

**POLÍTICA DE COTAS PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÕES FEDERAIS  
DE ENSINO SUPERIOR: UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR DA LEI N.  
12.711/2012**

Iolanda Pinto de Faria<sup>1</sup>  
Georgina Gonçalves dos Santos<sup>2</sup>  
José Aurivaldo Sacchetta Ramos Mendes<sup>3</sup>

**RESUMO**

A política de cotas para ingresso em instituições federais de ensino superior se fundamenta na necessidade de democratizar o acesso a tais instituições. Ocorre que essa política sofreu mudanças quanto aos seus beneficiários, haja vista que surgiu com o caráter exclusivamente racial e, a partir da Lei n. 12.711/2012, passou a contemplar, também, os aspectos social e econômico. Essa modificação substancial tornou a discussão acerca das políticas de cotas ainda mais complexa. Desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, embora abrangente, não julgou judicialidade, legalidade e legitimidade das ações afirmativas que permitem o acesso de estudantes de origem popular à universidade pública, mas, tão somente, as cotas raciais para o ingresso de negros e índios na Universidade de Brasília (UnB). Estudo de caráter documental e bibliográfico, esse trabalho almeja criticar e iluminar os aspectos sobre constitucionalidade do sistema de cotas implantado nas universidades federais brasileiras pela Lei n. 12.711/2012 urdindo sua direta relação com o processo de democratização do ensino superior no Brasil e o acesso de estudantes negros, ameríndios e de origem popular a esse espaço. Com isso, pretende-se avaliar se tal lei está em conformidade com o ordenamento jurídico e em consonância com a realidade sócio-econômica brasileira, a partir da discussão acerca da função social da universidade e da caracterização da educação enquanto direito fundamental. Para obter resultados justos e efetivos, a política pública de reserva de vagas nas universidades federais deve abarcar a complexidade do cenário sócio-econômico do país, com o objetivo de contemplar o combate às desigualdades sociais e econômicas, constitutivas da sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** política de cotas, constitucionalidade, função social da universidade.

---

<sup>1</sup> Advogada. Servidora pública da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Estudos Interdisciplinares Sobre a Universidade (IHAC/UFBA). Especialista em Direito Administrativo (FGF) e em Direito do Estado (Faculdade Baiana de Direito). Graduada em Direito (UCSal).

<sup>2</sup> Doutora em Sciences de L'education pelo Université Paris 8 - Vincennes-Saint-Denis, França(2007) Administração da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia , Brasil

<sup>3</sup> Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, Brasil(2007) Vice-Diretor do IHAC/UFBA da Universidade Federal da Bahia , Brasil

## 1 INTRODUÇÃO

Em 29 de agosto de 2012, foi sancionada a Lei n. 12.711/12<sup>4</sup>, que estabeleceu a reserva de metade das vagas para ingresso em instituições federais de ensino superior para cotistas, nestes incluídos pretos, pardos e ameríndios oriundos de escola pública. Nessa lei, foram conjugados os critérios racial, social e econômico para a definição dos beneficiários dessa política.

A Lei n. 12.711/12, entretanto, foi precedida de outros programas e medidas implantados por universidades brasileiras, no exercício de sua autonomia acadêmica. Destaca-se, nesse sentido, o Plano de Metas para a integração social, étnica e racial implantado na UnB e objeto de ampla discussão no Supremo Tribunal Federal (STF).

Este estudo propõe comparar os dois instrumentos – o Plano de Metas e a Lei n. 12.711/12 – para atestar uma possível modificação substancial nos critérios adotados, o que reflete no perfil dos beneficiários das cotas e na discussão e argumentos sobre a matéria.

Tema complexo e polêmico, para compreender e opinar sobre instituição da política de reserva de vagas para ingresso em instituições públicas de ensino superior no Brasil, este artigo vai se apoiar em uma perspectiva interdisciplinar. Com o objetivo de contemplar aspectos sociológicos e jurídicos que sustentem a nossa argumentação, a primeira parte do artigo apresentará noções de Direito Constitucional, como a de controle de constitucionalidade, princípios e postulados. A segunda parte discutirá a implementação das cotas para ingresso no ensino superior a partir dos conceitos de raça, pobreza e (des)igualdade. Por fim, a terceira parte do artigo analisará as fontes documentais do estudo, quais sejam: a ADPF 186 e a Lei n. 12.711/12.

Metodologicamente, esse trabalho toma como perspectiva o tratamento da revisão de bibliografia e das fontes documentais mencionadas. É pesquisa bibliográfica, "desenvolvida com base em material já elaborado, construído principalmente de livros e artigos científicos" (GIL, 2002, p. 44) e documental, pois se vale de fontes primárias, que ainda não receberam tratamento analítico (GIL, 2002, p. 45), como, por exemplo, as peças que compuseram a

---

<sup>4</sup> Essa lei, cujo texto está disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>, dispõe sobre o ingresso nas universidades federais bem como nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

ADPF 186, bem como a redação da Constituição Federal e de outras normas relevantes à pesquisa.

A partir da revisão de bibliografia e da análise dos documentos, o estudo chega à conclusão de que a educação é direito fundamental que deve ser concretizado. Para tanto, cumpre ao Estado a implementação de políticas públicas aptas a minimizar as desigualdades brasileiras, contemplando suas dimensões raciais, sociais e econômicas.

## **2 ASPECTOS JURÍDICOS INTRODUTÓRIOS**

A discussão acerca da Lei n. 12.711, que instituiu a política de cotas para ingresso nas universidades federais, e de sua compatibilidade ou desacordo com a Constituição Federal não prescinde da compreensão introdutória de alguns aspectos constitucionais. Dentre esses, destacam-se o controle de constitucionalidade e alguns conceitos que lhe são fundamentais, bem como a noção de igualdade e de proporcionalidade.

Tendo em vista que o Estado democrático de direito, no qual o Estado brasileiro se sustenta, parte da ideia do direito como mecanismo de coesão social, a ordem constitucional é o *standard* de como os atos da vida pública e privada devem ser procedidos. A Constituição Federal enuncia ordens democraticamente propostas pela sociedade para a gerência do Estado pelos governantes.

Assim, a posição ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico, os valores e princípios nela previstos orientam o estudo sócio-jurídico da política de cotas para ingresso em instituições federais de ensino superior.

A Constituição Federal de 1988 possui supremacia material e formal<sup>5</sup> em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e todas as normas infraconstitucionais devem estar afinadas ao seu conteúdo. E, embora as leis gozem da presunção de serem constitucionais, o mecanismo de avaliação e garantia a obediência das leis, ações e omissões do Poder Público à Constituição é o controle de constitucionalidade.

---

<sup>5</sup> A supremacia material da Constituição é a supremacia de seu conteúdo, que trata de Direitos Fundamentais, Estrutura do Estado e Organização dos Poderes. A formal, por sua vez, deriva da sua rigidez, pois a Constituição Federal exige processo mais solene e complexo para a alteração de seus dispositivos.

Segundo Lenza (2010, p. 195), a ideia de controle pressupõe um escalonamento normativo e a Constituição, sendo norma de validade para os demais atos normativos do sistema, ocupa um grau máximo nesta escala. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, portanto, tem como parâmetro - ou norma de referência - a Constituição e, como objeto, ato, norma ou omissão do Poder Público. Por meio desse controle, a (in)constitucionalidade de determinado ato ou lei é analisada<sup>6</sup>.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade é o instrumento utilizado pelo Poder Público, geralmente o Poder Judiciário, para conter quaisquer desobediências às normas constitucionais. Fundamenta-se na supremacia da Constituição Federal, que exige como consequência que todo ordenamento jurídico esteja em consonância com os seus princípios e valores. O controle de constitucionalidade é, portanto, instrumento importante no equilíbrio entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A divisão desses poderes e delimitação de suas funções, como proposto pelo Barão de Montesquieu, em "O espírito das leis"<sup>7</sup>, deve ser mantida de forma harmônica e independente, evitando a concentração de poderes em um só órgão. Para Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 279), tal harmonia, característica do sistema de "freios e contrapesos", não deve, entretanto, comprometer a independência e a autonomia dos órgãos do Estado.

O controle de constitucionalidade tem, pois, a direta e indispensável função de impedir que o Poder Público viole, omissiva ou comissivamente, os preceitos constitucionais. De forma oblíqua, portanto, o controle protege os cidadãos, assegurando-lhes os seus direitos constitucionalmente previstos.

[...] nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao

---

<sup>6</sup> Há exceções desse controle no texto constitucional, a exemplo do não cabimento de controle de constitucionalidade de atos dos particulares, haja vista que "os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se, propriamente, a atos ou omissões dos Poderes Públicos" (MENDES; BRANCO, 2012, pp. 1424-1425), bem como do caráter não normativo do preâmbulo da Constituição Federal, que deve ser utilizado como critério de interpretação, não servindo como norma de referência para aferição de constitucionalidade. Embora não seja posicionamento incontroverso, esse é o nosso entendimento em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003.

<sup>7</sup> "Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou de nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers". (MONTESQUIEU, 1875).

estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2005, p. 110)

Para que esse sistema funcione, todos os Poderes devem proteger os princípios constitucionais, bem como frear qualquer avanço autoritário sobre tais valores. Diante disso, não raras vezes os atos do Poder Público têm sua constitucionalidade questionada, mormente quando almejam mudanças substanciais<sup>8</sup>.

## **2.1 CONTROLE CONCENTRADO: O SISTEMA ADOTADO NO BRASIL**

Para compreender o questionamento da obediência da política de cotas nas universidades públicas aos valores constitucionais, é indispensável compreender a noção prévia de alguns aspectos do controle de constitucionalidade.

Quanto ao aspecto temporal, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo. Será preventivo, como o próprio nome sugere, o controle realizado antes da violação ao preceito constitucional, ao passo que será repressivo o controle posterior à violação constitucional. No Brasil, entretanto, controle realizado por órgão do Poder Judiciário é, habitualmente<sup>9</sup>, repressivo.

O controle judicial repressivo, por sua vez, quanto à competência jurisdicional, é misto, posto que poderá ser difuso ou concentrado. O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou Tribunal, dentro da sua competência. O controle concentrado, contudo, só pode ser realizado por um órgão que, no tocante ao descumprimento de preceitos da Constituição Federal<sup>10</sup>, é o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>8</sup> Com o Plano de Metas implementado na UnB para o ingresso de negros e ameríndios em universidades públicas, conforme veremos adiante, não foi diferente.

<sup>9</sup> "No sistema brasileiro, admite-se o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de ementa constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º)". (MENDES; BRANCO, 2012, pp. 1426 e 1427).

<sup>10</sup> Se o parâmetro for uma Constituição Estadual, ou seja, se lei estadual contrariar norma prevista na Constituição do estado, a competência será do Tribunal de Justiça do respectivo estado.

O controle judicial misto, portanto, é a previsão, no sistema jurídico brasileiro, dessas duas modalidades, conforme assevera Mendes e Branco (2012)

[...] o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula - Tribunal Supremo ou Corte Constitucional - a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. (MENDES E BRANCO, 2012, p. 1429)

O controle de constitucionalidade no Brasil, difuso ou concentrado, almeja a proteção dos preceitos constitucionais. No tocante às ações afirmativas, é o princípio da igualdade que protagoniza o debate constitucional acerca do tema.

Vale ressaltar, porém, que o conceito de igualdade não é uno. Para Gomes (2007, p. 51), o princípio da igualdade foi resignificado, deixando de ser, tão somente, o princípio de igualdade formal perante a lei, migrando para o *status* de objetivo constitucional. O princípio da igualdade passa, desse modo, a contemplar seu aspecto substancial, cumprindo ao intérprete constitucional utilizá-lo com o fito de minimizar as desigualdades sociais.

## **2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL E SUA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE**

Ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei, a Constituição Federal não define que a lei não possa criar elementos discriminadores em determinadas situações. Contudo, deve-se observar se tais elementos estão em consonância com o que preconiza a Constituição Federal. Isto é, a discriminação deve proteger, de modo adequado, razoável e proporcional, um valor constitucional.

**A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. 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.** Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1999, grifo nosso)

Para melhor compreender a relevância da atuação estatal na minimização das desigualdades, é necessário entender as duas acepções do princípio da igualdade: a formal e a material<sup>11</sup>. A igualdade formal deve ser compreendida como a igualdade civil de todos perante a lei. A igualdade material, por sua vez, consiste no tratamento igualitário àqueles que se assemelham e, também, no tratamento diferenciado aos indivíduos que estão em categorias diversas. O princípio da igualdade material tem, pois, a finalidade de conduzir os intérpretes constitucionais à consagração do Estado Social<sup>12</sup>.

Na perseguição dos objetivos fundamentais elencados na Constituição Federal, é preciso implantar políticas públicas, sobretudo aquelas voltadas para a democratização do acesso ao ensino superior público, que ofereçam tratamento diferenciado àqueles que são desiguais.

Em artigo em que apresenta um panorama do desenvolvimento das políticas de cotas no Brasil, Moehlecke (2002, p. 208) ressalta que o princípio da igualdade, embora esteja previsto desde a Constituição do Império, em 1824, tem sido reinterpretado ao longo dos anos. Isso se dá porque a Constituição se dirige à sociedade, devendo os dispositivos constitucionais serem interpretados a partir da sua função social. Cumpre ao hermenauta jurídico, assim, o exercício de manter os institutos constitucionais em consonância com as demandas sociais e com as finalidades precípua da Constituição Federal.

Para Bandeira de Mello (2013, p. 10) não é bastante lembrar Aristóteles para quem igualdade é o tratamento igual aos iguais e desigual para os desiguais. Segundo o autor, para que seja cumprido o princípio da igualdade, o tratamento desigual deve ser proporcional às diferenças. É definir quem são os iguais, quem são os desiguais e, sobretudo, qual é a medida da desigualdade.

---

<sup>11</sup> Além do art. 5º da Constituição de 1988, que consagra a igualdade formal de todos perante a lei, o texto constitucional consagra a igualdade material, como, por exemplo, no art. 3º, III e nas normas que asseguram os direitos sociais.

<sup>12</sup> "[...] no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei." (LENZA, 2010, p. 751).

A nosso ver o debate acerca das ações afirmativas que estabelecem reservas de vagas, sejam elas raciais, sociais ou econômicas, se esteia no questionamento se as cotas são proporcionais às desigualdades e, com isso, se são justas e cumprem a função social.

A proporcionalidade, na moderna classificação de espécies normativas, é postulado normativo, terceira modalidade, diversa das regras e dos princípios. Os postulados diferenciam-se das demais normas jurídicas porque estabelecem os procedimentos de aplicação de outras normas. São utilizados como instrumento para interpretar outra norma, seja ela princípio ou regra.

Os postulados normativos se diferenciam das regras jurídicas, pois os postulados não estruturam comportamentos a serem realizados.

Os postulados normativos importam na ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos. (ÁVILA, 2005, p. 90)

Diferenciam-se, também, dos princípios. Enquanto esses acarretam em prescrições indiretas para a promoção de um fim ideal, aqueles consagram a estruturação aplicativa dos princípios. Ora, os postulados elucidam como deve ser feita a aplicação das normas. Não possuem natureza material, mas instrumental.

Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão. (ÁVILA, 2007, p. 05)

Desse modo, o chamado “princípio da proporcionalidade” é estruturalmente denominado, sob a classificação tricotômica de normas jurídicas, como postulado normativo e sua aplicação tem de proceder a uma tripla e sucessiva análise fundamental que consiste nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente.

A adequação é uma relação entre meio e fim. Nesse primeiro plano, averigua-se se “as medidas interventivas adotadas são aptas a atingir os objetivos pretendidos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 244). O meio utilizado deve ser apto a alcançar ou promover o fim pretendido.

A necessidade é também denominada de exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível e corresponde à constatação da inexistência de outros meios disponíveis e menos restritivos para a consecução do fim almejado. Desse modo, dentre os vários meios existentes, e que promovam igualmente um determinado fim, deve-se optar pelo menos gravoso possível.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a avaliação das benesses emergidas pela promoção do objetivo e das desvantagens das restrições impostas. Para que um ato seja proporcional, a promoção de um direito fundamental tem que ser maior que a restrição de outro.

O juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há que resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 251)

Desse modo, para ser congruente ao postulado da proporcionalidade, a reserva de vagas para ingresso no ensino superior público deve ser adequada, necessária e proporcional. Assim, afirmar que as cotas implantadas na UnB ou as cotas definidas na Lei 12.711/2012 são constitucionais é assegurar, também, a obediência dessas reservas de vagas ao princípio da igualdade e ao postulado da proporcionalidade. É assegurar que o tratamento desigual adotado contempla desiguais na medida estrita da desigualdade, na tentativa de concretizar os objetivos impostos pela Constituição de 1988 no seu art. 3º.

### **3 EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL**

#### **3.1 DIREITO À EDUCAÇÃO: DIREITO SOCIAL OU FUNDAMENTAL?**

O Direito à Educação, bem como os direitos à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia e ao lazer, dentre outros, estão previstos no art. 6º da Constituição Federal como direitos sociais. São normas de princípio programático que esboçam os programas que devem ser concretizados pelo Poder Público. São normas por meio “das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e

administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, 1998, p. 138).

Desse modo, a simples inclusão da educação no texto constitucional não é bastante para assegurá-la aos indivíduos. É necessário que o Poder Público, a partir da implementação de políticas públicas, proporcione o real exercício de tal direito. O direito à educação é um direito à prestação estatal.

Diferentemente dos direitos fundamentais de defesa<sup>13</sup>, com caráter essencialmente negativo, nos quais se exige do Estado postura absenteísta, os direitos a prestações visam instaurar a igualdade e, para isso, exigem do Estado prestação positiva, seja ela material ou jurídica. Desse modo, os direitos sociais guardam relação harmônica com os direitos e garantias individuais.

A expressa previsão constitucional de que a educação é um direito social não afasta a discussão acerca da sua natureza fundamental, haja vista que a educação é direito inerente à dignidade da pessoa humana e já consagrado em diversos países (RANIERI, 2009, p. 22). O direito à educação se caracteriza como fundamental porque é universal, inalienável e indisponível.

Assim, o direito à educação superior é direito social e fundamental, havendo no ordenamento jurídico brasileiro diversos instrumentos e garantias que visam e asseguram o seu cumprimento. Nesse cenário, as políticas públicas emergem como um dever constitucional da Administração Pública, que tem o compromisso com o desenvolvimento dos direitos fundamentais (VALLE, 2009, p. 89). O direito à educação - nele incluída a superior - requer um agir estatal que o viabilize.

[...] vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos a alcançar os seus fins. (RANIERI, 2009, p. 23)

---

<sup>13</sup> Os Direitos de Defesa foram criados para impedir que o Estado afrontasse sobre os direitos dos indivíduos.

As políticas públicas relacionadas à educação superior são, nesse contexto, as ações do Poder Público voltadas para o cumprimento da Constituição. E as ações afirmativas, para Gomes (2007, p. 55), são um "conjunto de políticas pública e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário".

Desse modo, a política de cotas implantada no Brasil a partir da Lei 12.711/2012 foi medida de discriminação positiva<sup>14</sup> com o objetivo de democratizar o acesso ao ensino superior público. Tal objetivo decorre do próprio conceito de ação afirmativa que, para Moehlecke (2002) é

[...] uma ação reparatória/compensatória e/ou preventiva, que busca corrigir uma situação de discriminação e desigualdade infringida a certos grupos no passado, presente ou futuro, através da valorização social, econômica, política e/ou cultural desses grupos, durante um período limitado. A ênfase em um ou mais desses aspectos dependerá do grupo visado e do contexto histórico e social. (MOEHLECKE, 2002, p. 203)

Guarnieri e Melo-Silva (2007, p. 70), ao definirem as ações afirmativas como "medidas de caráter social que visam à democratização do acesso a meios fundamentais – como emprego e educação – por parte da população em geral" complementam esse conceito e ressaltam que essas medidas visam a promoção de igualdade de condições na busca desses meios fundamentais.

### **3.2 COTAS RACIAIS: O ARGUMENTO DE MISCIGENAÇÃO**

Ao defender a relevância social das ações afirmativas e a implantação da política de cotas raciais para ingresso no ensino superior público, Gomes (2007, p. 61) afirma que "o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa". Salienta, também, que o Brasil, antes mesmo de implementar tal política, já possuía ações afirmativas consagradas no texto constitucional, a exemplo daquelas que contemplam as relações de gênero e os portadores de deficiência.

Inobstante a previsão constitucional de institutos semelhantes e pouco controvertidos, a política de cotas nas universidades públicas encontrou forte resistência. Ao trazer esse destaque, Gomes (2007, p. 71) cita que um dos argumentos contrários a essa política é a

<sup>14</sup> Compactuamos com o sentido de "discriminação positiva" utilizado por Gomes (2005): "[...] mecanismos de integração social largamente adotados nos Estados Unidos sob a denominação de 'affirmative action' (ação afirmativa) e na Europa, sob o nome de 'discrimination positive' (discriminação positiva) e de 'action positive' ('ação positiva')".

"suposta impossibilidade de determinar a afro-descendência dos candidatos ao vestibular, em razão da miscigenação da sociedade brasileira".

Na peça inicial da ADPF 186, o Partido Democratas contesta a implementação de cotas raciais para acesso ao ensino superior, delimitando o conceito de negro à perspectiva biológica. Em síntese, conclui que a sociedade brasileira é mestiça, não sendo possível aferir os beneficiários da política de cotas.

Há autores, porém, que argumentam que essa crítica é, além de frágil, interessada, posto que a ideia identidade nacional mestiça fundamenta o mito da democracia racial, mantenedor do *status quo* de desigualdade racial. Nessa linha, Guarnieri e Melo-Silva (2007, p. 71) defendem que o debate das ações afirmativas raciais só é possível a partir de uma "releitura da identidade nacional de culto à miscigenação".

Também nesse sentido, Carvalho (2011), a partir da premissa de ser o Brasil um país racializado, tece críticas a autores como Gilberto Freyre, Sérgio Buarque, Darcy Ribeiro e Jorge Amado, nomeando-os ideólogos da "hierarquia racial conciliadora". Para Carvalho (2011), esses autores fortaleceram o mito da democracia racial e da mestiçagem e, desse modo, contribuíram para a invisibilidade do racismo no Brasil.

Gilberto Freyre e Jorge Amado (e também Darcy Ribeiro, apesar de denunciar o racismo) são veementes na proibição da negritude, colocando-se deste modo explicitamente contra o desejo e a decisão de uma coletividade de negros. Propõem (ou ordenam, retoricamente) que sejamos todos morenos. Os três brancos-sem-cor Gilberto Freyre, Jorge Amado e Darcy Ribeiro, defendem a morenidade como se os dois contingentes, brancos e negros, fossem afetados igualmente por essa mudança de identificação. (CARVALHO, 2011, p. 105)

Em "Dialética das relações raciais", Ianni (2004) traz posicionamento semelhante ao asseverar que

[...] essa expressão ("o mito da democracia racial") dissimula uma sofisticada forma de racismo patriarcal, patrimonial, elaborada desde o alpendre da casa-grande. Mais do que isso, pode ser uma cruel mistificação da desigualdade, da intolerância, do preconceito, do etnicismo ou do racismo, como "argamassas" da ordem social vigente, da lei e da ordem. [...] implica neutralizar eventuais reações ou protestos, reivindicações ou lutas dos estigmatizados, definidos de antemão como participantes tolerados da "comunidade nacional". (IANNI, 2004, p. 25)

Quanto ao conceito de raça, há acepções que devem ser afastadas quando tratado o tema ações afirmativas. Isso porque o conceito de raça adotado pela política de cotas para a inclusão de negros e ameríndios nas instituições de ensino superior não se confunde com o biológico. Afastada a identidade nacional mestiça, resta a (in)definição de quem é negro no Brasil. Na linha de argumentação desses autores, é notório que o conceito objetivo e biológico de raça não dá conta da complexidade da discussão, sendo necessário ressignificá-lo na busca pela democracia racial.

Ianni (2004) esclarece que:

[...] a "raça" não é uma condição biológica como a etnia, mas uma condição social, psicossocial e cultural, criada, reiterada e desenvolvida na trama das relações sociais, envolvendo jogos de forças sociais e progressos de dominação e apropriação. Racionalizar uns e outros, pela classificação e hierarquização, revela-se inclusive uma técnica política, garantindo a articulação sistêmica em que se fundam as estruturas de poder. (IANNI, 2004, p. 23)

A partir de conceito de raça semelhante ao de Ianni (2004), Carvalho (2011, p. 08) analisa o "racismo acadêmico". Segundo o professor, "existe racismo onde o resultado do convívio social multi-racial é a exclusão sistemática e generalizada do grupo racial negro". Ora, como salienta o próprio autor, a definição de "racismo" utilizada não é meramente jurídica.

Para o Direito, mormente o penal, racismo é crime inafiançável e imprescritível (BRASIL, 1988). Racismo é cada um dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor previstos na Lei n. 7.716/89. Ocorre que, com exceção do art. 20 dessa lei, todos os tipos penais são casuísticos e punem tão somente condutas específicas, como "negar ou obstar emprego em empresa privada" (BRASIL, 1989). O art. 20<sup>15</sup>, "caput", incluído pela Lei n. 8.081/90 e alterado pela Lei n. 9.459/97, traz uma redação mais genérica e abrangente, possibilitando a punição de outras formas de preconceito e discriminação que não se encaixam nas demais previsões dessa lei. Nada obstante, nem mesmo o artigo 20 da Lei n. 7.716/89 exaure a complexidade e a abrangência na qual ao termo "racismo" - ou, de modo oblíquo, "raça" - é utilizado pelas políticas públicas de ações afirmativas.

---

<sup>15</sup> "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa". (BRASIL, 1989)

Assim, é uma das premissas para estudar ações afirmativas raciais saber que não é o conceito restritivo, legal e penal de racismo que fundamenta a política de cotas raciais para ingresso no ensino superior, mas a compreensão da complexidade desse termo, que abarca, também, dimensões sociológicas, psicológicas e históricas.

Fanon (2008) ressalta que "fazendo-se apelo à humanidade, ao sentimento de dignidade, ao amor, à caridade, seria fácil provar ou forçar a admissão de que o negro é igual ao branco" (FANON, 2008, p. 44). Nessa oportunidade, salienta que o seu objetivo é outro. Com sucesso, o autor analisa as diversas questões e os muitos aspectos que constituíram - e constituem - a identidade negra. Ele pretende "[...] ajudar o negro a se libertar do arsenal de complexos germinados no seio da situação colonial" (FANON, 2008, p. 44).

Munanga (2004), por sua vez, problematizou a complexidade do conceito, afirmando que, "num país que desenvolveu o desejo de branqueamento, não é fácil apresentar uma definição de quem é negro ou não" (MUNANGA, 2004, p. 52). Para ele, não é a genética que conceituará quem é negro no Brasil, haja vista que "os conceitos de negro e de branco têm um fundamento etno-semântico, político e ideológico, mas não um conteúdo biológico" (MUNANGA, 2004, p. 52).

Nesse sentido, Carvalho (2011) sintetiza o conceito de negro, no Brasil, de modo absolutamente prático e cotidiano ao asseverar que

[...] ser branco no Brasil é levar vantagem diária sobre os negros. Mesmo não existindo raças no sentido biológico do termo, a representação social da diferença é racializada fenotipicamente - basta olhar para a televisão, das novelas à publicidade. (CARVALHO, 2011, p. 102)

Desse modo, entender a dimensão social do conceito de raça facilita compreender o tríptico critério adotado pela Lei n. 12.711/12 que dispõe que, das vagas reservadas para cotistas oriundos de escolas públicas, 50% (cinquenta por cento) delas devem ser preenchidas por "estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) 'per capita'" (BRASIL, 2012) e que todas as vagas reservadas "serão preenchidas [...] 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" (BRASIL, 2012).

### 3.3 AS DIMENSÕES SOCIAIS E ECONÔMICAS DA POLÍTICA DE COTAS

Embora sejam comumente confundidos, os critérios sociais e econômicos para ingresso na universidade pública por meio de cotas são distintos. Isso porque, ao estabelecer a reserva de cinquenta por cento vagas nos cursos de graduação para estudantes egressos de escolas públicas, a Lei 12.711/2012 estabelece um critério social que não coincide, necessariamente, com o econômico.

Ademais, quando dispõe que cinquenta por cento dessas vagas será destinada para estudantes oriundos de famílias com renda *per capita* igual ou inferior a um salário-mínimo e meio, essa mesma lei contempla, também, o critério econômico. Esse recorte econômico dado ao estudo da desigualdade brasileira deve ser realizado cuidadosamente. Isso porque esse critério é reiteradamente utilizado para resumir as questões sociais às patrimoniais. Para Souza (2009, p. 19), na reprodução das classes sociais e de seus privilégios, a transferência de "valores imateriais" é o mais relevante aspecto, também denominado "herança imaterial".

[...] mesmo nas classes altas, que monopolizam o poder econômico, os filhos só terão a mesma vida privilegiada dos pais se herdarem também o “estilo de vida”, a “naturalidade” para se comportar em reuniões sociais, o que é aprendido desde tenra idade na própria casa com amigos e visitas dos pais, ao aprender o que é “de bom tom”, ao aprender a não serem “over” na demonstração de riqueza como os “novos ricos” e “emergentes” etc. Algum capital cultural é também necessário para não se confundir com o “rico bronco”, que não é levado a sério por seus pares, ainda que esse capital cultural seja, muito frequentemente, mero adorno e culto das aparências, significando conhecimento de vinhos, roupas, locais “in” em cidades “charmosas” da Europa ou dos Estados Unidos etc. (SOUZA, 2009, p. 19)

A relevância da desigualdade social, porém, não afasta o critério econômico da política de cotas. A pobreza - assim como a desigualdade racial - é um dos aspectos que compõem o complexo conceito de desigualdade social no Brasil e que, portanto, deve ser contemplada pelas ações afirmativas.

Quanto mais complexos os critérios adotados, a nosso ver, mais a política de cotas se aproximará da realidade brasileira e mais incomodará as elites. Além de não se sentirem responsáveis pela desigualdade social, as elites brasileiras não se dispõem a ceder os privilégios usufruídos em todas as esferas de poder (GUIMARÃES, 2002, p. 70). Desse

modo, é previsível que as ações afirmativas que estabelecem a política de cotas, bem como qualquer outro mecanismo de reparação ou democratização das instituições públicas enfrentem resistência.

Quando se discute a reserva de vagas para ingresso em instituições públicas, o argumento do mérito é a crítica que se destaca. A partir dele, a desigualdade é justificada como produto da qualidade de cada indivíduo (SOUZA, 2005, p. 47).

Como todas as condições sociais, emocionais, morais e econômicas que permitem criar o indivíduo produtivo e competitivo em todas as esferas da vida simplesmente não são percebidas, o “fracasso” dos indivíduos das classes não privilegiadas pode ser percebido como “culpa” individual. As raízes familiares da reprodução do privilégio de classe e o abandono social e político secular de classes sociais inteiras, cotidianamente exercido pela sociedade inteira, são tornados invisíveis para propiciar a “boa consciência do privilégio”, seja econômico (das classes altas), seja cultural (das classes médias), e torná-lo legítimo. (SOUZA, 2009, p. 20)

Desse modo, o mérito passa a ser mecanismo legitimador da reprodução das desigualdades, recaindo sobre cada indivíduo o louvor ou o fardo de, respectivamente, obterem o êxito ou fracassarem no acesso aos espaços de prestígio. Quanto à universidade, na discussão jurídica da política de cotas, esse foi um dos argumentos protagonizou a ADPF 186.

#### **4 ADPF 186 E LEI N. 12.711/12: OS PRIMEIROS PASSOS RUMO À DEMOCRATIZAÇÃO DA UNIVERSIDADE BRASILEIRA**

A Universidade é a instituição na qual, por excelência, é promovido o imperativo constitucional da educação, mormente no tocante ao ensino superior público. Era preciso, porém, torná-la acessível às minorias: democratizá-la. Ora, para isso, necessário se faz compreender que democracia não é uma premissa majoritária, isto é, não é sinônimo de vontade da maioria. Desse modo, o conceito não é meramente formal, mas, sobretudo, substancial, abarcando a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, inclusive pelas minorias. Nesse sentido, vale ressaltar a crítica de Bourdieu (2011), segundo a qual

[...] se considerarmos seriamente as desigualdades socialmente condicionadas diante da escola e da cultura, somos obrigados a concluir que a equidade formal à qual obedece todo o sistema escolar é injusta de fato, e que, em toda sociedade onde se proclamam ideais democráticos, ela protege

melhor os privilégios do que a transmissão aberta dos privilégios. (BOURDIEU, 2011, p. 53)

Nesse sentido, Almeida-Filho (2007, p. 93) traz a reflexão do então Ministro da Educação Cristóvam Buarque que, em 2003, afirmou que “a universidade pública precisa colaborar no resgate da imensa dívida social e histórica da sociedade brasileira”. A universidade, enquanto instituição que formará as próximas gerações de profissionais, cidadãos e sujeitos, tem o dever de auxiliar na promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, fundamentos previstos na Constituição Federal.

Cabe à universidade pública obedecer aos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, da gestão democrática do ensino público e da consideração com a diversidade étnico-racial (BRASIL, 1996). A universidade deve ser um instrumento de transformação social. Para cumprir o seu compromisso social, a universidade deve abrir-se às minorias.

A reparação pela via da educação é uma obrigação social de toda instituição de ensino superior que mereça o nome de universidade. A natureza pública da instituição universitária federal, todo do sistema de educação pública, portanto, justifica priorizar – e não privilegiar – alunos de escolas públicas que conseguem atingir níveis de formação que os capacitam a prosseguir para o ensino superior. (ALMEIDA-FILHO, 2007, pp. 103 e 104)

Ao assegurar o direito à educação para todos, a Constituição Federal impôs que o ensino deve ser democratizado, sendo inconstitucional a manutenção do seu acesso para uma parcela privilegiada que, historicamente, se beneficiou com a ideia da igualdade meramente formal e com o mito democracia racial.

A realidade predominante – e ainda não absolutamente afastada – no cenário anterior ao processo de democratização do ensino superior brasileiro por meio da adoção do sistema de cotas era a concentração do conhecimento acadêmico e, em sentido lato, do poder em um grupo delimitado de indivíduos. Para melhor compreendermos esse fenômeno, faz-se necessário entender a universidade como um campo de poder, na concepção de Pierre Bourdieu. Segundo o sociólogo, a “instituição escolar *contribui* para reproduzir a distribuição do capital cultural e, assim, a estrutura do espaço social” (BOURDIEU, 1996, p. 35). Desse

modo, a manutenção da universidade como instituição de formação das elites e reprodução do capital cultural serve ao interesse dos sujeitos detentores deste capital.

Nesse sentido, há um evidente distanciamento do pensamento Marxista, que defende o aspecto econômico como definidor da posição do indivíduo e de sua classe. Para Bourdieu, essa análise não pode ser linear, pois o espaço social é complexo e há vários elementos que se relacionam e que compõem o sujeito e o modo como ele interage com os outros e com o espaço social.

O modelo de ensino superior que vivenciamos, por exemplo, foi forjado para educar apenas uma parcela determinada da população. A observação Bourdieu (1996), referindo-se às realidades do Japão e da França, a nosso ver, converge com a observada no Brasil.

Assim, no Japão, como na França, temos uma *nobreza escolar hereditária* de dirigentes de indústria, de grandes médicos, de altos funcionários e até de dirigentes políticos, e essa nobreza de escola comporta uma parte importante de herdeiros da antiga nobreza de sangue que *reconverteram* seus títulos nobiliárquicos em títulos escolares. (BOURDIEU, 1996, p. 39)

Desse modo, instituir a política de cotas é democratizar o acesso ao ensino superior, viabilizando o ingresso de estudantes que não são oriundos de categorias sociais privilegiadas. Esse acesso, contudo, não se daria senão com enfrentamento de resistências. No campo jurídico, a ADPF 186, que almejava a declaração de inconstitucionalidade da política de cotas implementada pela Universidade de Brasília, foi a resistência emblemática. Por ser a universidade local construído para acolher uma nobreza, a implantação do sistema de cotas desencadeou ação para questionar sua conformidade com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.1 ADPF 186: DA ARGUIÇÃO AO JULGAMENTO**

Em 20 de julho de 2009, o Partido Democratas ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, almejando a declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público<sup>16</sup> que instituíram as cotas raciais na Universidade de Brasília. Foi requerida, também,

<sup>16</sup> a) Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 06 de junho de 2003; b) Resolução n. 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); c) Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília (UNB), especificamente os pontos I (“Objetivo”); II (“Ações para alcançar o objetivo”), 1 (“Acesso”), alínea “a”; II (“Ações para alcançar o objetivo”), II (“Permanência”), “1”, “2” e “3, a, b, c”; e III (“Caminhos para a implementação”), itens 1, 2 e 3; d) Edital n. 2, de 20 de abril de 2009,

a suspensão liminar<sup>17</sup> da eficácia destes atos. Na decisão da medida cautelar, em 31 de julho de 2009, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido, ressaltando não vislumbrar qualquer razão para a suspensão da matrícula dos candidatos aprovados no vestibular da Universidade de Brasília. Salientou, também, que

Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. (ACOMPANHAMENTO..., 2014)

O julgamento de mérito, por sua vez, ocorreu nas sessões dos dias 25 e 26 de abril de 2012, quando, após as sustentações orais do Partido Democratas, da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União, bem como da manifestação dos *amici curiae*<sup>18</sup>, foram proferidos os votos dos ministros e consagrada a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília.

#### **4.1.1 ESTUDO DA PETIÇÃO INICIAL**

A peça vestibular da ADPF 186 alegou a violação ao princípio republicano e à dignidade da pessoa humana, à vedação ao preconceito de cor e à discriminação, ao repúdio ao racismo, à igualdade, à legalidade, ao direito à informação dos órgãos públicos, ao combate ao racismo, bem como ao devido processo legal e ao princípio da proporcionalidade. Arguiu-se, também, a desobediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade.

O Partido Democratas asseverou que o sistema de cotas raciais instituído na UnB afrontava o direito universal à educação, a igualdade nas condições de acesso e ensino, a autonomia universitária e o princípio meritocrático, que determina o acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um.

---

do 2º Vestibular de 2009, do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos, especificamente os itens 2 (subitens 2.2, 2.2.1, 2.3), 3 (subitem 2.9.8) e 7.

<sup>17</sup> O pedido de medida liminar urgente visava a suspensão dos efeitos dos atos elencados até a decisão final do processo.

<sup>18</sup> *Amici curiae* é o plural de *amicus curiae*, expressão latina significa "amigo da corte". *Amicus curiae* define o sujeito que intervém no processo para auxiliar o juiz a decidir, colaborando com o Tribunal. Oriundo do *Common Law*, especialmente em causas tecnicamente muito complexas ou com grande repercussão social, é um sujeito cuja participação qualifica e aprimora o exercício da função jurisdicional.

A despeito de terem sido alegadas pelo Partido Democratas, preliminarmente, matérias de ordem formal e processual<sup>19</sup>, são trazidas, no mérito da arguição, as discussões sobre raça, racismo, escravidão negra, a manipulação dos indicadores sociais envolvendo a raça e os sistemas de classificação racial e princípio da proporcionalidade.

O Partido Democratas asseverou que a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas do vestibular da UnB era a implementação de um Estado Racializado ou de um Racismo Institucionalizado, como o foi nos Estados Unidos, em Ruanda e na África do Sul. Desse modo, a reserva, supostamente, não contribuía para a construção de uma sociedade justa e solidária, como preconiza a Constituição Federal, ao definir os objetivos fundamentais do Brasil.

Na ação, alegou-se que “no Brasil, ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro [...]. Aqui, a dificuldade de acesso à educação e a posições sociais elevadas decorreria, sobretudo, da precária situação econômica” (ACOMPANHAMENTO..., 2014).

Para o Partido Democratas, analisar a implantação do sistema de cotas era admitir “a necessidade de programas afirmativos para integrar o negro” (ACOMPANHAMENTO..., 2014) e

[...] a racialização do Brasil, a partir da violação à igualdade, à moralidade, à publicidade, ao mérito, à autonomia universitária, à vedação ao racismo, além da discriminação reversa e da possibilidade de inserir o ódio entre negros e brancos como elemento de destaque na outrora unidade nacional. (ACOMPANHAMENTO..., 2014)

Afirmou, também, que a implantação de cotas raciais não era meio apropriado - adequado - para construir uma sociedade mais justa, tolerante e igualitária e que o critério adotado pela Universidade de Brasília não era o estritamente necessário. Não era, portanto, proporcional reservar parte das cotas do vestibular da UnB para negros.

---

<sup>19</sup> A legitimidade ativa, constitucionalmente conferida ao supracitado partido para propor a ação, bem como o cabimento da ADPF diante da suposta ameaça ou violação a preceito fundamental por Ato do Poder Público cuja lesividade não pode ser sanada por outro meio eficaz. Nesse sentido, vale destacar a redação do artigo 103, VIII da Constituição Federal.

Ademais, a petição inicial conduz para uma discussão biológica dos conceitos de negro e afrodescendente. Utiliza-se de estudos genéticos para desqualificar o conceito de negro, sendo colacionado à peça, inclusive, a explicação do geneticista Sérgio Pena (ACOMPANHAMENTO..., 2014). Nesse sentido, concluiu que a sociedade brasileira é mestiça, não sendo possível aferir os possíveis beneficiários da política de cotas. Essa delimitação do conceito de negro à perspectiva biológica é posicionamento comum entre aqueles que contestam a implementação de cotas raciais para acesso ao ensino superior.

#### **4.1.2 ESTUDO DA DECISÃO**

O julgamento de mérito da ADPF 186 pelo Supremo ocorreu nas sessões dos dias 25 e 26 de abril de 2012. Nessa oportunidade, falaram a advogada do Partido Democratas e os representantes<sup>20</sup> dos interessados<sup>21</sup>. Manifestaram-se, ainda, os *amici curiae*<sup>22</sup> e a Vice-Procuradora-Geral da República, representando o Ministério Público Federal.

As sessões foram presididas pelo Ministro Carlos Ayres Britto, tendo todos os ministros - com exceção do Ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido - votado pela improcedência da Arguição e, conseqüentemente, pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais adotado pela UnB. Inobstante a importância de todos os votos para a decisão, o presente trabalho se concentrará na análise do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski.

Para Lewandowski, o julgamento do processo tem como fundamento os valores e princípios do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser examinado pelo STF se há consonância entre os programas de ação afirmativa objeto do julgamento e a Constituição Federal (VOTO..., 2014).

---

<sup>20</sup> Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal e o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União.

<sup>21</sup> Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE, Reitor da Universidade de Brasília e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE/UNB.

<sup>22</sup> EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes; Fundação Cultural Palmares; Movimento Negro Unificado - MNU; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro - MPMB; Fundação Nacional do Índio - FUNAI; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA; Defensoria Pública da União; Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais; Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular - IDEP; Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes - ANAAD; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB e Associação Direitos Humanos em Rede - CONECTAS DIREITOS HUMANOS.

O relator observou, também, que o constituinte de 1988 previu o princípio da igualdade em seu duplo sentido: formal e material. Para que tal princípio seja obedecido em sua completude, a Constituição Federal permite que o Estado atue por meio de políticas públicas abrangentes e estruturais que confirmam “certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares” (VOTO..., 2014).

Sob o argumento de que a discussão acerca da implantação de cotas para a reserva de vagas do ensino superior público é principiológica, o Ministro destaca incisos dos artigos 206 e 208 da Constituição Federal.

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”. Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”. (VOTO, 2014)

Não obstante serem tais artigos voltados para o ensino básico, eles podem - como o fez o Ministro Relator da ADPF 186 - alcançar o ensino superior. Para isso, é bastante que sejam interpretados enquanto dispositivos constitucionais que estabelecem princípios que alicerçaram o ordenamento jurídico no tocante à Educação, seja ela fundamental ou superior.

Outrossim, a democratização do ensino superior não contradiz a busca pela excelência universitária. Nesse sentido, Almeida-Filho (2007, p 22) defende “que não há paradoxo entre manter a universidade como instituição de excelência e nela acolher segmentos sociais anteriormente excluídos do acesso aos valores da cultura e da civilização”.

Desse modo, o entendimento do STF ao decidir pela constitucionalidade dos atos da UnB foi de que os argumentos utilizados pelo Partido Democratas para arguir a inconstitucionalidade da política de cotas raciais na universidade pública não se sustenta. Entretanto, desde 2009, quando foi ajuizada tal arguição, a política de cotas para ingresso no ensino superior público federal teve mudanças substanciais. O grande marco dessas modificações é a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, quatro meses após o julgamento da ADPF 186, que conjugou, em seu conteúdo, as cotas raciais, sociais e econômicas.

#### **4.2 LEI 12.711/12: A MUDANÇA DO PARADIGMA JURÍDICO DA POLÍTICA DE COTAS**

Com o advento da Lei n. 12.711/2012, passam a protagonizar a política de cotas, além do critério racial, os critérios social e econômico. Rompeu-se, então, com a ideia de que a causa da desigualdade social brasileira é exclusivamente racial e a lei passou a contemplar, também, estudantes oriundos de escola pública e com renda familiar inferior a um salário mínimo e meio por pessoa.

Numa primeira análise, podemos pensar que essa mudança de critérios, por ser substancial, reascenda a discussão acerca da (in)constitucionalidade da política de cotas para ingresso na universidade pública. Ocorre que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186 teve efeito vinculante. Isto é, além da parte dispositiva, a fundamentação do julgamento também obriga os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital<sup>23</sup>.

Desse modo, ao discutir os aspectos sociais e patrimoniais da desigualdade brasileira no julgamento da ADPF 186, o STF constituiu um arcabouço jurídico que nos permite afirmar que, de certo modo, as cotas, tal como são previstas nessa lei posterior ao julgamento, já foram apreciadas. Exemplos notórios são o conceito de raça adotado pelo Ministro Relator como categoria histórico-social e, a seu ver, o objetivo das cotas raciais, qual seja: "estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos" (VOTO..., 2014, p. 20).

Ocorre que essa modificação, com a conseqüente ampliação dos critérios adotados pela ação afirmativa em estudo, embora não tenha repercutido de modo significativo no âmbito jurídico do debate, repercutiu no âmbito sociológico.

No evento "Dez anos de cotas na UnB: memória e reflexão", que ocorreu em 2013, foi discutido e avaliado o modelo da UnB, comparando-o com o da Lei n. 12.711/2012. Para José Jorge de Carvalho, o modelo de cotas implantado pela Universidade de Brasília é mais

---

<sup>23</sup> Cumpre salientar que o efeito vinculante, inobstante afete os Poderes Públicos, não atinge o Poder Legislativo no tocante à sua função de legislar, tampouco o Supremo Tribunal Federal, que poderá mudar de entendimento a qualquer tempo, não estando vinculado à sua própria decisão.

avanzado, pois é irrestrito e não faz exclusão. Para ele, "a Lei de Cotas limita os negros de classe média e os que estudam em escolas particulares" (DEZ..., 2013). Nesse sentido, defendeu a adoção da Lei de Cotas, do governo federal, em conjunto com o modelo da UnB.

Munanga anuiu com esse posicionamento, ratificando que a Lei de Cotas foi um retrocesso diante da experiência da UnB e de outras universidades que implementaram cotas raciais antes da lei (DEZ..., 2013). Em 2014, porém, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da UnB decidiu pela redução das cotas raciais de 20% para 5%, devendo ser cumulada às cotas estabelecidas pela lei federal<sup>24</sup>.

Entretanto, a posição de que os critérios socioeconômicos restringem o racial, o que dificultaria o acesso dos negros de classe média à universidade pública, não é unânime. Isso porque o aspecto racial é também entendido como um dos que compõem a complexa desigualdade social brasileira. Nesse sentido Souza (2005) afirma que

Como não existe aporte interpretativo que especifique uma *hierarquia das causas da desigualdade*, a variável racial é percebida, tendencialmente, como um dado absoluto e não como um dos elementos que explicam a especificidade de nossa desigualdade. (SOUZA, 2005, p. 44)

Desse modo, a nosso ver, a nova lei de cotas aproxima as ações afirmativas à complexa realidade brasileira, contemplando, também, mas não somente, os negros e índios.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A educação, além de direito social, é direito fundamental que deve ser concretizado pelo Poder Público, cumprindo à universidade federal, sobretudo por sua natureza de instituição pública, ser instrumento de combate às desigualdades do país. Desse modo, sua democratização, com a consequente inclusão das minorias étnicas, econômicas e sociais não é senão o cumprimento de sua função social.

Nesse sentido, a implantação de sistema de cotas é indispensável para a promoção da diversidade, colaborando para o surgimento de uma sociedade miscigenada, multicultural,

---

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagenda/unbagenda.php?id=8489>>. Acesso em: 11 de junho de 2014.

mais diversificada e tolerante. Assim, as cotas emergem como instrumento que oportuniza a entrada de estudantes no ensino superior público com justiça, pois contempla o contexto de desigualdade no qual estão inseridos.

A reserva de vagas, porém, deve obedecer a critérios que, no caso brasileiro, deixou de ser exclusivamente racial, previsto pelo Plano de Metas da UnB, e passou a ser social, racial e econômico. Essa modificação, trazida pela Lei n. 12.711/2012, reascendeu a discussão acerca dessa ação afirmativa, sobretudo no tocante à sua finalidade e ao seu público alvo. Ao contemplar essas três dimensões, as cotas passaram a ser uma política pública mais ampla. Pode-se, com isso, afirmar que a Lei n. 12.711/2012 melhor atendeu à complexidade da desigualdade do país.

## REFERÊNCIAS

ACOMPANHAMENTO Processual da ADPF 186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2014.

ALMEIDA-FILHO, Naomar de. **Universidade Nova: textos críticos e esperançosos**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Salvador: EDUFBA, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Repensado o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 18 de Março de 2011.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. 3. ed. Campinas: Papirus, 1996.

\_\_\_\_\_. **Escritos de educação**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Art. 4º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 08 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Art. 1º, parágrafo único. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/lei\\_12711\\_2012.pdf](http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/lei_12711_2012.pdf)>. Acesso em: 17 de abril de 2014.*

CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil a questão das cotas no ensino superior**. 2. ed. São Paulo: Attar Editorial, 2011.

DEZ anos de cotas na UnB: memória e reflexão. Brasília: UnB, 2013. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=7806>>. Acesso em: 11 de junho de 2014.

FANON, Frantz. **Pele Negra Máscaras Brancas**. Trad. Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as Ações Afirmativas**. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=33](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33)>. Acesso em: 02 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In: **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Edição Eletrônica, 2007. Disponível em: <[http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes\\_afirm\\_combate\\_racismo\\_americas.pdf](http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf)>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

GUARNIERI, F. V.; MELO-SILVA, L.L. **Ações Afirmativas na educação superior: rumos da discussão nos últimos cinco anos**. Psicologia e Sociedade, n. 19, v. 2, Porto Alegre, 2007.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. 1. ed. São Paulo: Ed. 34, 2002.

IANNI, Octavio. **Dialética das relações raciais**. Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.50. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000100003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 29 de março de 2014

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica, 2000.

MONTESQUIEU. **L'esprit des lois**. Édition Édouard Labooulaye, Garnier Frères, 1875. Disponível em: <[http://www.ebooksgratuits.com/pdf/montesquieu\\_04\\_esprit\\_des\\_lois.petit.pdf](http://www.ebooksgratuits.com/pdf/montesquieu_04_esprit_des_lois.petit.pdf)>. Acesso em: 21 de março de 2014.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil**. *Cad. Pesqui. [online]*. 2002, n.117. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

MUNANGA, Kabengele. A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil. Entrevista com In: **Estudo Avançados**, 18(50), São Paulo: IEA/USP, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n50/a05v1850>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Direito à Educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: EDUSP, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Jessé. **Raça ou classe? sobre a desigualdade brasileira**. São Paulo: Lua Nova, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Fórum: Belo Horizonte, 2009.

VOTO do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2014.