

R E D E

L I B E R D A D E

OPINIÃO LEGAL

COTAS RACIAIS. LEI 12.711/2012. LEI 12.990/2014. REVISÃO.
PRAZO DE VIGÊNCIA. NECESSIDADE DE PRORROGAÇÃO.
DIREITO À IGUALDADE. VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

Solicitado por: Fundação Tide Setubal

Pesquisa: Felipe Freitas

Análise jurídica: Bruna Rafaela de Santana Santos (OAB/BA 65.720)

Coordenação Jurídica: Juliana Vieira dos Santos (OAB/SP 183.122)

Coordenação de Programas: Ana Paula Freitas (OAB/MG 174.443)

14 de dezembro de 2020

I- O OBJETO

O escopo da presente Consultoria concentra-se no processo de revisão do programa de cotas no âmbito federal, no que se refere ao ingresso nas universidades e instituições de ensino técnico de nível médio, regulado pela Lei n. 12.711/2012 e à reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivo e empregos públicos, regulado pela Lei n. 12.990/2014.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Disposições legislativas

A Lei 12. 711/2012

A Lei n. 12.711/2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências, estabelece, em seu artigo 7º, o prazo de revisão do programa especial para acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. A disposição literal se transcreve abaixo:

Art. 7º No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Originalmente, a redação da lei (promulgada em 2012) previa que a revisão seria feita pelo Poder Executivo, além de não abranger as ações afirmativas dirigidas às pessoas com deficiência.

Uma alteração legislativa de 2016 (Lei nº 13.409/2016) tirou essa competência do Poder Executivo, deixando apenas a previsão de no prazo de dez anos seria promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência.

A lei não detalha como se dará esse processo de revisão. Dentre os questionamentos não explicitados pela legislação, destaca-se: 1) qual o procedimento a ser seguido para a revisão; 2) quais as consequências da revisão para as políticas de cotas já estabelecidas; 3) o que se espera ter alcançado para permitir a revisão; 4) se a revisão demanda, necessariamente, uma avaliação das políticas; e, em caso positivo, quem deverá realizar essa avaliação.

Por outro lado, é possível afirmar que a revisão da lei de cotas, e notadamente em razão da reforma da legislação (realizada por meio da lei 13.409/2016), **deve se dar por meio de lei ordinária**.

O projeto de lei (que conterà a revisão), **poderá ser proposto por qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, pelo Presidente da República, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais Superiores, pelo Procurador-Geral da República e pelos cidadãos** (art. 61, *caput* da Constituição Federal). No caso do último, deverá ser apresentado à Câmara dos Deputados **o projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles** (art. 61, §2º da Constituição Federal). Uma vez apresentado o projeto de lei pelos legitimados próprios, **a aprovação seguirá o formato das leis ordinárias**, ou seja, aprovação simples (mínimo de 257 votos na Câmara e 41 no Senado) e submetido a sanção/veto presidencial, além das disposições do art. 65 e 66 da CF.

Essa revisão deverá abranger **todas** as políticas de ações afirmativas referidas naquela legislação, ou seja, o programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Assim, de acordo com as disposições atuais da lei: i) o prazo de revisão da lei expira no dia **29 de agosto de 2022**; ii) a iniciativa para a revisão pode ser feita por qualquer legitimado para apresentar proposta de leis ordinárias; iii) a revisão deverá tratar das cotas raciais, sociais e cotas dirigidas às pessoas com deficiência.

Mas é importante mencionar que **caso não haja revisão no prazo estabelecido, a lei 13.711/2012 e suas disposições continuam em vigor**, como será visto mais adiante.

A lei 12.990/2014

No que se refere à lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos, a disposição do art. 6º estabelece o seguinte:

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Nesse sentido, enquanto a lei 12. 711/2012 estabelece um prazo de revisão da legislação (e, conseqüentemente, da política de cotas ali regulamentada), a lei 12.990/2014 estabelece um **prazo de vigência da lei**, que perderá todos os seus efeitos no termo final previsto (no caso, no dia 9 de junho de 2024).

A manutenção do sistema de ações afirmativas regulado pela lei 12.990/2014, portanto, **dependerá da elaboração de lei nova**, cujo conteúdo deverá incluir, de maneira expressa, a retomada dos efeitos da lei anterior ou a sua prorrogação por novo período.

Há um debate sobre quem poderia propor essa nova lei.

Por tratar-se de matéria concernente a servidores públicos da União, e nos termos do art. 61, §1º, II, “c” da CF¹, alguns juristas entenderão que a lei nova apenas poderá ser proposta por iniciativa do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal, a título exemplificativo, reconheceu que a regulamentação jurídica de deveres, proibições e responsabilidades dos servidores públicos é de competência legislativa reservada do chefe do poder executivo, assim como a fixação do efetivo de servidores públicos² e a eventual exigência de critérios ou regras para provimento de cargos³.

Da mesma maneira, a Corte Suprema entendeu que normas que cuidam de jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais estão cobertas pela restrição de iniciativa, devendo ser proposta pelo Chefe do Executivo⁴.

O STF apontou, ainda, que nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa⁵.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro considera, com razoável pacificidade, que a estrutura da administração pública, seus órgãos e o regime jurídico de servidores públicos são matérias de competência legislativa privativa do Presidente da República, não podendo o legislativo exigir, de qualquer forma, o exercício obrigatório do poder de iniciativa do Chefe do Executivo.

Nossa opinião, porém, é em outra direção. O art. 61, §1º, II, “c” da CF tem dois objetivos básico: (i) garantir a autonomia entre os Poderes, de forma que os outros Poderes não possam se imiscuir em matéria de composição do Executivo, bem como (ii)

¹ Art. 61. (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

² ADI 4.827, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-9-2019, P, DJE de 15-10-2019

³ ADI 5.786, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13-9-2019, P, DJE de 26-9-2019.

⁴ ADI 1.895, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2-8-2007, P, DJ de 6-9-2007

⁵ MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17-4-1997, P, DJ de 7-12-2006

R E D E L I B E R D A D E

garantir que o Executivo controle as decisões orçamentárias de seu pessoal, que digam respeito a gastos com seus servidores.

Nenhuma dessas premissas é comprometida no debate para inclusão nos concursos de uma categoria sociojurídica para garantir o princípio da igualdade (que é, em última instância o objetivo da nova lei).

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que debates relativos a concurso público não se caracterizam como matéria relativa a servidores públicos.

No julgamento da ADI 2672/ES, em que se debatia exatamente a inconstitucionalidade formal de uma lei estadual que estabelecia taxa para concursos públicos, a Ministra Ellen Gracie afirmou que a lei dispunha “sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público”. Por esse motivo se entendeu pela constitucionalidade da lei que não havia sido apresentada pelo Governador.

Argumentamos, portanto, pelo entendimento de que a manutenção da lei 12.990/2014, como política reparadora de uma desigualdade histórica, não interfere na prerrogativa privativa do Executivo de propor projetos sobre remuneração, estrutura da carreira e outras especificações próprias dos servidores públicos. É um assunto diferente e anterior à caracterização como servidor público, além de ser questão bem mais ampla do que a restrição específica trazida pelo art. 61, §1º, II, “c”, da Constituição Federal. E, de toda forma, não se trata da lei original, mas de uma extensão de seu prazo.

Essa interpretação pode esbarrar no debate sobre vício formal de uma lei eventualmente proposta por outro legitimado, embora entendamos que há muitos argumentos a contrapor essa interpretação, sendo importante deixar previsto este como um caminho a ser explorado.

Em resumo: i) o prazo de vigência da lei expira no dia **09 de junho de 2024**; ii) após essa data, a lei 12.990/2016, seus termos e políticas regulatórias perdem a validade jurídica; iii) para manter a validade jurídica das disposições da lei 12.990/2016, outra lei deve ser editada e aprovada, prorrogando a vigência da legislação em debate; iv) poderá haver debate sobre quem pode propor essa nova lei, se apenas o Presidente da República, em razão de sua competência legislativa privativa, a teor do art. 67, §1º, II, “c” da CF, ou se outros legitimados em razão de se tratar de tema mais amplo e por ser uma extensão de lei já em vigor.

II. 2 – O processo de revisão

A lei 12. 711/2012

Em relação ao processo de revisão em si, não há detalhamento na legislação. A *priori*, há duas interpretações possíveis: i) que o prazo de revisão seria também um prazo de validade da vigência lei, de maneira que, se até 29 de agosto de 2022 não fosse formulada a revisão da lei, a Lei de Cotas perderia a vigência; ii) que a vigência da Lei de Cotas independe da revisão prevista.

Em geral, a revisão de uma lei significa a sua **atualização** em relação ao cenário jurídico atual e as demandas da sociedade. Dentre as propostas de revisão mais emblemáticas, estão as revisões da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), e da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98). Por não terem sido as propostas aprovadas pelo Congresso Nacional, a legislação base continua em vigor.

No caso de prazos que influenciam a vigência da lei, a questão jurídica concernente ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB é de salutar importância. Em sua redação original, a Constituição Federal previu que *“Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação”*. A interpretação preponderante foi que, a partir dessa disposição, a destinação de recursos ao FUNDEB apenas seria obrigatória até o 14º ano a partir da promulgação da EC n. 53/2006. Por se tratar de disposição constitucional, a revisão da previsão foi feita via Emenda Constitucional, cujo texto final, aprovado antes do prazo assinalado pela EC n. 53/2006, abrangeu a transformação do financiamento para status permanente, o aumento da participação da União no Fundo, a criação do Custo Aluno Qualidade (CAQ) e o estabelecimento de novos critérios de distribuição de recursos.

Nesse sentido, em geral, o processo de revisão de uma lei não influencia a sua vigência; porque ocorre à parte da validade da lei base. No caso de leis que já possuíam prazo de validade estabelecido (o caso do FUNDEB), a disposição foi explícita, estabelecendo que a obrigação perduraria até o 14º ano a partir da promulgação da Emenda Constitucional.

Ao lado disso, a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, por meio do qual uma lei continua a ter vigência até que posterior a revogue (art. 2º do Decreto Lei n. 4.657/1942), conduz ao entendimento de que a interpretação do art. 7º da Lei 12.711/2012 **tão somente cria uma obrigação de revisão ao Poder Público, que em nada aponta para a suspensão da política de cotas caso a revisão não seja efetivada.**

A legislação também é omissa quanto aos procedimentos anteriores à revisão. Não há clareza quanto a necessidade de colheita prévia de avaliação da política de prévias, tampouco o órgão que será responsável por essa possível avaliação. No entanto, o art. 6º da Lei 12.711/2012 assim dispõe:

Art. 6º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Assim, levando em conta a estrutura governamental atual, é provável que a avaliação seja feita pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior, órgão integrado ao Ministério da Educação (MEC), pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, hoje integrado no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Por fim, quanto às matérias passíveis de revisão, podem – no nosso entender – estar sob apreciação apenas as modalidades de aplicação das políticas de ação afirmativa e não aquilo que integra o cerne constitutivo da política. Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal em reiterados precedentes, o mérito constitucional das políticas de ação afirmativa é próprio do sentido constitucional de igualdade. **Nesse sentido, qualquer alteração da Lei que venha a provocar retrocesso em matéria de direito fundamental é incabível.** Em outras palavras, alterações nos percentuais reservados aos cotistas, mecanismos de prevenção à burla ou regulamentação da heteroidentificação devem necessariamente observar o caráter inclusivo das políticas de ações afirmativas, sendo juridicamente proibidos a instituição de retrocessos para os potenciais beneficiários dessas políticas públicas.

A lei 12.990/2014

Conforme anteriormente assinalado, a lei 12.990/2014 não faz menção a uma revisão. O que a legislação prevê é uma **perda de vigência da lei**, que perderá todos os seus efeitos no termo final previsto (no caso, no dia 9 de junho de 2024).

O processo aplicável, no caso, é o **legislativo**. Assim, a disciplina jurídica é aquela referente à elaboração das leis, de acordo com o procedimento de formação legislativa.

II. 3 – Consequências da não renovação e os instrumentos jurídicos manejáveis

As observações assinaladas nesse tópico fazem referência tanto a interpretação da Lei 12.711/2012 quanto da Lei 12.990/2016.

Alguns entendimentos jurisprudenciais são relevantes para contextualizar a questão jurídica em torno do prazo de revisão e a vigência da legislação, destacando-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, a Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 41, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3330, todas julgadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Na ADPF 186, o STF reconheceu a consonância do critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso de Universidade Pública Federal. Naquela oportunidade, o Supremo estabeleceu algumas premissas salutares, dentre os quais se destaca: i) as ações afirmativas que adotam critério étnico-racial **prestigiam o princípio da igualdade material**; ii) o objetivo das cotas raciais volta-se, especificadamente, para a **reversão do quadro de desigualdade que caracteriza as reações étnico-raciais e sociais no Brasil**; iii) a metodologia de seleção diferenciada que leva em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos **assegura que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição**; iv) **justiça social**, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, **significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados**, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes; v) **as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem**.

Na ADC 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que é constitucional a integralidade da Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos para provimento de cargos efetivos na administração pública. A decisão, unânime, seguindo o voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, **reforça que a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa está em consonância com o princípio da isonomia**. Na decisão, os ministros robustecem que **a política de cotas étnico-raciais se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente**.

Além disso, ratifica a inexistência de violação aos princípios do concurso público e da eficiência; e assinala que a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. Por fim, os ministros da Corte Suprema entenderam que a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, ressaltando que a existência de uma política

de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

Por fim, destaca-se a ADI 3330, por meio do qual o STF entendeu que o sistema de cotas no âmbito do PROUNI (voltado para o ingresso em universidades particulares) está em consonância com o princípio da igualdade. Em mais uma oportunidade, o STF assinala que **não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade**. Outro ponto a se destacar na decisão foi o reconhecimento da Corte Suprema que: i) não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade; ii) toda a axiologia constitucional está voltada para a tutela de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social; iii) a política de ação afirmativa homenageia a insuperável máxima de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, ou seja, de acordo com o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

Conforme visto, o que o STF consagra é a noção de que a política de ação afirmativa funda-se no reconhecimento do racismo estrutural e institucional existente na sociedade brasileira, bem como o quadro de desigualdade e exclusão social dele derivado, **devendo subsistir a medida de reparação enquanto permanecer os fatores de desigualdade**. De outro modo, estar-se-ia violando o princípio da **igualdade material**.

Nesse sentido, o primeiro fator de validação jurídica no que se refere à manutenção do sistema de cotas deve ser a demonstração da sua incompletude. Deve-se demonstrar, então, que os fatores de desigualdade permanecem desproporcionalmente.

Uma vez demonstrado esse contexto, permanece prevalecendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal: que o sistema de cotas é um imperativo do dever de igualdade material. Em consequência, uma série de implicações práticas surgem no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, a persistência do sistema de cotas revela-se como um direito subjetivo fundamental, porque está previsto no rol de direitos e garantias catalogados no art. 5º da CF. Nesse sentido, estando assim classificado, o Estado possui a obrigação de realizar a igualdade material, em obediência a coordenação do art. 3º, incisos I, II e IV da CF, que exige um comportamento ativo do Poder Público (ROCHA, 1996, p. 93-94).

Em segundo lugar, a política estaria revestida pelo princípio que veda o retrocesso social, cuja incidência não permite que se suprimam ou que se reduzam os níveis de concretização já alcançados em tema de direitos fundamentais. A partir desse princípio,

o Supremo Tribunal Federal sedimentou que a vedação ao retrocesso em matéria social *“traduz verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos fundamentais, impedindo que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidas, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese em que políticas compensatórias sejam implementadas pelas instâncias governamentais.”*⁶

A doutrina também se posiciona dessa maneira:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial (...). A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana⁷.

Em outras palavras, as políticas de cotas devem ser temporárias, mas o espaço de tempo da sua vigência está condicionado à reversão do motivo justificador da própria lei, ou seja, a desproporcionalidade de representação de pessoas pretas, com deficiência, índios e estudantes oriundos de escolas públicas nas instituições federais de educação superior. De outro modo, estar-se-ia retirando um direito já efetivado nos termos proibidos da lei, uma vez que, em face do mesmo contexto social desigual existente à época da promulgação da legislação, o Poder Público estaria suprimindo um direito social garantido.

Por fim, a política de ações afirmativas, no que se incluem as cotas, caracteriza-se como uma medida que integra o núcleo de obrigação do Estado. Todos os poderes constituídos (legislativo, judiciário e executivo) devem concretizar as ações afirmativas, no limite das suas competências. Nesse sentido, o poder legislativo deve delinear a legislação que dará sustentação à política; o Poder Executivo deve efetivar o quanto balizado pelo legislador constitucional e infraconstitucional; e o Poder Judiciário deve interpretar as lides derivadas da atuação do legislador ou do executivo de maneira a conferir maior efetividade possível aos direitos fundamentais, devendo-se priorizar a sua prevalência.

Em resumo, a ausência de renovação ensejaria, em abstrato, uma violação ao princípio da igualdade, da vedação ao retrocesso e da obrigação de respeitar e efetivar direitos fundamentais.

⁶ MC ADI 6.218. Min. Relator. Celso de Melo. DJ Nr. 280 do dia 17/12/2019.

⁷ CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina, 2003. p. 338/340, item n. 3.

Como corolário a isso, seria possível ajuizar uma série de ações judiciais voltados à manutenção da política de ações afirmativas. Dentre as possibilidades, destacam-se: i) na hipótese de suspensão da política de cotas sem a instituição de outra lei equivalente, o ajuizamento do mandado de injunção⁸ (art. 5º, LXXI, CF); ii) na hipótese de redução desproporcional do alcance ou formato do sistema de cotas por meio de lei federal, o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹ (art. 102, I, a, CF).

Frise-se que as pesquisas referentes às políticas de ações afirmativas demonstram que, a despeito dos significativos avanços verificados em termos de ampliação do número de negras e negros nas universidades brasileiras, persistem altos índices de exclusão socio-racial no âmbito do ensino superior sendo completamente necessário manter políticas de reserva de vagas pelos mesmos fundamentos apontados na Lei n. 12.711/2012. De acordo com levantamento realizado pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa da Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, em todas as regiões do país a política de cotas ainda não cumpriu completamente o seu papel, tendo em vista que ainda não logrou equalizar a representação de negros e negras em suas instituições de ensino superior¹⁰.

De acordo com o referido estudo, a proporção de vagas reservadas para pretos, pardos e indígenas pelas universidades divididas pelas proporções desses mesmos grupos no total da população resulta ainda em indicadores de sub-representação de negras e negros, sobretudo em cursos de alto prestígio e reconhecimento social. Assim, torna-se imperioso constatar que a eventual descontinuidade da política de cotas nas universidades representaria, em si, um grave retrocesso no campo dos direitos sociais e da efetividade do princípio da igualdade material.

II. 4 – Melhores cenários

A lei 12.711/2012

Dentre os cenários possíveis, o mais favorável juridicamente é aquele em que uma nova lei de cotas é instituída antes de 29 de agosto de 2022, por iniciativa do Presidente da República, com solicitação de apreciação com urgência (art. 64, §1º da CF), prorrogando a política nos mesmos termos da Lei atual, pelo prazo necessário para redução das desigualdades. Na ausência dessa providência, também seria favorável a apresentação do projeto de lei por um membro do Congresso Nacional (Senado ou Câmara do

8 Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

9 Art 102, I, a - a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

¹⁰ <http://gema.iesp.uerj.br/wp-content/uploads/2020/07/Levantamento-das-AAs-2018b.pdf>

Deputados), para seguir o seu trâmite ordinário. Em geral, considerando a controvérsia do tema, o trâmite se estende por um ano ou um ano e meio.

No caso de o Congresso Nacional estabelecer, na tramitação da lei, uma comissão específica para avaliar a aplicação da Lei n. 12.711/2012 é altamente recomendável que se observe a necessidade de ouvir: a) as Pro Reitorias de Ações Afirmativas, Assuntos Estudantis e Graduação das universidades federais, para que as mesmas possam relatar os impactos e os desafios da política de cotas bem como possam apresentar os dados de acesso e permanência estudantil de estudantes cotistas, b) os movimentos negros, com destaque para os movimentos de estudantes negros e para as organizações de estudantes cotistas, c) os pesquisadores/as do campo da educação das relações étnico-raciais que estudam a questão das políticas educacionais, em especial que estudam as políticas de ações afirmativas no nível superior.

A lei 12.990/2014

Dentre os cenários possíveis, o mais favorável juridicamente é aquele em que uma nova lei de cotas é instituída antes de 09 de junho de 2024, por iniciativa do Presidente da República, com solicitação de apreciação com urgência (art. 64, §1º da CF), prorrogando o sistema por prazo indeterminado.

Na ausência dessa providência, também seria favorável a apresentação do projeto de lei por um membro do Congresso Nacional (Senado ou Câmara do Deputados), para seguir o seu trâmite ordinário, requerendo a manutenção da vigência da lei, por prazo indeterminado (lembrando que poderá haver debate sobre inconstitucionalidade formal).

II. 5 – Piores cenários

A lei 12.711/2012

Dentre os cenários possíveis, o menos favorável é aquele em que o Poder Executivo ou os reitores, por iniciativa própria reduzam drasticamente o sistema de cotas como um todo, interpretando que têm legitimidade para fazer a revisão referida na lei.

Nesse caso, e na ausência de lei que promova a revisão, poderá haver discussões judiciais no sentido de considerar que a Lei 12.711/2016 não perdeu sua vigência.

Da mesma forma, caso haja a prorrogação da política de cotas no modelo atualmente instituído ou com mudanças favoráveis, é provável que haja discussão judicial similares às travadas na ADPF 186 ou da ADI 3330. Em ambos os casos, considerando a jurisprudência já sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a tendência é que o STF reproduza as teses já utilizadas.

Nesse cenário, é também fundamental que se mobilizem os atores da sociedade civil que combatem o racismo para que haja controle social sobre as decisões referentes a essas políticas. O engajamento das universidades e dos estudantes é igualmente expressivo nesse contexto.

A lei 12.990/2014

Dentre os cenários possíveis, o menos favorável é aquele o Presidente da República não apresenta, antes de 09 de junho de 2024, a proposta de lei voltada a prorrogação da lei atual e que eventual projeto apresentado por outro ente seja considerado inconstitucional em razão de vício formal de iniciativa. Nesse contexto, considerando que o legislativo não pode estabelecer, para o Chefe do Executivo, uma obrigação mandatória de exercer sua competência legislativa, o instrumento jurídico manejável seria o Mandado de Injunção, regulamentado pelo art. 5º, LXXI, da CF¹¹.

III. COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES

Este tópico é bastante breve, apenas para analisar as políticas instituídas em países selecionados, especificamente no que se refere ao seu prazo de duração. Dentro do escopo de pesquisa da presente opinião legal, foram analisadas as políticas de ações afirmativas da Índia, dos Estados Unidos, do Paquistão, e da África do Sul. Mas a estimativa é que um quarto dos países do mundo possuem alguma forma de ação afirmativa para admissão de estudantes em universidade, implementadas nos últimos 25 anos¹².

As políticas de ações afirmativas da Índia foram as primeiras a serem instituídas no mundo, tendo início no período colonial britânico, com inserção na Constituição do país em 1947. A disposição foi originalmente implementada com prazo de duração de 20 anos, mas foi estendido e renovado ao longo dos anos, persistindo até os dias atuais. Nesse sentido, as políticas de ações afirmativas da Índia já perduram por 73 anos¹³.

Nos Estados Unidos, a instituição de políticas de ações afirmativas não foi tão bem estruturada quanto na Índia. Em verdade, o que existiu no país foram atos normativos pontuais voltados ao combate à discriminação. De qualquer maneira, é possível remontar a primeira ação afirmativa no modelo estudado (que estabelece medidas específicas em favor de grupos minoritários) em 1965, com a *Executive Order* n. 11.246; que iniciou um período no qual eclodiram ações afirmativas em todos os níveis federativos nos Estados

¹¹ O texto citado tem o seguinte texto: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

¹² Disponível em: <https://theconversation.com/affirmative-action-around-the-world-82190> Acesso em 13 de outubro de 2020.

¹³ DALFON. Verônica Toste. JÚNIOR, João Feres. Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. Sociologias, Porto Alegre, ano 17, no 40, set/dez 2015, p. 92-123.

Unidos¹⁴. Embora o país ainda precise balancear o seu contexto de profunda desigualdade social e racial, o fato é que as políticas de cotas já existem em solos estadunidenses há 55 anos¹⁵.

Na África do Sul, as práticas de inclusão de estudantes negros em universidades existem desde 1994¹⁶, ou seja, há 26 anos. No Paquistão, a ação afirmativa implementada (à época reconhecida como políticas preferenciais) foram desenhadas como temporárias, com duração de 5 a 10 anos; no entanto, a política preferencial continuou décadas após o tempo inicialmente delimitado.

No estudo da implementação de ações afirmativas ao redor do mundo, cujo objeto concentrou outros países não citados no presente estudo, como Malásia e Sri Lanka, Sowell, teórico estadunidense liberal e contrário à política de cotas, afirmou que *a temporary program to eliminate a century-old condition is almost a contradiction in terms*¹⁷.

IV – CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, conclui-se que:

- 1) De acordo com as disposições atuais da lei 12.711/2012: i) o prazo de revisão da lei expira no dia 29 de agosto de 2022; ii) a iniciativa para a revisão pode ser feita por qualquer legitimado para apresentar proposta de leis ordinárias; iii) a revisão deverá tratar das cotas raciais, sociais e cotas dirigidas às pessoas com deficiência; iv) o transcurso do prazo sem a efetiva revisão não retira a eficácia da lei que permanece em vigor
- 2) De acordo com as disposições da lei 12.990/2014 e o entendimento jurisprudencial preponderante: i) o prazo de vigência da lei expira no dia 09 de junho de 2024; ii) após essa data, a lei 12.990/2016, seus termos e políticas regulatórias perdem a validade jurídica; iii) para manter a validade jurídica das disposições da lei 12.990/2016, outra lei deve ser editada e aprovada, prorrogando a vigência da legislação em debate; iv) a lei nova deverá ser proposta pelo Presidente da República, ou por outro legitimado (lembrando do debate sobre iniciativa privativa e possibilidade do debate sobre vício formal)

¹⁴ SILVA, Pâmela Moraes Silva. JÚNIOR, Wandercairo Elias. Ações afirmativas no Brasil e EUA. Revista Eletrônica de Ciências Sociais, História e Relações Internacionais, v.6, n.2, 2013. DOI: <<http://dx.doi.org/10.18227/19839065ex.v6i2.2019>>

¹⁵ Disponível em <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2018/09/28/acao-afirmativa-balanco-das-politicas-nos-eua-e-brasil-indica-novos-desafios> Acesso em 15/10/2020.

¹⁶ SILVA, Graziella Moraes Dias da. Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul. Tempo soc. [online]. 2006, vol.18, n.2, pp.131-165. ISSN 1809-4554. <https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000200007>.

¹⁷ SOWELL, Thomas. Affirmative Action Around the world: an empirical study. New Haven & London: Yale University Press, 2004.

- 3) A interpretação do art. 7º da Lei 12.711/2012 tão somente cria uma obrigação de revisão ao Poder Público, que em nada aponta para a suspensão da política de cotas caso a revisão não seja efetivada. Quanto aos procedimentos anteriores à revisão, não há clareza quanto a necessidade de colheita prévia de avaliação da política de prévias, tampouco o órgão que será responsável por essa possível avaliação. No entanto, levando em conta a estrutura governamental atual, é provável que a avaliação seja feita pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior, órgão integrado ao Ministério da Educação (MEC), pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, hoje integrado no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).
- 4) Quanto às matérias passíveis de revisão da Lei 12.711/2012, podem estar sob apreciação apenas as modalidades de aplicação das políticas de ação afirmativa e não aquilo que integra o cerne constitutivo da política. Nesse sentido, qualquer alteração da Lei que venha a provocar retrocesso em matéria de direito fundamental é incabível.
- 5) A lei 12.990/2014 não faz menção a uma revisão. O que a legislação prevê é uma perda de vigência da lei, que perderá todos os seus efeitos no termo final previsto (no caso, no dia 9 de junho de 2024). O processo aplicável, no caso, é o legislativo. Assim, a disciplina jurídica é aquela referente à elaboração das leis, de acordo com o procedimento de formação legislativa.
- 6) Demonstrando-se que os fatores de desigualdade permanecem desproporcionalmente afetando pessoas negras, permanece prevalecendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal: que o sistema de cotas é um imperativo do dever de igualdade material. Em consequência: i) deve-se considerar a persistência do sistema de cotas revela-se como um direito subjetivo fundamental, porque está previsto no rol de direitos e garantias catalogados no art. 5º da CF; ii) a política está revestida pelo princípio que veda o retrocesso social, cuja incidência não permite que se suprimam ou que se reduzam os níveis de concretização já alcançados em tema de direitos fundamentais; iii) a política de cotas caracteriza-se como uma medida que integra o núcleo de obrigação do Estado; iv) a ausência de renovação da política de cotas ensejaria, em abstrato, uma violação ao princípio da igualdade, da vedação ao retrocesso e da obrigação de respeitar e efetivar direitos fundamentais.
- 7) Em relação a lei 12.711/2012, o cenário mais favorável juridicamente é aquele em que uma nova lei de cotas é instituída antes de 29 de agosto de 2022, por iniciativa do Presidente da República, com solicitação de apreciação com urgência (art. 64, §1º da CF), prorrogando o sistema por prazo indeterminado; e o pior cenário é aquele

R E D E

L I B E R D A D E

em que a lei instituída reduza desproporcionalmente o sistema de cotas como um todo.

- 8) Em relação a lei 12.990/2014, o cenário mais favorável juridicamente é aquele em que uma nova lei de cotas é instituída antes de 09 de junho de 2024, por iniciativa do Presidente da República, com solicitação de apreciação com urgência (art. 64, §1º da CF), prorrogando o sistema por igual período nos mesmos termos da Lei atual; e o pior cenário é aquele em que o Presidente da República não apresenta, antes de 09 de junho de 2024, a proposta de lei voltada à prorrogação da lei atual.
- 9) Um quarto dos países do mundo possuem alguma forma de ação afirmativa para admissão de estudantes em universidade, implementadas nos últimos 25 anos. Nos países analisados pela presente opinião legal, as políticas de cotas existem há mais de 20 anos.

Esta é a nossa opinião.

BRUNA RAFAELA DE SANTANA SANTOS
OAB/BA 65.720

JULIANA VIEIRA DOS SANTOS
OAB/SP 183.122