

A evolução das cotas no Ensino Superior Público Federal brasileiro

*Ana Flávia Alves Canuto*¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Ações afirmativas; 2.1. Conceito e origem; 2.2. Exemplos de ações afirmativas no Brasil; 2.3. Ações afirmativas em outros países; 3. Ações afirmativas e cotas na educação; 3.1. Origem; 3.2. Evolução da discussão nos EUA; 3.3. As cotas no Ensino Superior público federal brasileiro; 3.3.1. Evolução da discussão; 3.3.2. Sistema legal atual; 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.

7

Resumo: As cotas no ensino superior público brasileiro são um tema espinhoso, que, há anos, frequenta as discussões acadêmicas e de vários segmentos sociais. Mas as cotas, que são espécies de ações afirmativas, não são as únicas políticas já empreendidas no Brasil para buscar a igualdade material, que é o seu principal fundamento. Após vários debates acalorados, instituição de sistemas isolados e decisões judiciais sobre estes casos, a questão foi regulamentada em lei federal e decreto regulamentar, os quais instituíram as cotas sociais e raciais no ensino público federal de níveis médio e superior.

Palavras-chave: ações afirmativas, sistema de cotas, ensino superior público federal brasileiro

1. Introdução

As cotas no ensino superior público brasileiro constituem um tema bastante espinhoso, que, há anos, frequenta as discussões acadêmicas e os debates de diversos segmentos sociais. Em meio a debates acalorados, com argumentos os mais variados e algumas vezes bastante superficiais, audiências públicas, criação de sistemas isolados de reserva de vagas e julgamentos destes casos específicos pelo Judiciário, a questão avançou até ser regulamentada em lei federal.

Este estudo visa, portanto, analisar a evolução da discussão, desde os primeiros precedentes da jurisprudência estadunidense, perpassando o estudo de outras ações afirmativas brasileiras e a discussão das cotas no ensino, até alcançar o estágio atual da regulamentação do tema no ordenamento brasileiro.

2. Ações afirmativas

2.1. Conceito e origem

¹ Advogada, Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI, Mestre em Direito do Estado pela USP – Largo São Francisco. E-mail: anaflavia@ecaa.adv.br.

As cotas no ensino superior são espécies de ações afirmativas, o que torna necessário fazer algumas considerações sobre este gênero antes de se analisar as especificidades das cotas brasileiras.

As ações afirmativas, segundo as autoras Camila Magalhães, Fernanda Montenegro e Sabine Righetti (2009, p. 257), são:

[...] o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Em outras palavras, trata-se de medidas que visam eliminar desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados.

Estes institutos, que têm o nítido intuito de igualar pessoas historicamente discriminadas, incluem, mas não se resumem a cotas, embora sejam identificados por muitos como sinônimos das expressões “política de cotas”, “reserva de vagas” e “ações compensatórias” (MOEHLECKE, 2002, p. 198).

A terminologia “ação afirmativa” teve origem nos Estados Unidos, tendo sido empregada pela primeira vez no Decreto 10.952, de 6 de março de 1961, publicado pelo Presidente John Kennedy. Esta norma criou o “Equal Employment Opportunity Commission”, que teve o objetivo de assegurar total isonomia aos trabalhadores. (MAGALHÃES; MENEZES; RIGHETTI, 2009, p. 260)

Torna-se claro, portanto, que o fundamento das ações afirmativas é a igualdade material, traduzida no conhecido ensinamento de Rui Barbosa de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade², haja vista que a igualdade formal, também denominada isonomia, prevista em leis e constituições, muitas vezes não é suficiente para tornar as pessoas efetivamente iguais e dar a elas tratamentos equivalentes.

Assim, é certo que, diante de desigualdades materiais, sobretudo aquelas advindas de anos de discriminação negativa, tratar todas as pessoas de forma igual, sob a justificativa de se aplicar a lei homogeneamente, aumenta a desigualdade inicial, visto que nem todas as pessoas partem do mesmo ponto inicial ou dispõem das mesmas características, servindo a igualdade legal/constitucional, muitas vezes, para distanciar as pessoas hipossuficientes³ da tutela que se deseja garantir com determinada previsão legal/constitucional.

² “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão 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. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. 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, 1997, p. 26).

³ Na falta de expressão melhor, utiliza-se “hipossuficiente” não apenas como referência a pessoas com hipossuficiência financeira, mas também àquelas com qualquer outro tipo de carência, como por exemplo,

O curioso é que os que se mostram contrários às ações afirmativas também utilizam o mesmo princípio da igualdade para fundamentar sua posição, no entanto, pautando-se na igualdade formal, ou isonomia, para defender a necessidade de tratar todos de forma absolutamente igual e, portanto, sem imposição de qualquer vantagem a título de compensação. Assim, o fundamento jurídico é basicamente o mesmo – igualdade – mas visto e interpretado de maneira distinta pelos defensores e pelos críticos das políticas afirmativas.

A política de ações afirmativas se fundamenta com perfeição nas palavras de John Rawls, ao estabelecer parâmetros e princípios para se fixar uma teoria da justiça, embora não se saiba dizer se ele teve esta intenção ao formular a teoria. A ele parece estranho e pouco provável que pessoas que se consideram iguais aceitem simplesmente ter perspectivas de vidas inferiores em troca de outros possuírem mais vantagens, o que, num prolongamento de raciocínio nosso, justificaria a instituição de ações diferenciadas para proporcionar vantagens a quem originalmente não teria acesso a elas. Para o autor, as pessoas em situação inicial de igualdade se pautariam em dois princípios para orientar suas vidas em sociedade:

[...] o primeiro requer igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, ao passo que o segundo afirma que as desigualdades sociais e econômicas, por exemplo, *as desigualdades de riqueza e autoridade, só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade*. Esses princípios excluem a justificativa de instituições com base na argumentação de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior agregado. *Pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar*. Porém não há injustiça nos benefícios maiores recebidos por uns poucos, contanto que, com isso, melhore a situação das pessoas não tão afortunadas. A ideia intuitiva é que, se o bem-estar de todos depende de um sistema de cooperação, sem o qual ninguém teria uma vida satisfatória, a divisão das vantagens deve suscitar a cooperação voluntária de todos que dela participam, incluindo-se os que estão em situação menos favorável. Os dois princípios mencionados aparentam ser uma base equitativa sobre a qual os mais favorecidos por talento natural, ou mais afortunados em posição social, duas coisas das quais não nos podemos considerar merecedores, possam esperar a cooperação voluntária dos outros quando algum sistema viável seja uma condição necessária para o bem-estar de todos. *Quando decidimos procurar uma concepção de justiça que neutralize os acidentes da dotação natural e das contingências de circunstâncias sociais como fichas na disputa por vantagens políticas e econômicas, somos levados a esses princípios*. Eles expressam a consequência do fato de deixarmos de lado os aspectos do mundo social que parecem arbitrários de um ponto de vista moral. (RAWLS, 2008, p. 18)

o ensino deficiente a que se teve acesso, as limitações físicas dos deficientes e todas as deficiências que as mulheres possam apresentar, em virtude dos óbices impostos exclusivamente por conta do gênero.

Desta forma, para se alcançar uma justiça efetiva, todos deveriam ter as mesmas perspectivas e acesso aos mesmos bens e tutelas, ainda que, para isto, fosse necessário instituir “vantagens recompensadoras” para os “menos favorecidos”, as quais podem ser facilmente identificadas com as ações afirmativas.

Com base nestes raciocínios, as pessoas menos favorecidas beneficiadas pelas políticas afirmativas são os membros de todas as minorias, tais como as minorias étnico-raciais, as mulheres e os deficientes físicos. Mas também é possível alargar este entendimento, para incluir pessoas com doenças graves, tais como AIDS, câncer e insuficiência renal, e pessoas economicamente hipossuficientes, sendo a definição deste grupo mais complexa, visto depender da fixação de critérios objetivos para caracterizar seus membros.

Por fim, como as ações afirmativas têm a intenção de sanar uma desigualdade e neutralizar sua origem ou causa, até recompor a igualdade almejada, é de sua natureza serem provisórias ou temporárias. Isto implica concluir que elas devem durar o período necessário para se resolverem efetivamente as diferenças que as motivaram, alterando culturas e condições sociais, período este que, geralmente, é fixado ao correspondente a uma geração, a qual, por sua vez, costuma ser associada ao período de 25 anos⁴.

Logicamente, as ações afirmativas devem ser temporárias se alterações culturais e em contextos sociais forem suficientes para extinguir a causa da desigualdade antes perpetrada, como no caso de discriminações étnico-raciais e de gênero. Não será o caso, porém, quando o tempo não for suficiente para neutralizar a origem da desigualdade, como ocorre com os deficientes físicos e doentes graves, cujas diferenças não acabarão com o passar do tempo e também não deixarão de surgir por já se praticarem políticas afirmativas há mais de 25 anos. Assim, como algumas minorias não perderão as características que as tornam diferentes e justificam as ações afirmativas mesmo com o passar do tempo, as ações que as beneficiam tendem a ser perenes, para que nunca se perca a igualdade material.

2.2. Exemplos de ações afirmativas no Brasil

Embora as cotas na educação superior pública sejam um tema de grande repercussão e discussão atualmente, é certo que elas não foram as primeiras ações afirmativas a serem inseridas no contexto social e jurídico brasileiro.

A Constituição da República de 1988 já trouxe previsão de política afirmativa destinada a igualar materialmente os deficientes físicos nos concursos públicos destinados ao preenchimento de vagas no mercado de trabalho:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁴ Conceito de “geração”, acepção 7, da obra: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

[...]

Mas, como a previsão constitucional era de eficácia limitada, ou seja, estava incompleta, dependendo de regulamentação de lei infraconstitucional para ser plenamente aplicada, a lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, a Lei 8.112/1990, disciplinou com mais detalhes a reserva de vagas prevista na Constituição:

11

Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:

[...]

VI - aptidão física e mental.

[...]

§ 2º. Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Além da política relativa aos deficientes físicos, posteriormente foi criada outra, para beneficiar uma minoria bastante oprimida não apenas no Brasil: as mulheres. A ação afirmativa de que se trata é a obrigatoriedade de preenchimento de um percentual mínimo de vagas por gênero nas candidaturas a vagas do Poder Legislativo municipal, estadual, distrital e federal (somente a Câmara dos Deputados).

Como a cena política sempre foi majoritariamente ocupada pelo sexo masculino, a imposição de percentual mínimo de candidaturas por gênero acabou por beneficiar o sexo feminino, que começou a ter maiores representações.

Estas verdadeiras cotas de representação política foram previstas pela lei que estabelece regras para as eleições, a Lei 9.504/1997:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

[...]

§ 3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Depois disto, algumas ações afirmativas foram instituídas no campo da educação superior, mas não se resumindo a cotas e incluindo também financiamentos estudantis, concessão de bolsas de estudo e alimentação, além de reforços escolares, cursos paralelos e pontuações diferenciadas nos exames admissionais.

2.3. Ações afirmativas em outros países

O Brasil possui grandes e graves desigualdades, que precisam ser sanadas e podem sê-lo por meio da aplicação de ações afirmativas, como as mencionadas no item anterior. Mas as políticas aqui empreendidas não são únicas e nem pioneiras, havendo várias ações semelhantes em outros países, algumas das quais serviram de inspiração para a implantação de ações que estão em curso no país hoje.

Há, portanto, histórico de ações afirmativas na Índia, onde primeiramente se viu um sistema de cotas, nos Estados Unidos, onde tal sistema se desenvolveu e foi discutido com maior profundidade e, segundo Sabrina Moehlecke (2002, p. 199), também na Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina e Cuba, além de blocos econômicos de países, como a Comunidade Econômica Europeia.

Em países europeus, também existem as ações afirmativas. No entanto, nos países estudados – Portugal, Espanha e Alemanha – nenhuma das políticas é voltada para a educação, nem para a diminuição da discriminação étnico-racial ou com base em critérios sócio-econômicos.

No contexto português, Canotilho (2003, p. 319 e 410) faz referências bem restritas às ações afirmativas, informando apenas que elas são forma de estabelecer a não discriminação e compensar a desigualdade de oportunidades, dando como exemplos o Parlamento paritário de homens e mulheres e as “quotas” de deficientes.

No contexto espanhol, embora haja uma grande preocupação com o direito à educação e à liberdade de ensino, prevendo-se tais direitos de forma detalhada na Constituição e preocupando-se em dar a mesma proteção dos nacionais aos estrangeiros, para que tenham direito à mesma qualidade e acesso ao ensino, inclusive às bolsas de estudo e ajudas, não há ações afirmativas para a área de educação. (CALLEJÓN, 2010, p. 334-344 e MOLAS, 2009, p. 339-340)

O sistema de cotas conhecido pelos espanhóis é o relativo ao percentual de vagas a candidaturas políticas que deve ser reservado às mulheres (CALLEJÓN, 2010, p. 100-101). Nota-se que, com relação à igualdade e à discriminação, a maior preocupação espanhola é a igualdade de gênero.

No contexto alemão, a exemplo da Espanha, as ações afirmativas são referentes ao percentual de vagas a candidaturas políticas que deve ser reservado às mulheres (KOMMERS; MILLER, 2012, p. 431-432). O foco principal também é a igualdade de gênero, para abolir os efeitos da discriminação pretérita contra as mulheres.

3. Ações afirmativas e cotas na educação

3.1. Origem

As cotas na educação surgiram na Índia, país que, até 1950, possuía um sistema de cotas constitucionalmente previsto, que somente foi abolido pela Constituição editada naquele ano. No entanto, como a alteração constitucional não foi suficiente para modificar os hábitos, culturas e a natural discriminação imposta às antigas castas inferiores, foi necessário criar ações afirmativas previstas em leis para possibilitar a igualdade de oportunidades aos membros destas castas inferiores, sobretudo no tocante à educação superior.

Mas, nem mesmo com estas previsões legais, foi fácil instituir a política de cotas, pois elas chegaram a ser questionadas no Judiciário indiano, gerando o primeiro precedente sobre o assunto, que é assim relatado por Daniel Sarmento (2010, p. 156):

[...] em 1951, chega à Suprema Corte da Índia o primeiro caso envolvendo políticas de ação afirmativa – *State of Madras vs. Champakan Dorairajan* (A.I.R. 151 S.C. 226), em que se discutia a constitucionalidade de uma lei estadual que instituía reserva de vagas para integrantes de castas inferiores em universidades de Medicina e de Engenharia. A lei foi declarada inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, o que provocou uma enérgica reação do Legislativo indiano, que aprovou, ainda naquele ano, uma emenda alterando o texto constitucional para incluir expressa previsão sobre a validade das medidas de discriminação positiva em favor de castas e tribos situadas em posição desfavorável.⁵

Depois disto, ainda segundo o autor, o governo indiano passou a fazer largo uso das medidas afirmativas, tanto no campo da educação, quanto em outros, como o acesso a cargos públicos. Houve, ainda, outros questionamentos sobre sua validade junto ao Judiciário, como no caso *State of Kerala vs. N.M. Thomas* (A.I.R. 1976 S.C. 490), em que se discutia uma política que favorecia os membros de castas inferiores em promoções no serviço público, mas a Suprema Corte da Índia afirmou, em decisão proferida em 1975, a sua constitucionalidade, afirmando que: “[...] as medidas de discriminação positiva não deveriam ser vistas como meras exceções em relação a uma suposta regra geral de isonomia formal, mas como providências necessárias na busca da real igualdade de oportunidades.” (SARMENTO, 2010, p. 156-157)

No entanto, apesar do pioneirismo da Índia, as ações afirmativas mais conhecidas no campo da educação, ao menos no Ocidente, e sobre os quais mais se construiu jurisprudência, foram as dos Estados Unidos, que passaram a ser referências sobre o tema e que serão abordadas com mais profundidade no item a seguir.

3.2. Evolução da discussão nos EUA

⁵ Destaques do original.

Embora não tenham sido os pioneiros na implantação de políticas de inclusão, os Estados Unidos desenvolveram larga discussão e jurisprudência a respeito das ações afirmativas na educação, cuja implantação foi motivada pela grave discriminação imposta aos afrodescendentes no país.

Esta discriminação era, inclusive, aceita pelo Judiciário, que, na ânsia de validá-la, a caracterizou como algo natural, criando-se a doutrina “*separate but equal*” (separados, mas iguais), que surgiu no julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson*, em 1896.

Neste julgamento, o juiz Harlan foi dissidente e informou, em uma tradução livre, que a Constituição dos Estados Unidos era cega para as cores dos cidadãos e afirmou que não havia castas, nem qualquer sorte de superioridade entre eles⁶. Apesar disto, por maioria aceitou-se a possibilidade de separar os supostamente iguais, devendo o Estado se ocupar, apenas, de fornecer os mesmos bens e direitos, incluindo-se aí a educação, com o mesmo nível de qualidade para todos (TAVARES, 2013, p. 2 e 4). A segregação de negros e brancos se justificava, devendo a igualdade estar apenas na tutela que todos recebiam do Estado, no direito de pleiteá-la e na qualidade da mesma, que deveria ser igual para todos.

Esta doutrina vigorou até 1954, quando o julgamento de outro caso emblemático determinou tacitamente o seu rompimento.

Tratou-se do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, ocasionado por ação contra o Distrito Escolar de Topeka, em nome de Linda Brown, uma aluna da terceira série que era forçada a caminhar 1,6 quilômetro para estudar em uma escola para negros, enquanto uma escola para alunos brancos ficava a apenas 7 quarteirões de sua casa. Na decisão, reforçou-se a ideia de que a doutrina que permitia a segregação racial em escolas, mas exigia que a qualidade das escolas de brancos e negros fosse a mesma, quanto às instalações e facilidades, nunca daria aos negros o mesmo padrão de qualidade de educação dos brancos (MAGALHÃES; MENEZES; RIGHETTI, 2009, p. 262). Assim, restou claro que a doutrina anteriormente patrocinada era indiscutivelmente desigual.

Depois disto, começaram os esforços para estabelecer a igualdade concreta entre brancos e negros, sendo o presidente John Kennedy um dos grandes expoentes desta postura inovadora. Como já citado em item anterior deste artigo, foi ele o primeiro a utilizar a terminologia “ação afirmativa”, empregando-a no Decreto 10.952, de 6 de março de 1961, pelo qual criou o “Equal Employment Opportunity Commission”, que visava assegurar uma isonomia no mercado de trabalho.

Após isto, o governo de Lyndon Johnson (1963-1969) foi efusivo defensor das ações afirmativas, criando mecanismos e estratégias de combate e superação das desigualdades raciais, que culminaram com a aprovação do *Civil Rights Act* (Lei de Direitos Cívicos) em 1964 e da Lei de Direito ao Voto, em 1965.

O próximo governo, de Richard Nixon (1969-1974), foi marcado pelo conservadorismo quanto às ações afirmativas e por sua pouca evolução, muito embora tenha sido criado o Plano Philadelphia, incentivando a contratação de minorias por companhias e entidades escolares. (MAGALHÃES; MENEZES; RIGHETTI, 2009, p. 262-263)

⁶ “But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens” Justice Harlan. (REDLICH; ATTANASIO; GOLDSTEIN, 2005, p. 425)

Em 1978, foi julgado um novo caso decisivo para o delineamento do entendimento a respeito das ações afirmativas no ensino superior estadunidense. Foi o caso *Regents of the University of California v. Bakke*, no qual se questionou a validade de um programa de admissão de minorias da Escola de Medicina de Davis da Universidade da Califórnia, pelo qual um comitê acolhia candidatos de quatro grupos de minorias designados para ocuparem 16 das 100 vagas disponíveis.

Alan Bakke, um branco, foi reprovado apesar de ter tido uma pontuação numérica mais alta do que alguns candidatos do programa especial que foram admitidos. A corte julgou por 5 votos a 4, que o plano de Davis violava o Título VI do *Civil Rights Act* (Lei de Direitos Civis) de 1964.

O mais importante é que cinco juízes aceitaram o princípio de que a universidade pública pode usar programas de admissão sensíveis à raça (*race-conscious admissions program*) e que o uso de critérios raciais por si só não viola a proteção da igualdade (*equal protection*). Mas eles não chegaram a um acordo sobre quando estas admissões baseadas em consciência racial violavam também a proteção constitucional à igualdade.

Neste contexto, o juiz Powell, em seu voto, criticou o uso das cotas fixas (*strict scrutiny*) para rever a discriminação, pois impunham aos brancos, como classe, uma desvantagem. Ele destacou que a proteção da igualdade é um direito pessoal do indivíduo de ser julgado com base em sua capacidade e mérito individuais e não com base no pertencimento a uma classe. Concluiu que, apesar da correção da discriminação social ser um interesse idôneo e importante para algumas instituições governamentais, uma escola de medicina estadual não estava em posição adequada para estabelecer um programa remediador apropriado. Para ele, decisões baseadas em raça deveriam ser tomadas por políticos (criadores de políticas), que estão em posição de talhar com maior exatidão um programa sensível à raça para promover este interesse idôneo de equalizar todos com o mínimo fardo para a raça em desvantagem.

Ele reconheceu também que promover a diversidade do corpo discente, por outro lado, era um interesse válido para uma universidade. Mas, o sistema de cotas de Davis, no qual se consideravam 16 lugares baseando-se apenas na raça, não significava “necessariamente” promover diversidade. A raça poderia ser considerada simplesmente como um fator a mais nas decisões de admissões, mas não norteá-las com exclusividade.

Por isso, para Powell, o programa de Davis violava a proteção à igualdade constitucionalmente previsto e o Título VI da Lei de Direitos Civis. Assim, embora ele tenha se aprofundado mais na análise e encontrado violações também à Constituição, ele se juntou aos outros quatro juízes que consideraram que o programa violava apenas a Lei de Direitos Civis, para formar a maioria que se opôs à política de cotas da Escola de Medicina de Davis.

Os outros quatro juízes, que compuseram a minoria, foram liderados pelo juiz Brennan, que argumentou que os brancos não eram uma classe que sofria com nenhum dos tradicionais fatores de suspeição impostos aos negros e que não eram os beneficiários exclusivos da 14^a Emenda, nem tinham sofrido histórica e penetrante discriminação. Acrescentou, ainda, que a classificação racial não impõe qualquer estigma sobre os brancos e que eles não são vistos como uma casta, nem como moralmente inferiores. Assim, para ele, a classificação benigna, entendida esta como aquela que beneficia algum grupo, geralmente mascara o preconceito racial, servindo, portanto, para alcançar importantes objetivos governamentais. E, uma vez que a falta de representação da minoria era substancial e crônica, e a desvantagem da discriminação pretérita estava

impedindo o acesso das minorias à escola de medicina, o programa de Davis era substancialmente relacionado aos interesses do governo de remediar os efeitos da discriminação social. (BARRON; DIENES, 2009, p. 327-329)

Esta decisão, portanto, negou validade ao programa de cotas fixas estabelecido pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, mas reconheceu a possibilidade de utilização do critério racial como um dos determinantes na seleção e admissão de alunos pelas universidades.

Após este julgamento, o governo de Ronald Reagan (1981-1989) trouxe a ideia de que a ação afirmativa não tinha um valor positivo, mas sim constituía uma discriminação às avessas, desestimulando, assim, a sua criação e implantação.

Mas foi em 1995, que se notou uma ação realmente contrária às ações afirmativas na educação superior dos Estados Unidos, quanto a Universidade da Califórnia as aboliu, sob o entendimento de que estas políticas deveriam ser temporárias e, por isso, para terem o efeito desejado de inclusão social, elas seriam necessárias por apenas uma geração, que dura cerca de 25 anos. Na segunda geração, portanto, a ação compensatória já poderia ser reduzida ou extinta (MAGALHÃES; MENEZES; RIGHETTI, 2009, p. 263-264), como de fato o foi, pois o período de sua execução já teria sido suficiente para modificar a cultura e a situação socioeconômica dos anteriormente excluídos e, por consequência, de seus descendentes, que não mais sofreriam com a exclusão.

Após este fato, novo caso importante sobre ações afirmativas na educação foi julgado pela Suprema Corte, em 2003. Tratou-se do caso *Grutter v. Bollinger*, que foi motivado pelo questionamento do programa de ação afirmativa para admissão no curso de Direito da Universidade de Michigan.

O julgamento novamente teve o resultado de 5 votos a 4, orientando-se pelo voto da juíza O'Connor, que adotou a ideia de Powell, emanada no julgamento do caso *Bakke*. Com isto, ela fez com que aqueles argumentos deixassem de ser uma simples ideia isolada e os transformou em um verdadeiro precedente vinculante, segundo o qual a definição de cotas fixas é inconstitucional, visto que precisa ser definida por políticas públicas, mas a utilização do critério racial como um dos critérios de admissão, especialmente com vistas a aumentar a diversidade do corpo discente, é válida e não viola a proteção à igualdade.

No julgamento, o curso de Direito informou que, se a raça não fosse um fator considerado na decisão da admissão, apenas 10% daquelas minorias sub-representadas que foram admitidas em 2000 teriam sido aceitas, provocando uma queda do percentual de minorias sub-representadas entre os ingressantes de 14,5% para 4%. (BARRON; DIENES, 2009, p. 337 e REDLICH; ATTANASIO; GOLDSTEIN, 2005, p. 432)

Assim, é certo que hoje não existem cotas fixas nas universidades dos Estados Unidos, pois se firmou o entendimento de que elas não podem ser estabelecidas pelas próprias universidades, vez que, para tal, é necessário o estabelecimento de políticas públicas, as quais não existem no país.

Em contrapartida, admitiu-se como plenamente válidas as ações afirmativas estabelecidas voluntariamente pelas universidades e consistentes em utilizar o critério racial como um dos fatores analisados no processo de seleção e ingresso de alunos, uma vez que isto aumenta a diversidade dos alunos, o que é um objetivo idôneo das instituições de ensino, e não viola a igualdade estabelecida na lei e na Constituição.

Portanto, embora não existam cotas fixas na educação superior estadunidense, há diversas ações afirmativas para ingresso de minorias, que são, ao menos até o momento – pois há novos casos questionando algumas delas pendentes de julgamento pela Suprema Corte –, chanceladas pelo Judiciário como válidas.

3.3. As cotas no Ensino Superior público federal brasileiro

3.3.1. Evolução da discussão

No Brasil, muito embora se tenha afirmado, por anos, a existência de uma democracia racial, há dados que indicam a existência de grandes desigualdades sociais e raciais. Segundo Camila Magalhães, Fernanda Montenegro Menezes e Sabine Righetti (2009, p. 259-260):

Em todas as regiões brasileiras, o rendimento para cada ano adicional de escolaridade em relação ao ensino médio completo é muito expressivo: quem cursa um ano de ensino superior no Brasil tem um ganho de 50% em relação à situação de um indivíduo que tivesse apenas o ensino médio. E nesse contexto em que o ingresso no ensino superior significa quase linearmente ascensão social, os negros correspondem, hoje, a apenas 2% do contingente de universitários, apesar de representarem 45% dos brasileiros.

E complementam que: “De acordo com projeções do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), se a educação brasileira continuar progredindo no mesmo ritmo de hoje, em treze anos os brancos devem alcançar a média de 8 anos de estudo e os negros só atingirão essa meta daqui a 32 anos” (MAGALHÃES; MENEZES; RIGHETTI, 2009, p. 271).

Daniel Sarmiento (2010, p. 139) colabora para o esclarecimento da questão, informando que:

O nível absurdo de desigualdade racial existente no Brasil ficou bem caracterizado em um importante estudo publicado no ano de 2000, sobre o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) das populações branca e negra do país. Em 1999, o Brasil fora situado pela ONU/PNUD na 74ª posição no mundo em termos de IDH. Pois bem, se tivesse sido considerada apenas a população branca, o Brasil teria ficado na 43ª posição mundial, enquanto que se só a população negra houvesse sido analisada, a posição cairia para a 108ª!

Assim, é indiscutível a grande e grave desigualdade social, que se traduz também na questão racial, e que impõe mudanças imediatas no Brasil, comportando, portanto, o estabelecimento das cotas na educação superior.

A discussão a respeito das ações afirmativas no Brasil de cunho étnico-racial teve início em 1968, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho se mostraram favoráveis à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma porcentagem mínima de empregados negros, na época, chamados de pessoas de cor. Mas a lei não chegou a ser elaborada.

Depois, em 1980, o deputado federal Abdias Nascimento formulou o projeto de lei 1.332 de 1983, propondo uma ação compensatória para os afro-brasileiros em virtude do sofrimento vivido em séculos de discriminação, mas o projeto não foi aprovado pelo Congresso Nacional. (MOEHLECKE, 2002, p. 204)

Anos depois, a Constituição da República de 1988 foi promulgada trazendo enormes avanços, como a criminalização do racismo, a instituição da erradicação da pobreza, das desigualdades sociais e da discriminação como objetivos fundamentais do Estado, entre outros.

Mas ações efetivas para promoção da igualdade material nas Universidades públicas somente foram promovidas a partir de 2003, quando a Universidade de Brasília (UnB) implementou seu sistema de cotas, seguida, no ano seguinte, pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) (MAGALHÃES; MENEZES; RIGHETTI, 2009, p. 274-275). Após estas, outras instituições de ensino superior estaduais e federais também criaram sistemas próprios de cotas ou outras ações afirmativas.

Em 2010, foi promulgado o Estatuto da igualdade racial, como ficou conhecida a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Esta lei previu expressamente a necessidade de garantir à população negra igualdade de oportunidades por meio, dentre outros, de ações afirmativas:

Art. 1º. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I – discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Após a promulgação desta norma, ocorreu um evento muito importante para a validação e a instituição da política de cotas nas universidades públicas brasileiras. Mas, desta vez, o fato não foi protagonizado pelo Legislativo, mas sim pelo Judiciário e se tratou do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, que questionava o sistema de cotas instituído pela Universidade de Brasília (UnB) em 2003. O julgamento do STF ocorreu em abril de 2012 e foi unânime pela constitucionalidade do sistema.

No mês seguinte, em maio de 2012, o STF julgou improcedente, desta vez por maioria de votos, a ADI 3330, que questionava a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni), que, embora não constituísse um sistema de cotas, era uma ação afirmativa da área de educação superior.

Depois destes precedentes jurisprudenciais, o Legislativo editou a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, instituindo o sistema de cotas para as universidades públicas federais. A lei foi sancionada pelo Executivo, que, menos de dois meses depois, também editou o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012, regulamentando a mesma.

3.3.2. Sistema legal atual

Atualmente, as universidades federais estão regidas, no tocante ao ingresso de seus alunos de graduação, também pela Lei nº 12.711/2012 e pelo Decreto nº 7.824/2012, que instituíram o sistema de cotas.

Esta lei, que não traz previsões exclusivas para o ingresso no ensino superior, disciplinando também o ingresso nas instituições federais que ofertam o Ensino Médio, prevê, em seu artigo 1º, que a reserva de cotas será de 50% para egressos do ensino médio de escola pública, sendo que, desta cota, 50% deverá ser destinada para estudantes com renda familiar per capita inferior a 1,5 salários mínimos. Estabelece-se, portanto, como regra, uma cota social.

Mas o artigo 3º esclarece que a cota também pode ser preenchida por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, no tocante aos outros 50% das vagas que não

tenham sido preenchidos pelos estudantes com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimos. Assim, surge a previsão da cota racial, incluída dentro da cota social anteriormente prevista.

Além disto, a lei também prevê, em seu artigo 7º, que o Poder Executivo deverá promover uma revisão das cotas raciais e das cotas sociais para ingresso no ensino superior após 10 anos de vigência da lei, a contar de sua publicação, transparecendo aí, a ideia de que as ações afirmativas na educação devem ser temporárias, durando apenas o suficiente para se sanar a desigualdade anteriormente vivida.

O Decreto nº 7.824/2012, por sua vez, veio detalhar melhor as previsões da lei, estabelecendo, em seu artigo 2º a exata fórmula de cálculo da reserva de vagas em instituições de ensino superior federais:

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

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

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

Assim, buscou-se adequar o sistema de cotas também às diferenças regionais do país, de forma a não se ampliar ainda mais as desigualdades que tanto se quer combater.

Por fim, o Decreto também criou, em seu artigo 6º, o Comitê de Acompanhamento e Avaliação das Reservas de Vagas, composto por cinco membros, sendo dois do Ministério da Educação, dois da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República e um da Fundação Nacional do Índio, sendo tal comitê incumbido de acompanhar e avaliar o cumprimento das previsões do Decreto quanto à aplicação da política de cotas.

4. Considerações Finais

As ações afirmativas representam, sem dúvida, um grande avanço democrático e humanitário, haja vista abrir a pessoas antes impossibilitadas de acessar determinados serviços e cargos, reais chances de usufruir e competir pelos mesmos.

Em algumas partes do mundo, estas ações foram discutidas e implementadas há mais tempo do que no Brasil, onde o assunto vem sendo mais debatido e mais bem aceito a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição da República de 1988, que, também por este motivo, foi apelidada pelos próprios constituintes de “Constituição Cidadã”.

Com relação à área da educação, a discussão avançou bastante na primeira década do século XXI, quando vários programas de cotas no Ensino Superior Federal foram criados, incentivando, após a confirmação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a regulamentação legal das cotas sociais e raciais no Brasil, em meados de 2012.

Hoje, o sistema de cotas já está devidamente implantado, muito embora ainda falte consolidação, que somente acontecerá após reiteradas aplicações e muita fiscalização, identificação e solução de problemas e falhas. Somente após o insistente exercício das cotas, ter-se-á a exata ideia se elas foram positivas ou negativas para o avanço da educação e da própria sociedade.

Embora possam – e devam, na prática – existir desvios e inadequações na aplicação das cotas, certamente a sua existência servirá para equiparar pessoas que sem elas nunca conseguiriam tal feito, talvez estimulando mais o estudo e o empenho do que o comodismo, como alguns críticos afirmam.

A existência das cotas não é mais passível de grandes debates, ao menos até se completarem os 10 anos que a lei que as instituiu previu para sua reanálise, mas a sua aplicação e os seus efeitos ainda serão passíveis de boas e necessárias análises, tudo em função de se extrair os seus melhores efeitos e proporcionar uma melhora na educação, na igualdade e nas condições sociais dos cidadãos brasileiros.

5. Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARRON, Jerome A., DIENES, C. Thomas. **Constitutional Law in a nutshell**. 7. ed. St. Paul: West, 2009.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. (coord.) **Manual de derecho constitucional**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2010. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3. ed. Durham and London: Duke University Press, 2012.

MAGALHÃES, Camila, MENEZES, Fernanda Montenegro, RIGHETTI, Sabine. Ações Afirmativas e Cotas no Ensino Superior: uma Reflexão sobre o Debate Recente. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.). **Direito à educação aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, páginas 197/217, nov. 2002, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>.

MOLAS, Isidre. **Derecho constitucional**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2009.

RAWLS, John [trad. Jussara Simões]. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção justiça e direito).

REDLICH, Norman; ATTANASIO, John; GOLDSTEIN, Joel K. **Understanding Constitutional Law**. 3. ed. Nova Iorque: Nexis Lexis, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2013.