conforme os princípios estabelecidos pelo sistema jurídico. Assim, aduz Teresa Arruda Alvim Wambier:

Havia forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, pois passou a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida. Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer alterações. (Wambier, 2009, p. 56)

O *civil law* tem suas origens no direito romano e foi posteriormente consolidado pela Revolução Francesa, que buscou criar um novo modelo jurídico. Esse modelo rejeitou as instituições anteriores e baseou-se na rigorosa separação dos poderes, além de proibir a interpretação judicial da lei. Esses princípios foram considerados essenciais para garantir a liberdade, igualdade e certeza jurídica, uma vez que a aplicação estrita da lei visava assegurar que todos fossem tratados de forma equitativa e previsível, sem influências subjetivas por parte dos juízes.

Dessa forma, considerando a crescente adoção de institutos do sistema *common law* no Brasil, é essencial entender a origem, a história e a constituição desses institutos. Esse conhecimento é fundamental para evitar contradições que atualmente podem ser observadas no sistema jurídico brasileiro e para assegurar a aplicação adequada do direito.

Compreender como esses institutos se desenvolvem e funcionam em seu contexto original ajuda a integrar melhor suas práticas no sistema jurídico nacional, promovendo uma aplicação mais harmoniosa e eficaz do direito

3 ASPECTOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Entender o significado de políticas de ações afirmativas e cotas no contexto da inclusão torna-se fundamental para perceber que essas medidas derivam da urgência de reduzir as disparidades sociais. Assim, o esforço para promover a inclusão social demanda um conjunto de iniciativas que visem combater a negação de direitos impostos às minorias, abrangendo as variáveis étnico-raciais, socioeconômicas, relacionadas à deficiência, ao gênero, e outras.

Carvalho (2013), aduz que a inclusão é proveniente da igualdade de oportunidades no acesso à educação, ao afirmar que:

Inclusão é o processo de transferência pacífica e consensual de poder, oportunidades, riqueza e demais recursos equivalentes (materiais ou imateriais) de um segmento da sociedade em posição de domínio e de controle para outro segmento, vinculado histórica e nacionalmente ao primeiro e que se encontra em situação crônica de carência, fragilidade, vulnerabilidade, incapacidade involuntária ou pobreza e que sofre opressão, desvantagem por violência, racismo ou discriminação. (Carvalho, 2013, p. 15)

Nesse contexto, as estratégias de inclusão devem englobar o processo de transferência de poder, promovendo a democratização da educação por meio do reconhecimento e legitimação das diversas manifestações étnicas, culturais e sociais. Seguindo essa linha de raciocínio, conforme Corrêa (2018) argumenta, a inclusão social se torna crucial para contrapor a exclusão, sendo vista como um processo de reintegração de indivíduos marginalizados e excluídos, muitas vezes alcançado através de políticas públicas.

Portanto, é incontestável a relevância dos programas sociais, os quais devem ser vistos como complementares a um conjunto mais amplo de políticas públicas. Tais medidas visam proporcionar maior dignidade e oportunidades de acesso aos domínios privilegiados de poder, como é o caso do ensino superior, que facilita a mobilidade para outros setores de decisão e privilégio.

Ao discutir sobre inclusão, é relevante mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988 do Brasil, que enfatiza como um de seus objetivos fundamentais "promover o bem de todos, sem discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de preconceito" (art. 3º, inciso IV). Nesse cenário, surgem as políticas de ações afirmativas com o objetivo claro de fomentar a inclusão social e mitigar as disparidades existentes.

Segundo Carvalho (2013), as ações afirmativas são descritas como um conceito originado nos Estados Unidos, utilizado para referir-se às políticas de inclusão voltadas especificamente para a comunidade negra. Destaca:

Ação afirmativa é o nome genérico que foi dado nos EUA às políticas de inclusão de negros como resultado do movimento pelos direitos civis nos anos de 1960. Funcionam como um conjunto de preferências atribuídas aos estudantes no momento da avaliação dos seus currículos e dos testes de ingresso no ensino superior. Critérios de residência, origem, renda familiar, habilidades esportivas, profissão dos pais, entre outros, são somados aos critérios de identidade étnica e de identidade racial, cada um deles com ponderação relativa e que varia de uma instituição para outra". (Carvalho, 2013, p. 16).

Baseando-se nessa experiência originada nos Estados Unidos, o conceito de ações afirmativas também ganhou espaço no Brasil, sendo frequentemente associado às cotas como um método específico para promover a inclusão diante das diversas realidades sociais. Contudo, as ações afirmativas transcendem o simples uso de cotas, podendo abranger iniciativas como a criação de novas oportunidades e sistemas de bonificação. Sabrina Moehleche (2000) argumenta que essas políticas podem assumir diversas configurações, incluindo:

Programas governamentais ou privados, ações de caráter voluntário, obrigatório ou misto; serem voltadas para públicos diferentes, como minorias étnicas, raciais; ser dirigidas para áreas distintas: mercado de trabalho, sistema educacional; e possuir desenhos diferentes como sistema de cotas, taxas e metas e cronogramas. (Moehleche, 2002 p. 199).

Nesse contexto, as ações afirmativas representam um conjunto de medidas destinadas a enfrentar as desigualdades enraizadas historicamente na sociedade. Busca-se, assim, corrigir as injustiças causadas pela estrutura social que continua a marginalizar minorias como negros, pobres, mulheres, LGBTQI+, pessoas com deficiência e cidadãos que, pela construção sociocultural, enfrentam preconceitos e discriminação com base em sua região, pondo evidência em cidades interioranas.

Carvalho (2013, p. 15) define cotas como "uma reserva de um número fixo de vagas ou de outro tipo de recurso ou benefício", destinadas aos cotistas que, inicialmente, competem em igualdade de condições com seus pares.

Ao abordar esse tema, é essencial observar o contínuo debate social em torno da desigual distribuição de renda, situando o Brasil como o nono país mais desigual do mundo, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Entre 2012 e 2019, houve um aumento substancial na proporção da população vivendo em extrema pobreza, que saltou de 6,5% para 13,5%. Esta situação afeta majoritariamente pessoas negras, pardas e mulheres.

Pierre Bourdieu, sociólogo francês, investiga como diferentes formas de capital moldam as relações de poder entre classes sociais. Segundo Monteiro (2018), Bourdieu destaca o capital econômico e o capital cultural como pilares da estrutura social, enfatizando que,

designa o conjunto de recursos englobando tanto o patrimônio material (terras, fábricas, automóveis, equipamentos, trabalho) como salários, rendas, poupanças, e investimentos em bolsas e aplicações, em sentido financeiro.

Portanto, esses capitais - econômico e cultural - são fundamentais para sustentar as dinâmicas de dominação social. O capital social, por sua vez, configura-se como uma teia complexa de relações sociais e institucionais derivadas dos capitais mencionados anteriormente. Nesse cenário, a concentração desses recursos contribui para a reprodução das estruturas de poder da classe dominante sobre as camadas populares. No ambiente acadêmico, isso se manifesta na ocupação de cursos altamente concorridos, como Direito e Medicina, por indivíduos que geralmente possuem maior capital econômico, convertido em capital cultural e social.

É neste panorama que se discute a desigualdade social, abordando as políticas de ações afirmativas e cotas como estratégias para promover a inclusão, redistribuição de poder e facilitação do acesso à educação. Visto isso, é nessa abordagem que será analisado, de forma comparativa, o entendimento dos Tribunais Superiores sobre a aplicação da bonificação regional como uma maneira de inclusão e reparação histórica de grupos geograficamente desfavorecidos, para que se compreenda a sistematização dessa política com o mesmo fim da Lei de Cotas.

3.1 A lei de cotas x a bonificação regional

Conforme entendido acima, as cotas raciais são um mecanismo de políticas afirmativas que visam reduzir as disparidades sociais e econômicas históricas entre diferentes grupos étnicos. Essas políticas foram criadas para promover a justiça social e garantir que indivíduos de grupos marginalizados tenham oportunidades equitativas em áreas como educação e emprego.

O princípio central por trás das cotas raciais é o de equidade, que reconhece que a igualdade formal não é suficiente para corrigir desigualdades estruturais profundamente enraizadas. Assim, para alcançar uma verdadeira igualdade de oportunidades, é necessário adotar medidas que compensem desvantagens históricas e atuais enfrentadas por grupos específicos.

A Lei 3.708/01 é um exemplo de legislação que formaliza essa abordagem, reservando um percentual específico de vagas em instituições de ensino superior para candidatos que se enquadram nos critérios estabelecidos, em que destina 20% das vagas em universidade, faculdades a determinados estudantes que se enquadram na Lei. Este tipo de legislação é uma forma de institucionalizar o compromisso com a reparação e a inclusão, oferecendo suporte a indivíduos que, de outra forma, poderiam ter menos oportunidades devido a desigualdades passadas e presentes.

Em 2012, foi sancionada a Lei Federal nº 12.711, que estabelece a obrigatoriedade de reserva de vagas para indivíduos identificados como pretos, pardos e indígenas, bem como para estudantes oriundos de escolas públicas e de baixa renda, em instituições federais de ensino superior e técnico. Esta legislação, promulgada no mesmo ano, representa um avanço significativo na implementação de políticas de inclusão e equidade, ampliando o alcance das cotas raciais e socioeconômicas e assegurando maior diversidade no acesso à educação superior e técnica no Brasil.

Na referida lei, *ipses litteris*:

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. 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.

Com isso, depreende-se que os artigos legais expõem a finalidade de aproximar minorias que, historicamente, não foram capazes de ascender socialmente. Por isso, cabe ressaltar o que está disposto no veículo normativo de máxima hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal, acerca da igualdade. Ao dispor que:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (Brasil, 2014, p. 8).

O Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 reflete o princípio da igualdade formal ao garantir tratamento equitativo por parte do sistema jurídico. Este dispositivo assegura que todos, brasileiros e estrangeiros residentes no país, possuem os mesmos direitos e proteções legais, sem discriminação baseada em raça, gênero, religião ou qualquer outra característica pessoal. Além de afirmar a igualdade perante a lei, o artigo garante a inviolabilidade dos direitos fundamentais, como vida, liberdade, segurança e propriedade, que são essenciais para a justiça e a dignidade humana. Assim, o Artigo 5º não apenas consagra o princípio da igualdade formal, mas também estabelece uma base sólida para a promoção de direitos e a proteção contra injustiças, orientando a elaboração de leis e políticas públicas voltadas para a igualdade material e a equidade social.

Assim, igualdade é um princípio fundamental nas sociedades democráticas e na legislação moderna, refletindo a ideia de que todos os indivíduos devem ser tratados com equidade e dignidade, sem discriminação. Esta abordagem vai além da mera aplicação uniforme da lei, buscando criar condições que permitam a todos os indivíduos alcançar um nível semelhante de bem-estar e sucesso. A combinação dos dois aspectos da igualdade (formal e material) é essencial para construir uma sociedade justa e inclusiva, onde os direitos e oportunidades sejam efetivamente garantidos para todos.

Ao debater sobre igualdade, em seus ensinamentos, José Afonso da Silva (2008) afirma que “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia.” (Silva, 2008). Para José Afonso, o princípio da legalidade abrange a noção de igualdade material, de tratamento segundo condições de desigualdade. Prossegue o autor, afirmando que “o Estado se sujeita ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas por busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.” (Silva, 2008). Assim, propõe o autor que:

A igualdade formal relaciona-se à igualdade perante a lei, enquanto a material sustenta-se a partir da afirmação de que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover igualdade de oportunidades, estabelecendo a elaboração de leis e a implementação de políticas públicas tendentes a extinguir ou diminuir as desigualdades de fato (Silva, 2007, p. 28).

Assim, pode-se compreender, no contexto acadêmico, que a distinção entre igualdade formal e igualdade material é crucial para compreender a aplicação e os limites do princípio da igualdade na legislação e nas políticas públicas.

Contudo, em virtude do elevado grau de desigualdade educacional no Brasil, além das disposições previstas na Lei nº 12.711/12, o Ministério da Educação (MEC) identificou a presença de vulnerabilidades regionais e sociais. Em resposta, a Portaria nº 21 de 2012 conferiu às instituições federais de ensino superior a prerrogativa de conceder um bônus de 10% a 20% na pontuação geral do ENEM aos candidatos no processo seletivo via SISU (Santos; Guzmán; Bianchini, 2023). Esta política de bonificação regional é adicionalmente respaldada pelo Projeto de Lei nº 3.230/21.

É fundamental observar que a legislação não impõe uma obrigatoriedade para que as instituições implementem a política de bonificação. Dessa forma, é responsabilidade das universidades identificar as vulnerabilidades regionais e sociais enfrentadas pelos candidatos em suas respectivas áreas e, se julgarem apropriado, instituir uma política de bonificação para abordar tais desigualdades. A implementação dessa política exige uma análise minuciosa para determinar a área territorial vulnerável, o percentual de bonificação a ser concedido e as características dos candidatos que atenderão aos critérios de seleção. Esse processo visa promover um acesso mais equitativo e inclusivo para os candidatos das regiões consideradas prioritárias (Brasil, 2012).

Nesse contexto, em 2020, dados do atlas da vulnerabilidade social indicaram que a Paraíba ocupa a sexta posição no Índice de Vulnerabilidade Social (IVS) entre as 27

unidades federativas do Brasil, superada apenas pelo Acre, Maranhão, Amazonas, Alagoas e Pernambuco. O IVS é composto por três dimensões, cada uma representada por um subíndice: infraestrutura urbana, capital humano e renda e trabalho. No aspecto de infraestrutura urbana, a Paraíba está na 13ª posição, enquanto em capital humano ocupa a 4ª posição. Em termos de renda e trabalho, a Paraíba está em primeiro lugar (IPEA, 2024).

Em resposta às disparidades identificadas, a Universidade Federal da Paraíba (UFPB) adotou, em 2021, uma política de incentivo regional no processo seletivo realizado pelo SISU. Esta política prevê a adição de um acréscimo de 10% na pontuação final do ENEM para os candidatos que concorreram a uma vaga na UFPB no ano de 2022 por meio do SISU.

3.2 Entendimento jurisprudencial

Utilizada de forma constante no sistema jurídico, a jurisprudência é o conjunto de decisões e interpretações das leis feitas pelos tribunais em um sistema jurídico, que serve como referência para a aplicação do direito em casos futuros. Ela reflete a maneira como os juízes entendem e aplicam a legislação em situações específicas, ajudando a garantir consistência e previsibilidade nas decisões judiciais. Além disso, a jurisprudência pode influenciar a evolução do direito, adaptando-se às mudanças na sociedade e nas necessidades jurídicas.

Pode-se aduzir, pois, quando um tribunal decide um caso, sua decisão pode servir de referência para casos semelhantes que venham a ser julgados posteriormente. Isso cria uma espécie de "precedente", ou seja, uma orientação sobre como as questões legais devem ser abordadas. A jurisprudência é, portanto, uma importante fonte de direito, complementando e detalhando o que está escrito nas leis e códigos.

Com isso, acerca das políticas de ações afirmativas no que se refere à Lei de Cotas, o STF afirmou que, em regra, esse sistema de cotas é constitucional. E, ademais, é legal ser usado para alunos de escolas públicas. Nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR. USO DE CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL. AUTOIDENTIFICAÇÃO. RESERVA DE VAGA OU ESTABELECIMENTO DE COTAS. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. (...) O sistema de cotas em universidades, com base

em critério étnico-racial, é CONSTITUCIONAL. (...) É também constitucional fixar cotas para alunos que sejam egressos de escolas públicas. (STF - RE: 597285 RS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/03/2014)

Ao passo em que a política da Lei de Cotas segue invicta no que tange a sua aceitação no sistema jurídico, o STF julgou opor entender a aplicação da bonificação regional como inconstitucional. Nessa lógica:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCURSO PÚBLICO. BÔNUS DE 10% NA NOTA AOS CANDIDATOS PARAIBANOS RESIDENTES NA PARAÍBA. LEI ESTADUAL Nº 12.753/23 - PB. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. OFENSA AOS ARTS. 5º, 19, II E 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 2. Discriminação em razão da origem. Critério espacial que não se justifica como *discrímén* na busca à garantia do fortalecimento da identidade regional no que concerne aos certames da área de segurança pública estadual. 3. Os princípios da administração pública da isonomia e da vedação à desigualdade entre brasileiros são corolários da igualdade perante a lei, vedadas distinções de qualquer natureza ou preferências que ofendam àqueles que preenchem os requisitos legais para a investidura em cargo ou emprego público. 4. A imposição legal de critérios de distinção entre os candidatos é admitida tão somente quando acompanhada da devida justificativa em razão de interesse público e/ou em decorrência da natureza e das atribuições do cargo ou emprego a ser preenchido. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.753/2023, do Estado da Paraíba. (STF - ADI: 7458 PB, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 12/12/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-01-2024 PUBLIC 09-01-2024)

Desse modo, apesar do Brasil adotar o *civil law*, a jurisprudência, proveniente da *common law* também se enquadra na notoriedade do quadro jurídico vigente, em que usa das decisões jurisprudenciais para manifestar alterações no sistema.

Assim, no âmbito jurisprudencial, as cotas de bonificação regional têm sido objeto de debates e decisões que refletem diferentes entendimentos sobre sua constitucionalidade e eficácia. A divergência de entendimentos, com isso, proporciona uma insegurança jurídica quanto a finalidade das ações afirmativas, visto que ambas as políticas possuem uma única finalidade, bem como maximiza a existência de uma judicialização excessiva e desnecessária pela ausência de uma pacificação do tema.

Em seu voto no Recurso Extraordinário 597.285, o Ministro Luiz Fux ressaltou a importância das políticas de ação afirmativa ao afirmar que "as cotas raciais têm se revelado um instrumento eficaz para a promoção da igualdade material, atuando na desconstrução de um sistema educacional historicamente discriminatório."

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), portanto, ratifica a constitucionalidade das políticas de cotas, incluindo aquelas que consideram critérios regionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada ao longo deste trabalho demonstrou a complexidade e a relevância das políticas de ações afirmativas, como a Lei de Cotas e a bonificação regional, no contexto da promoção da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior no Brasil. Ao confrontar a Lei 12.711/2012, que estabelece cotas para grupos historicamente desfavorecidos, com a política de bonificação regional, observou-se uma tentativa de enfrentar as desigualdades sociais e regionais que impactam o acesso à educação.

Nesse liame, foi usada a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que contribui para a compreensão do dilema ao enfatizar a importância de uma justificativa racional e fundamentada nas decisões jurídicas, em que Alexy defende que as decisões devem ser baseadas em critérios que permitam uma aplicação lógica e justa das normas, respeitando os princípios de igualdade e equidade.

Ademais, o estudo das tradições jurídicas de *civil law* e *common law* serviram como base fundamentadora ao revelarem que a aplicação e interpretação das leis variam conforme o contexto cultural e histórico, o que pode influenciar a forma como políticas de inclusão são implementadas e avaliadas. No Brasil, a incorporação de elementos do *common law* e a evolução das práticas jurídicas refletem uma busca por maior eficácia e equidade nas políticas públicas, como entende-se a atuação de jurisprudências.

A Lei de Cotas, assim, surgiu como uma resposta direta às disparidades raciais e socioeconômicas, assegurando uma reserva de vagas em instituições de ensino superior para estudantes de escolas públicas, de baixa renda, e grupos étnicos específicos. Este modelo tem como objetivo principal a promoção de igualdade material, considerando as desigualdades estruturais e históricas enfrentadas por grupos marginalizados. Com isso, a legislação reflete a necessidade de uma abordagem mais equitativa para garantir que todos tenham oportunidades justas, conforme estipulado pela Constituição Federal e pelos princípios de igualdade formal e material defendidos por José Afonso da Silva.

Por outro lado, a política de bonificação regional, embora tenha uma finalidade similar ao proporcionar acesso mais justo às oportunidades educacionais, enfrenta desafios de interpretação e aplicação. As decisões dos Tribunais Superiores que questionam a constitucionalidade das bonificações regionais evidenciam um dilema ético e jurídico. A discrepância no tratamento das duas políticas – cotas e bonificação regional – revela uma tensão entre a necessidade de corrigir desigualdades históricas e as preocupações com a uniformidade e a justiça na aplicação das leis.

Pelo exposto, as políticas de ações afirmativas, sejam elas por meio de cotas ou bonificação regional, desempenham um papel crucial na promoção da inclusão e da justiça social. Nesse sentido, não faz sentido decidir de forma desigual sobre ações afirmativas que objetivem a diminuição de desigualdades. Dessa forma, a continuidade dos debates jurisprudenciais e a evolução das políticas públicas são necessárias para garantir que as medidas adotadas atendam de forma eficaz às disparidades existentes que, acima de tudo, garantam espaço acadêmico e social igual.

O estudo desta temática, portanto, não só ilumina as complexidades das políticas de inclusão, mas também reforça a necessidade de um compromisso contínuo com a construção de um sistema educacional mais justo e acessível para todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 abril 2024.

BRASIL. Lei n. 12711, de 29 de jun. de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Cotas Raciais**. Brasília, p. 1-1, ago. 2012. Acesso em: Set. 2018.

BRASIL. Portaria Normativa Nº 21, de 5 de novembro de 2012. 2012. **Diário Oficial da União** – Seção 1, Edição Número 214, páginas 8 e 9, terça-feira, 06 de novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186. Relator:** Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 15 abril 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.285. Relator:** Min. Ricardo Lewandowski, 09 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>. Acesso em: 15 abril 2024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, J. J. de. **A política de cotas no ensino superior: ensaio descritivo e analítico do mapa das ações afirmativas no Brasil**. Brasília, DF: Instituto de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa CNPq/Universidade de Brasília, 2013. Disponível em:

GOMES, J. B. B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro, **Renovar**, 2001. http://www.icsw.org/globalconferences/Brazil2006/papers/vicente_faleiros.pdf. Acesso em: 14 abril 2024.

IPEA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil**. 2024.

MONTEIRO, J. M. **10 lições sobre Bourdieu**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

SANTOS, E. dos R.; GUZMÁN, P. R. S.; BIANCHINI, A. R. Ações afirmativas na educação superior: a política de bonificação regional na universidade federal do maranhão. **Revista Exitus**, v. 13, p. e023056–e023056, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 420.

SILVA. **Marco Antônio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana**. In SILVA, Marco Antônio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 231.

STF - RE: 597285 RS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/03/2014

STF - ADI: 7458 PB, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 12/12/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-01-2024 PUBLIC 09-01-2024

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

Artigo enviado em: 01/08/2024

Artigo aceito para publicação em: 15/12/2024.