A LEI DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS BRASILEIRAS: acertos e contradições jurídico-normativas

Leandro Mendes de Melo[1]
Hélder Machado Passos[2]

RESUMO

O presente artigo é um estudo sobre a Lei de Cotas Raciais, com enfoque na análise dos acertos e contradições jurídico-normativas, decorridos quase dez anos da edição da Lei n° 12.711. Em específico, objetiva compreender as ações afirmativas e a lei de cotas no Brasil; avaliar o papel do Poder Judiciário na constitucionalização da reserva de vagas étnico-raciais e seus instrumentos de aferição e, por fim, discutir a (in)observância da Lei n° 12.711 nos editais de vagas ociosas, nas modalidades de portador de diploma e transferência voluntária. Tipifica-se a pesquisa como bibliográfica, documental, qualitativa e quantitativa, pautada nas abordagens de Brasil (2012), Gomes (2001), Iensue (2016), Piovesan (1998) e outros. Conclui-se que a Portaria Normativa n° 18, do Ministério da Educação, restringe, ilegalmente, a aplicação da reserva de vagas étnico-raciais nos editais de vagas ociosas.

Palavras-chave: Cotas. Editais de Vagas Remanescentes. Constitucionalização. Ilegalidade. Portaria Normativa n° 18.

ABSTRACT

This article is a study on the Racial Quotas Law, focusing on the analysis of legal and normative successes and contradictions, ten years after the enactment of Law n° 12.711. Specifically, it aims to understand affirmative actions and the quota law in Brazil; evaluate the role of the Judiciary in the constitutionalization of the reservation of ethnic-racial places and its instruments of measurement and, finally, discuss the (non)observance of Law n° 12.711 in the notices of vacant vacancies, in the modalities of holder of a diploma and voluntary transfer. The research is classified as bibliographical, documentary, qualitative and quantitative, based on the approaches of Brazil (2012), Gomes (2001), Iensue (2016), Piovesan (1998) and others. It is concluded that Normative Ordinance N° 18, of the Ministry of Education, illegally restricts the application of the reservation of ethnic-racial vacancies in the notices of vacant vacancies.

Keywords: Quotas. Notices of Remaining Vacancies. Constitutionalization. Illegality. Normative Ordinance N° 18.

[1] Estudante do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e pesquisador bolsista do Programa de Educação Tutorial (PET) do curso de Direito da UFMA. E-mail: leandro.mendes@discente.ufma.br
[2] Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e tutor do Programa de Educação Tutorial (PET) do curso de Direito da UFMA. E-mail: passos_helder@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Decorridos quase dez anos da promulgação da Lei Federal n° 12.711 e, portanto, aproximando-se da revisão da referida política pública, conforme disposição legal, o presente trabalho objetiva analisar os acertos e contradições jurídico-normativas que se circunscrevem em torno da política de cotas no Brasil. Diz-se jurídico-normativas, pois, aqui, serão analisadas não apenas as normas jurídicas que regulamentam a reserva de vagas, mas, ainda, algumas importantes decisões judiciais que deram a constitucionalização da referida ação afirmativa.

A partir de uma revisão de literatura, serão discutidos os aspectos conceituais das ações afirmativas, suas distinções da política de cotas, bem como será feito um pequeno histórico da transição do princípio constitucional da igualdade perante a lei para a concepção substancial da igualdade - princípio dos mais caros ao Direito contemporâneo e que se realiza a partir da implementação das ações afirmativas, instituto jurídico constitucional por excelência. Em um segundo momento, será apresentado a história da política de cotas no Brasil, transcrevendo, sucintamente, como políticas públicas de inclusão de minorias étnicas adotadas por universidades estaduais e federais se tornaram uma lei federal com eficácia em todo o país.

Serão analisadas, ainda, ADPF n° 186 e a ADC n° 41. As referidas ações e recurso servirão de paradigma reflexivo acerca do papel do Poder Judiciário na constitucionalização das ações afirmativas na modalidade de cotas no Brasil, bem como o reconhecimento da compatibilidade entre os instrumentos de aferição do critério étnico-racial com a Carta Magna que, em última análise, garantem a correta implementação das cotas. No último tópico será apresentado o número de universidades federais que adotam a política de cotas em seus editais de vagas ociosas, a partir da pesquisa quantitativa que integra o presente estudo

2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A LEI DE COTAS NO BRASIL

As ações afirmativas são, no pensamento de Joaquim Barbosa, um conjunto de políticas públicas e privadas, obrigatórias ou voluntárias, destinadas a combater a discriminação racial, de gênero e de origem, corrigindo o impacto atual da discriminação perpetrada no passado, com o objetivo de alcançar a desejada igualdade material, possibilitando o acesso a bens fundamentais como educação de qualidade e emprego decente (GOMES, 2001, p. 40). Há, nesta definição, a compreensão de que as ações afirmativas têm finalidade compensatória, (re)distributiva ou mesmo uma concepção multiculturalista[3], seja qual for a corrente filosófica adotada, a finalidade precípua é a mesma - o combate a situação de vulnerabilidade e/ou discriminação de fundo cultural e estrutural.

Do ponto de vista normativo, o Estatuto da Igualdade Racial, a Lei Federal n° 12.288/2010, conceitua em seu art. 1°, VI, as ações afirmativas como sendo programas e medidas utilizadas pelo Estado e pelo setor privado para corrigir desigualdades e possibilitar a promoção da igualdade de oportunidades (BRASIL, 2010, *não paginado*). Há, portanto, correspondência entre a conceituação dada pela literatura com a definição legal, o que ratifica a noção de que as ações afirmativas se destinam à concretização da igualdade em seu sentido material.

Infere-se, ainda, que as ações afirmativas utilizam os critérios proibitivos de discriminação, isto é, a vedação legal de que haja discriminação em virtude de cor, origem nacional e gênero, como critérios a serem utilizados para discriminar positivamente. Nesse contexto, havendo uma discriminação injustamente sofrida em razão desses critérios proibidos, o Estado e o setor

[3]No presente estudo, em virtude da limitação metodológica e temática escolhida, não serão feitos maiores comentários sobre as correntes filosóficas que fundamentam as ações afirmativas. Sobretudo porque, no Brasil, essas fundamentações, como será demonstrado na análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, aparecem no debate público indistintamente, não havendo, portanto, fundamentação única.

privado devem democratizar os acessos aos bens fundamentais negados ao grupo vulnerabilizado, a partir da adoção de uma das espécies de ações afirmativas.

Oportuno destacar, portanto, que as cotas raciais são espécies do gênero ações afirmativas, não sendo, no entanto, a única possibilidade de discriminação positiva possível. Em verdade, tem-se como possibilidade de ação afirmativa os patamares mínimos, a bonificação, programas de incentivo, incentivos fiscais, metas, adoção de diretrizes com vistas ao aumento da diversidade, dentre outras[4] (IENSUE, 2016, p. 227).

Como destaca Geziela Iensue (2016, p. 229), quaisquer medidas e instrumentos especiais de instauração de seletividade para corrigir ou compensar vulnerabilidades sociais proveniente de discriminações ou, ainda, de desigualdades - culturais, econômicas ou de outra espécie - podem ser tidas como ações afirmativas, tendo em vista que objetivam a redução das desigualdades e o combate à discriminação e seus efeitos. Nesse contexto, percebe-se que essas estratégias de combate à desigualdade e de promoção da igualdade material, na forma de ações afirmativas, são variáveis, tendo em vista que a vulnerabilização de grupos sociais ocorre de variadas formas, exigindo, portanto, a adoção de políticas públicas ou privadas distintas para que se consiga extinguir ou mitigar a situação de vulnerabilidade.

Face a ineficácia do princípio constitucional da igualdade formal para, sozinho, combater o fenômeno da discriminação e da desigualdade, ocorreu, ao longo dos anos, uma mudança na interpretação constitucional. Como alude a professora Carmen Lúcia (1996, p. 284), o reconhecimento da igualdade perante a lei e, por consequência, a proibição da discriminação, como era tratado e compreendido nas constituições oitocentistas, não era capaz de engendrar as

[4]A UFMA, UFAC, UFPA são exemplos de universidades federais que adotam programas de bonificação regional.

transformações sociais necessárias, mormente no que se refere ao estabelecimento de uma igualdade de fato.

Dessa forma, a história constitucional tratou de demonstrar que era preciso rejeitar a neutralidade estatal estabelecida pela concepção liberal, na qual o Estado era visto como mero guardião das liberdades, passando a assumir neste novo cenário, sobretudo a partir dos anos 1960, o dever jurídico de não só proibir a discriminação, como, também, de promover a igualdade de oportunidades e condições (GOMES, 2001, p. 6).

Como bem assinala a professora Flávia Piovesan (1998, p. 30) deixou-se de considerar o sujeito como abstrato e destituído de fatores de diferenciação como sexo, idade, classe e raça para, em posição diametralmente oposta, incorporar essas categorias como imprescindíveis para o desenvolvimento de políticas públicas. As ações afirmativas passam a levam em conta, portanto, o sujeito especificado, considerando como importante sua subjetividade, sociabilidade e possibilidades reais de acesso a bens fundamentais por esses grupos historicamente vulnerabilizados e marginalizados.

No Brasil, muito embora a discussão acerca da necessidade de o Estado adotar políticas públicas afirmativas remontar os anos 1940[5], é nos anos 1990 que as ações afirmativas ganham maior força no debate público, com a edição de diversas leis, - em sentido amplo -, pautadas em uma concepção substancial de igualdade. Joaquim Barbosa (2003, p. 38-39) destaca que as Leis n° 5.465/68, 8.112/90, 8.213.91, 8.666/93, bem como a Lei n° 9.029/95 são bons exemplos de atos normativos que surgem nos anos de 1990 e já se inserem nessa nova concepção de Estado, no qual deve-se promover positivamente a

[5]O Decreto-lei n° 5.452/1943 é um importante marco nas ações afirmativas no Brasil, pois, estabelecia a cota de dois terços de brasileiros nos postos de trabalho de empresas individuais e coletivas. Há, no entanto, parte da literatura que defende que a primeira experiência de ações afirmativas se deu ainda no século XIX, com a Lei de Terras, que em seu art. 1°, proibia a aquisição de terras devolutas por títulos que não fossem o de compra. Destaca-se, no entanto, que tal posição não é unânime.

igualdade a partir da adoção de políticas públicas que visem efetivar a igualdade de fato.[6]

A Universidade Estadual do Rio de Janeiro e a Universidade do Norte Fluminense, nos anos 2000, tornaram-se as primeiras instituições de ensino superior do país a adotarem a política de cotas, reservando 50% das vagas para estudantes oriundos de escolas da rede pública de ensino. As cotas passaram a ser garantidas naquelas universidades a partir do vestibular seguinte à aprovação da Lei Estadual n° 3.524, que ocorreu no primeiro semestre de 2001.

Em novembro de 2001, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei Estadual n° 3.708, substituída pela Lei n° 4.151/2003, que reservava até 40% das vagas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade do Norte Fluminense a população negra e parda, tornando-as, assim, as primeiras universidades públicas a adotarem a política de cotas raciais do país, a partir do vestibular de 2003. No ano seguinte, em 2004[7], foi a vez da Universidade de Brasília, sendo a primeira universidade federal do país a adotar política de cotas raciais[8].

Em 29 de agosto de 2012, foi editada a Lei Federal n° 12.711 que estabeleceu a reserva de vagas nas universidades federais brasileiras a alunos oriundos de escolas públicas. A reserva de vagas, também chamada de cotas, destina 50% das vagas para estudantes autodeclarados pretos, pardos e

---

[6]Como bem destaca Silva e Gomes (2003, p. 116) "Frise-se, por oportuno, que se a 'teoria' das ações afirmativas é quase inteiramente desconhecida no Brasil, a sua "prática", no entanto, não é de todo estranha à nossa vida administrativa. Com efeito, o Brasil já conheceu em passado não muito remoto uma modalidade (bem brasileira!) de ação afirmativa. É a que foi materializada na chamada 'Lei do Boi', isto é, a Lei n° 5.465/1968".

[7]Há aqui de se registrar que muito embora as cotas sejam aprovadas na UNB em 2003, passando a reservar vagas para estudantes negros a partir do vestibular de 2004, o projeto da política de cotas foi proposto no ano de 1999, pelos professores Rita Segato e José Jorge de Carvalho, ambos do Departamento de Antropologia daquela universidade (SEGATO e CARVALHO, 2002, p. 1).

[8]A Universidade Federal do Maranhão começou a discutir um programa de ações afirmativas para negros a partir de 2004, sendo o projeto proposto pelo Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros, sendo aprovado no ano de 2006 e implementado a partir do vestibular de 2007.

indígenas e para pessoas com deficiência, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, curso e turno[9].

A Lei n° 12.711/2012 tornou obrigatória a reserva de vagas a estas populações. Todavia, é preciso que se destaque, o legislador tão somente positivou, em forma de lei, a reserva de vagas já realizada por universidades brasileiras em todo o país cuja constitucionalidade já vinha sendo discutida pelo Supremo Tribunal Federal em diversas ações[10], afora as decisões já tomadas pelos Tribunais dos Estados e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Dessa forma, o Legislador Federal tão somente tratou de estabelecer critérios a serem nacionalmente seguidos por todas as universidades federais brasileiras, haja vista que diversas universidades públicas já tinham políticas próprias de reserva de vagas antes da edição da Lei. De modo geral, no entanto, as universidades adotavam modelos de políticas de cotas distintos, de acordo com seus próprios critérios.

3 O PODER JUDICIÁRIO E AS COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR: a constitucionalização da reserva de vagas étnico-raciais e os instrumentos utilizados para a efetivação da política de cotas

A ADPF n° 186 foi proposta pelo partido político Democratas que, liminarmente, pediu o reconhecimento da inconstitucionalidade de atos praticados pela Universidade de Brasília (UNB), quais sejam os que instituíram a política de reserva de 20% das vagas, tendo como base critério étnico-racial,

[9]O termo “curso” se refere, no caso das Universidades Federais, aos cursos de graduação. O termo “turno”, por sua vez, refere-se ao horário do curso de graduação. De modo que havendo um curso de graduação ofertado em dois horários - noturno e matutino, por exemplo - deve-se assegurar a reserva de vagas em ambos os horários. Sendo vedada a reserva em apenas um turno ou, ainda, apenas em alguns cursos de graduação.

[10]Antes da edição da Lei Federal n° 12.711, o Supremo Tribunal Federal já havia discutido, em 2008, por ocasião das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADI) n° 3314, 3330 e 3379, a constitucionalidade da adesão à política de cotas como requisito para adesão ao ProUni.

nos processos de seleção de estudantes. O partido sustentou, em síntese, que tais atos ofendiam os arts. 1º, *caput* e III; 3º, IV; 4º, VIII; 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV; 37, *caput*; 205; 206, *caput*, I; 207, *caput*, e 208, V, da Constituição Federal, além de que a discriminação vivenciada no Brasil é de ordem estritamente social e não racial.

Um dos fundamentos utilizados pelo Ministro relator Ricardo Lewandowski para considerar o critério étnico-racial para reserva de vagas como constitucional, reside no conceito de justiça distributiva de John Rawls. Tal conceito é frequentemente utilizado como argumento filosófico que justifica a implementação das ações afirmativas.

Segundo tal noção, as ações afirmativas visam (re)distribuir bens e oportunidades que foram indevidamente monopolizados por determinados grupos sociais em detrimento de outros, seja pela discriminação ou, ainda, por outras situações que vulneram o acesso a bens fundamentais ao desenvolvimento humano. Aqui, portanto, parte-se da ideia de que todos nascem iguais, todavia, no decurso da vida, discriminações de cunho cultural e estrutural, a exemplo do racismo e do sexismo, constituem barreiras que impedem determinados sujeitos de ter pleno acesso aos bens essenciais[11] (GOMES, 2001, p. 68).

O Ministro Ayres Britto, no entanto, ao acompanhar o voto do relator, adota fundamentação diversa, sublinhando que a adoção do programa de cotas pela UNB é uma política pública de justiça compensatória[12] ou política pública

[11]A justiça distributiva alicerça-se na ideia de que grupos minoritários teriam progredido se não fosse os efeitos da discriminação e da marginalização. Contestar tal afirmativa significa, implicitamente, afirmar que tais grupos possuem uma inferioridade que lhes é inerente, o que é insustentável. Daí, portanto, tem a justiça distributiva ganhando maior força como justificativa filosófica das ações afirmativas (GOMES, 2001, p. 68).

[12] A justiça compensatória, do ponto de vista do direito, sofre maiores críticas por afirmar que houve um dano. Na tradição jurídica, a reparação de um dano pressupõe a identificação de categorias rígidas como ilicitude, dano, reparação e autoria. De modo que a sustentação legal por tal teoria implicaria evidenciar qual norma fora violada, o dano causado, a determinação da extensão do dano, bem como a determinação de reparar por quem causou o dano.

restaurativa, na medida em que visa compensar as desvantagens historicamente suportadas por determinados segmentos sociais, sendo um instituto jurídico constitucional (BRASIL, 2012, p. 220). Percebe-se, assim, que o fundamento filosófico adotado não é a justiça distributiva e, sim, a justiça compensatória.

Segundo esta última, a discriminação sofrida no passado priva ou dificulta o acesso igualitário a oportunidades. Nesse contexto, portanto, cabe ao Estado adotar políticas públicas, isto é, ações afirmativas, para corrigir essas distorções oriundas da discriminação. Há, assim, o reconhecimento de um dano causado no passado que, todavia, tem seu efeito estendido às gerações futuras. Daí, portanto, surge necessariamente o dever de repará-lo, para que se retorne ao estado de igualdade anteriormente existente (WEINRIB, 1983, p. 48).

Em verdade, nos votos dos Ministros é perceptível a utilização de diversas correntes filosóficas como justificativa para adoção de ações afirmativas. Por vezes, em um mesmo voto, são apresentadas diversas correntes, seja ela com fundamento na justiça compensatória, na justiça distributiva ou mesmo alicerçada no multiculturalismo[13]. Não há, portanto, no Brasil, fundamentação única no que se refere a base filosófica utilizada para legitimar a adoção de ações afirmativas no debate público, na maioria das vezes, essas correntes filosóficas são utilizadas em conjunto, como se observa na ADPF n° 186.

Um outro aspecto importante no que diz respeito a política de cotas raciais é a correta compreensão da heteroidentificação e da autodeclaração como instrumentos capazes de aferir o critério étnico-racial para utilização da reserva de vagas. Nos anos 2000, diversas universidades brasileiras, a exemplo da UNB e da UFMA, adotavam comissões de heteroidentificação, com o intuito de verificar se o candidato que optou por concorrer no sistema de reserva de vagas

[13]O multiculturalismo tem como um dos seus principais defensores o estudioso Charles Taylor. O autor parte do princípio relacional da identidade para reconhecer o processo de reconhecimento social como essencial ao desenvolvimento humano. Nesse contexto, o não reconhecimento ou o mau reconhecimento são vistos como opressões que restringem as possibilidades de ser desses sujeitos, confinando-os a um falso e distorcido modo de ser. (TAYLOR, 1994, p. 26).

raciais de fato era lido socialmente, a partir de critérios fenotípicos, como pertencente a população de pretos e pardos.

Contudo, com a edição da Lei n° 12.711/2012, a qual consagrou em seu texto normativo apenas o critério da autodeclaração, as universidades foram paulatinamente desencorajadas pelo Poder Judiciário[14] a adotarem comissões de heteroidentificação ou outros procedimentos que não fossem a autodeclaração, em virtude da unicidade de critério estabelecido em Lei. A partir desse momento, portanto, as universidades de todo o país deixaram de utilizar a heteroidentificação e passaram, via de regra, a solicitarem o preenchimento de apenas uma declaração, na qual o estudante afirma-se como pertencente a população étnica da reserva de vagas a qual estava concorrendo, como forma de cumprir o requisito legal da autodeclaração.

Em junho de 2020, um movimento virtual denominado “exposed” tomou conta das redes sociais, sobretudo o Twitter, com a divulgação, em todo o país, de supostas fraudes de cotas nas universidades brasileiras. As denúncias eram tão numerosas que universidades como a UERJ, UFMA e UFRJ divulgaram notas comunicando que as denúncias administrativas encaminhadas às instituições estavam sendo apuradas. Os Ministérios Públicos Estadual e Federal também publicaram notas acerca da investigação desses casos.

No ano de 2008, a pesquisadora Daniela Ikawa, em seu livro “Ações Afirmativas em Universidades”, ao analisar a autoidentificação e a heteroidentificação, menciona que em virtude de um grau médio de mestiçagem no Brasil, era necessário, paralelamente a autoidentificação, que as instituições de ensino superior adotassem a heteroidentificação, seja por meio da elaboração de formulários com questões sobre raça, através do requerimento de

[14]Tal fato ocorreu em virtude de candidatos que tinham suas inscrições indeferidas nas comissões de heteroidentificação e, por isso, ingressavam com ações judiciais questionando a decisão administrativa. Em repetidas decisões, os Tribunais brasileiros foram firmando entendimento no sentido que a Lei n° 12.711 não mencionava outros instrumentos de averiguação do critério étnico-racial, que não o da autodeclaração.

declarações assinadas, uso de entrevistas ou, ainda, exigência de apresentação de vídeos ou fotos (IKAWA, 2008, p. 129). O objetivo, portanto, era garantir congruência entre a percepção do sujeito sobre si e, ainda, como esse sujeito era visto socialmente no que se refere à raça.

Havia uma preocupação com eventuais fraudes na utilização das cotas raciais. Preocupação esta que, como se apontou, era real e chegaria aos Tribunais. Em seu voto, ainda na ADPF n° 186, o Ministro Joaquim Barbosa chegou a defender a constitucionalidade de ambos os instrumentos para averiguação do critério étnico-racial. O Ministro Gilmar Mendes, no entanto, rechaçou a ideia de um modelo híbrido e defendeu a utilização de apenas o critério da autodeclaração, como mais tarde fora consagrado na Lei n° 12.711/2012 (BRASIL, 2012, p. 83 e 192).

De toda sorte, os demais Ministros sequer fizeram menção aos respectivos instrumentos de averiguação, não formando, portanto, maioria naquele acórdão, não sendo decidido, assim, a constitucionalidade de tais instrumentos, mas apenas a da política de cotas em si. Por essa razão, a autodeclaração estabelecida na Lei n° 12.711/2012 passou a ser o mecanismo empregado na identificação de pertencimento a minorias étnicas destinatárias da política de reserva de vagas e, com o tempo, os Tribunais passaram a endossar o mandamento legal.

Todavia, no ano de 2014, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 41, que tinha como objeto a Lei n° 12.990/2014 que reservou 20% das vagas em concursos públicos da administração pública federal direta e indireta aos negros. Na ação, o requerente afirmou a necessidade de se firmar entendimento sobre a constitucionalidade da reserva de vagas para candidatos negros em concursos públicos, em virtude da diversidade de decisões existentes nos Tribunais dos Estados. Levou-se, ainda, a Corte, a necessidade de se fixar a constitucionalidade de procedimentos de aferição da condição de cotista.

Por unanimidade de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei n° 12.990/2014 e fixou, ainda, que era constitucional a utilização de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos, podendo ser adotados critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2017, p. 2).

A partir dessa importante decisão, as instituições de ensino superior começaram a discutir a retomada de procedimentos subsidiários de averiguação do critério étnico-racial, sobretudo a partir de entrevistas em comissões de heteroidentificação. A UFMA, por exemplo, em maio de 2018, editou a Resolução n° 1710, que criou os procedimentos e critérios para aferição da autodeclaração de etnia indígena. No ano seguinte, em agosto de 2019, editou a Resolução n° 1899, que instituiu a Comissão de Validação da declaração étnico-racial de estudantes pretos e pardos para ingresso no âmbito das ações afirmativas da Universidade Federal do Maranhão.

Estar-se, portanto, vivendo atualmente o movimento de retomada dos procedimentos subsidiários de heteroidentificação nas instituições de ensino superior de todo o país, com o objetivo de impedir a utilização inadequada da reserva de vagas. Contudo, caberá ao Poder Judiciário, nos próximos anos, pronunciar-se acerca da constitucionalidade e legalidade das instituições de ensino superior poderem submeter os alunos acusados de fraude de cotas que ingressaram antes do julgamento da ADC n° 41 e, consequentemente, da instituição das comissões de validação, a procedimentos subsidiários de heteroidentificação.

4 A INOBSERVÂNCIA DA LEI DE COTAS RACIAIS NOS EDITAIS DE VAGAS OCIOSAS: uma análise quantitativa e qualitativa

As Universidades Federais, atualmente, utilizam o Sistema de Seleção Unificado (SISU) como forma de ingresso no ensino superior. Havendo vagas

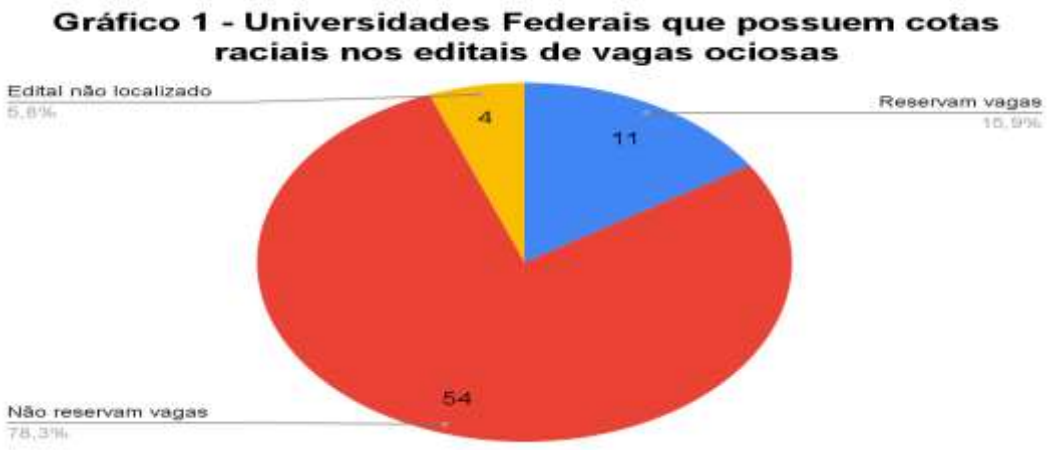
que não foram preenchidas nos processos seletivos realizados semestralmente pelo SISU ou, ainda, que se tornaram ociosas, essas vagas são preenchidas através de editais de vagas residuais. Estes editais seguem as regras estabelecidas por cada uma das universidades, não havendo um sistema unificado para preenchimento de vagas remanescentes[15]. Por essa razão, há diferentes critérios utilizados pelas universidades para o preenchimento dessas vagas.

De modo geral, no entanto, esses editais compreendem três formas de ingresso, são elas: a) Portador de Diploma - destinado a pessoas que já possuem um diploma e desejam cursar uma segunda faculdade; II) Transferência Interna ou Reopção - destinada a estudantes que já estão devidamente matriculados na instituição de ensino, mas desejam mudar para um curso de área afim da instituição e III) Transferência Externa ou Voluntária - destinada a estudantes que se encontram matriculados em outra Instituição de Ensino Superior e desejam cursar a mesma faculdade na Universidade Federal.

Para a produção dos dados quantitativos, fez-se a consulta nos endereços eletrônicos das 69 universidades federais brasileiras, no período de 03 de novembro de 2020 a 14 de junho de 2021. Consultou-se os editais de vagas remanescentes das universidades federais, a fim de averiguar quais dessas instituições aderiram a política de cotas raciais em seus processos seletivos complementares.

O Gráfico 1, a seguir apresentado, representa os dados quantitativos obtidos na pesquisa.

[15]Muito embora não haja um sistema unificado, as universidades realizam processos seletivos de preenchimento de vagas residuais tendo como fundamento a autonomia universitária prescrita no art. 207 da Constituição Federal.



Fonte: Os autores.

Como é possível observar, das 69 universidades federais brasileiras pesquisadas, 78,3% delas não reservam cotas raciais em seus editais de vagas residuais, o que corresponde a 54 instituições. Já o número de universidades que possuem cotas raciais é de 15,9%, representando 11 universidades. Tem-se, ainda, 4 universidades federais nas quais não foram localizados editais de vagas ociosas em seus endereços virtuais, são elas: Universidade Federal do Norte do Tocantins (UFNT)[16], Universidade Federal Delta do Parnaíba (UFDPar)[17], Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA) e Universidade Federal do Agreste de Pernambuco (UFAPE).

Com base nos dados da pesquisa, constatou-se que a Universidade Federal do Acre (UFAC); Universidade de Brasília (UNB); Universidade Federal de Tocantins (UFT); Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB); Universidade Federal da Lusofonia Afro-Brasileira (Unilab); Universidade Federal da Fronteira

[16]A UFNT foi criada em 2019. Em virtude do surgimento recente da Universidade, coloca-se este fato como hipótese capaz de explicar a não localização de editais de vagas ociosas, pois é possível que a Universidade nunca tenha realizado um processo seletivo para preenchimento de vagas residuais.

[17]A UFDPar e a UFAPE, por sua vez, foram criadas em 2018. Assim, coloca-se a mesma hipótese da UFNT, como explicação para a não localização de editais de vagas remanescentes.

Sul (UFFS); Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Universidade Federal de Pelotas (UFPel); Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR); Universidade Federal de Viçosa (UFV) e a Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA) são as únicas que reservam vagas para cotas nos seus processos de preenchimento de vagas remanescentes, fato percebido como base nos editais publicados entre os anos de 2015 a 2020 pelas respectivas universidades.

Constata-se, assim, que um número muito pequeno de Universidades Federais reserva cotas raciais em seus editais de vagas remanescentes. Tal fato pode ser explicado pela existência da Portaria Normativa n° 18/2012, do Ministério da Educação, que restringe ilegalmente, conforme se demonstrará no item seguinte, o âmbito de aplicação da Lei Federal n° 12.711/2012[18].

No dia 11 de outubro de 2012, o Ministério da Educação editou a Portaria Normativa de n° 18, que visava instruir as instituições de ensino superior sobre como aplicarem a reserva de vagas preconizada pela Lei Federal n° 12.711. Para tanto, já nas disposições gerais, a Portaria trata de conceituar elementos normativos estabelecidos na Lei, a exemplo de termos como concurso seletivo, escola pública, família, morador, renda bruta mensal e renda bruta mensal per capita. O objetivo, portanto, era assegurar a aplicação adequada da Lei, conceituando cada elemento desta política pública.

Dessa forma, o Ministério da Educação conceitua concurso seletivo para fins de aplicação da reserva de vagas, no art. 2°, I, como sendo: "(...) o procedimento por meio do qual se selecionam os estudantes para ingresso no ensino médio ou superior, excluídas as transferências e os processos seletivos

[18] Percebe-se, assim, que mesmo a UFMA que aderiu a política de cotas desde 2007, no que se refere a política de cotas nos editais de vagas ociosas, a política pública não foi implementada. De outro lado, no entanto, tem-se a UNB que acertadamente faz a reserva de vagas em todos os seus processos seletivos de ingresso, sem exceções.

destinados a portadores de diploma de curso superior" (BRASIL, 2012, p. 16). Há, aqui, em nossa compreensão, uma ilegalidade manifesta.

Isto porque a Lei n° 12.711, ao tratar da reserva de vagas, em seu art. 1°, assegura a reserva de vagas em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação. A ideia de concurso seletivo preconizada pela lei é genérica e expansiva, não podendo a portaria, a pretexto de dar aplicação à lei, impor restrições a reserva de vagas.

Como bem leciona Lopes Meirelles (1966, p. 192) as portarias são atos administrativos internos por meio dos quais o chefe de um poder ou órgão traça diretrizes, esclarecimentos e orientações internas. Dessa forma, as portarias não podem restringir a aplicação da lei, sob pena de ilegalidade. No presente caso, a Portaria Normativa n° 18 invadiu o âmbito de competência legislativa dado pela Constituição Federal às leis, pois, são elas quem podem criar direitos e obrigações. Uma portaria não pode inovar no ordenamento jurídico, tampouco trazer previsões não contidas em Lei.

Nesse contexto, tendo, pois, o Legislador estabelecido na Lei n° 12.711 a reserva de cotas raciais em todos os concursos seletivos de ingresso no ensino superior e, ainda, sendo a modalidade de portador de diploma e transferência voluntária verdadeiras formas de ingresso no ensino superior, as universidades federais devem, por força do texto legal, adequarem seus editais de vagas ociosas para que, nas hipóteses mencionadas, sejam implementadas a política de cotas raciais.

Oportuno destacar que a modalidade de transferência interna ou reopção não deve ser entendida como forma de ingresso no ensino superior, tendo em vista que o estudante já possui uma matrícula na instituição e, mediante o processo seletivo de provimento de vagas remanescentes, visa tão somente a transferência para um curso de área afim. Por essa razão, a política de cotas deve abranger, nos editais de vagas ociosas, apenas as modalidades de portador de diploma e de transferência voluntária, pois, nessas ocasiões, estar-

se de fato dentro da hipótese prevista em lei, qual seja a de ingresso na instituição de ensino superior, não havendo um vínculo pré-existente, como na reopção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a discutir os acertos e contradições jurídicas e normativas que estão em órbita da política de cotas raciais nas universidades federais no Brasil. Para tanto, valeu-se de dados bibliográficos, quantitativos, qualitativos e documentais.

Em breve retomada, foi possível constatar que, no Brasil, a fundamentação pública dada à política de cotas é filosoficamente diversa. Como se observou, em um mesmo voto, os Ministros do STF, ao defenderem a constitucionalidade das cotas, utilizaram argumentos ligados à justiça compensatória, distributiva ou mesmo ligados aos argumentos jusfilosóficos multiculturalistas a partir da noção de políticas de reconhecimento.

Os acertos jurídico-normativos são, assim, frutos da atuação judiciária, quais sejam o reconhecimento da constitucionalidade da política de cotas e, mais recentemente, da compatibilidade dos instrumentos de aferição do critério étnico-racial - heteroidentificação - com a Constituição Federal e a política de cotas.

Por outro lado, no entanto, como se demonstrou, a Portaria Normativa n° 18/2012, do Ministério da Educação, tem restringindo ilegalmente o âmbito de incidência da Lei Federal n° 12.711, o que se aponta como razão para o baixo número de universidades federais adotarem, em seus editais de vagas residuais, a reserva de vagas étnicas. Há, aqui, portanto, a necessidade de que seja reconhecida a ilegalidade das disposições da portaria que restringem a aplicação da Lei de Cotas, sob pena de violação aos ditames legais e constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n° 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n° 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <https://bityli.com/ZwYIy>. Acesso em: 02 de jun. de 2021.

_____. **Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://bityli.com/ohaMp>. Acesso em 07 de jun. de 2021.

_____. **Portaria Normativa n° 18, de 11 de outubro de 2012**. Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que trata a Lei n° 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto N° 7.2824, de 11 de outubro de 2012. Disponível em: <https://bityli.com/ka7UF>. Acesso em: 16 de jun. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 186/DF.** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alega ofensa aos arts. 1°, caput, III, 3°, IV, 4°, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, todos da Constituição Federal. Ação julgada improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: < https://bityli.com/zrNQ9>. Acesso em: 07 de jun. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 41/DF.** Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei n° 12.990/2014. Procedência do Pedido. Relator: Roberto Barroso, 08 de julho de 2017. Disponível em: < https://bityli.com/kSRVE>. Acesso em: 08 de jun. de 2021.

CARVALHO, José Jorge e SEGATO, Rita Laura. **Uma Proposta de Cotas para Estudantes Negros na Universidade de Brasília**. Versão revisada e ampliada. Brasília: UnB, mimeo, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa; Silva, Fernando Duarte Lopes Lucas da. As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO** (2001: Brasília). Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva, The British Council. Brasília: CJF, 2003.

IENSUE, Geziela. **Ações Afirmativas, Eficiência e Justiça**: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade. 2016. 584 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito**, n. 15, p. 85-99, set. 1996.

TAYLOR, Charles. The Políticts of Recognition. In: **Multiculturalism: Examining the Políticts of Recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

WEINRIB, EJ. **Toward a moral theory of negligence law.** Law Philos 2, 37-62 (1983). Disponível em: <https://doi.org/10.1007/BF00145312>. Acesso em: 07 de jun. de 2021.