



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.

ANA CAROLINA ALÍPAZ BRUNKEN CLEMENTE

**O PROBLEMA DA IGUALDADE NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS
PAUTADAS NO MODELO DE COTAS ÉTNICAS E SOCIAIS**

Brasília
2015

ANA CAROLINA ALÍPAZ BRUNKEN CLEMENTE

**O PROBLEMA DA IGUALDADE NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS
PAUTADAS NO MODELO DE COTAS ÉTNICAS E SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese.

Brasília

2015

ANA CAROLINA ALÍPAZ BRUNKEN CLEMENTE

**O PROBLEMA DA IGUALDADE NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS
PAUTADAS NO MODELO DE COTAS ÉTNICAS E SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Aléssia Barroso Lima
Brito Campos Chevitarese.

Brasília, _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Aléssia Chevitarese

Prof. Dr. Examinador (a)

Prof. Dr. Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por tornar tudo possível.

Agradeço a meus familiares: pai, mãe, irmã, primas, tios e tias, por sempre me incentivarem e acreditarem no meu sucesso, mesmo quando o caminho ainda parecia demasiadamente longínquo. Sem vocês eu nunca teria chegado até aqui. Obrigada pelo amor, pela paciência, pela força e apoio incondicional.

Agradeço àquele que me fez sorrir nos momentos mais difíceis, tornando a minha jornada mais doce: João.

Agradeço à professora Aléssia, por ter norteado todo esse trabalho com paciência, generosidade e sabedoria, desde a sua ideia inicial. Suas aulas foram a grande inspiração para o desenvolvimento desse tema.

Finalmente, agradeço a todos os meus professores, amigos e colegas no decorrer deste maravilhoso curso, seus ensinamentos estarão guardados em minha memória e em meu coração.

"A igualdade nunca foi mais do que uma bela e estéril ficção da lei. Hoje, quando essa igualdade é exigida numa voz mais forte do que nunca, a resposta é esta: 'Calai-vos, miseráveis! A igualdade não é realmente mais do que uma quimera; contentai-vos com a igualdade relativa: todos sois iguais em face da lei. Que quereis mais, miseráveis?' Que queremos? Legisladores, governantes, proprietários ricos; é agora a vossa vez de nos escutardes."

Gracchus Babeuf, Manifesto dos Iguais (1796)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal esclarecer quais são os objetivos e as justificativas das ações afirmativas aplicadas em solo brasileiro, além de relacioná-las ao conceito da igualdade, verificando e esclarecendo se tais ações estão, de fato, em consonância com tal máxima. Assim, o estudo demonstra especificamente o contexto de origem e as justificativas das medidas afirmativas que foram a principal influência brasileira, qual seja: a dos Estados Unidos da América, além de fornecer o posicionamento da Suprema Corte Americana em relação aos casos mais significativos relacionados a esse tema dentro daquele contexto. O presente estudo também fornece conceitos importantes da Teoria da Justiça como Equidade de Rawls, procurando relacionar tais medidas afirmativas ao conceito de justiça, disserta também sobre a ideia de igualdade em suas diferentes acepções (igualdade material, formal e isonomia) e fornece dados atuais sobre a implementação das ações afirmativas (cotas raciais e sociais) no âmbito das Universidades Públicas e Concursos Públicos brasileiros, juntamente com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de tais medidas. Finalmente, conclui que a aplicação das referidas cotas na seara das Universidades Públicas brasileiras é justa, encontrando respaldo até mesmo para a aplicação desses programas afirmativos raciais nos Concursos Públicos.

Palavras-chave: Ações Afirmativas. Cotas Raciais. Cotas Sociais. Igualdade Formal e Material. Princípio da Igualdade. Isonomia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O MODELO NORTE-AMERICANO DE AÇÕES AFIRMATIVAS.....	15
1.1 A Teoria e a Prática Norte-Americana.....	15
1.2 A Visão da Suprema Corte Norte-Americana sobre as Ações Afirmitivas e seus Principais Casos.....	23
<i>1.2.1 O Caso Regents of the University of California v. Bakke (1978).....</i>	<i>25</i>
<i>1.2.2 O Caso Grutter v. Bollinger et al (2003).....</i>	<i>28</i>
<i>1.2.3 O Caso Gratz et al v. Bollinger et al (2003)</i>	<i>29</i>
1.3 O Objetivo das Ações Afirmitivas nos Estados Unidos da América	31
1.4 A Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls e seu Reflexo nas Ações Afirmitivas.....	34
2 O CRITÉRIO DE IGUALDADE NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	41
2.1 O Conceito de Igualdade e o Igualitarismo Liberal	42
2.2 A Diferença entre a Igualdade Formal e a Igualdade Material	47
2.3 A Igualdade na Constituição Brasileira de 1988	51
<i>2.3.1 Igualdade e Isonomia</i>	<i>56</i>
3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL.....	58
3.1 Conceito e Objetivos das Ações Afirmitivas Implementadas no Brasil.....	58
3.2 Alguns programas de Ações Afirmitivas aplicados atualmente no Brasil: A Igualdade no caso dos Deficientes Físicos e das Mulheres.....	65
<i>3.2.1. A Igualdade de Etnias: Cotas nas Universidades e nos Concursos Públicos.....</i>	<i>67</i>
<i>3.2.2 As Cotas Raciais e Sociais na Universidade de Brasília (UnB)</i>	<i>74</i>
3.3 A Visão do Supremo Tribunal Federal relativas às Ações Afirmitivas.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

As ações afirmativas vêm sendo amplamente utilizadas no contexto brasileiro nos últimos anos. Além de ocuparem importante espaço no âmbito das universidades públicas, ultimamente tais ações assumem lugares significativos também no âmbito dos concursos públicos, o que gera grande polêmica em nossa sociedade, provoca acalorados debates e suscita posicionamentos cada vez mais opostos entre os cidadãos brasileiros.

Percebe-se facilmente que a maioria das pessoas, até mesmo os políticos responsáveis pela aplicação dessas medidas, tem uma posição firmada sobre o assunto, fornecendo argumentos favoráveis ou contrários a essas ações. No entanto, grande parte desses indivíduos chegou às suas conclusões baseados tão-somente em suas impressões e percepções superficiais sobre o tema, sem, contudo, ter o aprofundamento necessário nos estudos que a matéria exige. Uma melhor compreensão sobre essas ações se torna essencial, para que os mitos relacionados a elas sejam combatidos e para que seja possível verificar a necessidade dessas medidas no contexto brasileiro, além da sua efetividade, de importante e notável relevância ao contexto atual.

Instigada por tal situação, a presente monografia tem por objeto principal a análise pormenorizada do tema da igualdade no contexto específico das ações afirmativas sob a ótica da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional, tendo como principal referencial teórico o filósofo John Rawls em sua obra “Teoria da Justiça como Equidade”. Além disso, o trabalho em questão abrangerá as jurisprudências atinentes a essas ações nos contextos norte-americano e brasileiro e também as leis em que se aplicam os conceitos e ideias oriundos dessas políticas públicas.

O problema percebido no referido tema é claro: a adoção dessas ações afirmativas gera a tão ansiada situação de igualdade entre os indivíduos? Ela atinge o seu objetivo de colocar certa parcela da população em situação de privilégio para combater uma situação histórica desigual? Até quando se deve proporcionar esse mecanismo de “correção histórica” para que todos os cidadãos possam competir em total igualdade?

A partir da problemática supramencionada, a hipótese a ser desenvolvida gira em torno da visão de igualdade amplamente utilizada e divulgada dentro desse contexto das ações afirmativas, o que a leva a ser reconhecida pela população como um de seus objetivos fundamentais. O presente estudo tentará demonstrar que tal máxima pode, de fato, ser

aplicável como justificativa pilar dessas medidas. Para a demonstração de tal hipótese, o trabalho distinguirá os diversos conceitos da igualdade (formal, material, isonomia) e, aliando tais conceitos aos modelos de ações afirmativas, revelará o real propósito do surgimento de tais ações.

Desta feita, o desenrolar do tema se dará sob as visões da doutrina, jurisprudência e da própria lei, retratando seus respectivos contextos de aplicação, quais sejam, o norte-americano e o brasileiro, os objetivos iniciais dessas ações e suas aplicações efetivas (com as suas devidas consequências).

A partir desses dados será possível, enfim, chegar à uma conclusão fundamentada a respeito da efetividade de tais medidas, aceitando-as ou refutando-as, e até mesmo oferecendo uma nova proposta a respeito do tema dissertado, seguindo o raciocínio do que deverá ser aplicado em razão de sua melhor adequação ao conceito de igualdade.

Visto isso, o objetivo geral da presente pesquisa é o de realizar um estudo detalhado sobre a igualdade, observando a sua influência e aplicabilidade dentro do contexto das ações afirmativas, para que seja possível, finalmente, chegar à conclusão se: i) esse conceito foi realmente um dos pilares estruturais dessas ações, como a maioria da sociedade atual acredita ser; ii) essas ações tão utilizadas e em voga ultimamente vêm, efetivamente, cumprindo com os seus objetivos iniciais, principalmente no que diz respeito à diminuição da extrema desigualdade social imperante em nosso país e iii) se a análise comparativa do que é realizado em solo norte americano corrobora ou enfraquece a justificativa da adoção de tais ações em território brasileiro.

Em observância aos inúmeros debates gerados pelo tema em nosso país, às polêmicas em face de sua aplicação e, também, às inúmeras dúvidas que tal medida desperta na população, tal estudo deverá esclarecer importantes aspectos acerca da constituição das ações afirmativas no Brasil, assim como seus objetivos e seus efetivos resultados, à luz do conceito da igualdade.

A relevância do tema é principalmente demonstrada a partir da atual situação da sociedade brasileira, na qual verifica-se que o sistema de cotas raciais nas universidades públicas já não é mais novidade. Além dele, é possível encontrar agora a implementação das cotas para afrodescendentes também nos concursos públicos, o que gera total perplexidade em grande parcela da população, revelando-se como um tema que atinge diretamente a sociedade como um todo.

No contexto do Distrito Federal, ampla discussão vem sendo travada também sobre a aplicação de outro sistema afirmativo na Universidade de Brasília: o das cotas sociais. Isso se deve ao fato de que, após inúmeros debates e votações realizadas na referida universidade por professores e servidores, as cotas raciais já estão sendo percebidas como obsoletas, o que acabou por gerar uma significativa diminuição percentual de sua aplicação e uma inovadora e gradativa medida de substituição dessas pelas supramencionadas cotas sociais.

Desta feita, o presente estudo abordará importantes aspectos da igualdade e de sua aplicabilidade no contexto das ações afirmativas, relacionando tais conceitos com a teoria da justiça como equidade de John Rawls, a fim de indicar se tais ações são justas; o ponto de vista de diversos estudiosos das ações afirmativas como um instrumento gerador e concretizador da igualdade material no Brasil; o entendimento de Roberta Fragozo Menezes Kaufmann e Paulo Lucena de Menezes a respeito do modelo norte americano de aplicação das ações afirmativas, com o seu panorama histórico claramente dividido e elucidado para melhor esclarecer o tema e suas possíveis interpretações; dados atuais a respeito das leis e estudos relativos a essas ações afirmativas no Brasil, entre outros.

Ao estudar o presente tema, é possível encontrar variados posicionamentos no que tange ao conceito de igualdade. Dentre as concepções observadas, uma das considerações mais importantes a esse respeito é trazida por Jefferson Carús Guedes, o qual pode introduzir o tema de maneira clara e objetiva. Preceitua Guedes que: “A igualdade social tende a se configurar na medida em que a igualdade jurídica ultrapassa o plano formal e se consolida com efetiva vantagem jurídica aos sujeitos sociais considerados em desvantagem”.¹

Tal posicionamento adentra o conceito da igualdade material, fundamental para uma melhor compreensão das ações afirmativas, tendo em vista que poderia ele ser considerado o objetivo principal dessas ações, de acordo com as visões de alguns autores com relação à essa forma polêmica e contraditória de política pública, a ser demonstrado posteriormente no presente trabalho.

Além disso, de acordo com Sousa, um dos autores estudados, o referido conceito também está estritamente relacionado ao objetivo do Estado de exercer a “persecução concreta e eficaz” da igualdade para além dos valores da isonomia, demonstrando o intuito

¹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.

estatal de garantir uma igualdade concreta, fazendo mais do que simplesmente declará-la em sua Carta Constitucional, o que evidencia a aplicação do conceito da igualdade material. Verifica-se que o artigo 3º, inciso IV, da nossa Constituição veta expressamente toda e qualquer forma de discriminação, ilustrando que o princípio da igualdade deveria, de fato, buscar a igualdade material, ou como definiu Sousa: “[...] a promoção da isonomia no contexto da diferença”.²

Ao abordar o tema igualdade/desigualdade, verifica-se que inúmeros estudiosos defendem que a igualdade vem se afirmando como um princípio geral e dominante de toda a nossa ordem jurídica, o que frisa a importância de estudar e compreender o presente tema. Somente com o estudo desses conceitos é que será possível observar que a igualdade formal e a disseminação da ideia de isonomia acabaram tornando-se ineficientes para instaurar a igualdade efetiva entre os cidadãos.

No entanto, cumpre destacar que a situação em que a igualdade está enquadrada atualmente é deveras paradoxal, levando-se em conta a consideração de Sousa, o qual indica que “a afirmação da diferença revigora simultaneamente o direito de igualdade, assinalando uma relação simétrica entre o direito à diferença de identidades, e o direito de igualdade, no exercício e na fruição dos direitos”.³

A partir disso, Sousa concluiu que as ações afirmativas, então, poderiam ser definidas como as tentativas do Estado de concretizar a igualdade material ou a igualdade de oportunidades, no intuito de diminuir as desigualdades econômicas e sociais do nosso país. Logo, verifica-se que as ações afirmativas podem assumir inúmeras formas, tendo em vista que elas são políticas públicas do Estado que visam diminuir as diversas desigualdades que podem ser encontradas no Brasil. É importante destacar que o objeto de estudo deste trabalho se restringe somente às ações afirmativas que tratam das cotas raciais e sociais no âmbito das universidades públicas e também dos concursos públicos.

Observando tais argumentos, evidencia-se a pluralidade de sentidos que a igualdade pode assumir (nessa ou em outras searas), cumprindo esclarecer cada um deles, a sua

² SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 71.

³ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 73.

efetividade/aplicabilidade e qual deles se torna o objetivo de alcance por parte das ações afirmativas.

No que tange ao conceito de justiça que pode ser visualizado nessas ações, aparece a figura de John Rawls como grande teórico a ser estudado, com a sua teoria da justiça como equidade, na qual ele aduz que “uma das metas praticáveis da **justiça como equidade** é fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e, assim, responder à questão de **como entender as exigências** da liberdade e da **igualdade**”.⁴

Dentro desse contexto, a concepção de justiça política de Rawls busca envolver cidadãos conscientes da constituição e das leis básicas de sua sociedade, a qual se revela constantemente nas suas discussões políticas e debates sobre seus direitos, deveres e liberdades à luz de sua referida constituição. A partir daí, pode-se concluir que a ideia fundamental sobre a concepção política de justiça em um regime democrático seria a da sociedade como “um sistema equitativo de cooperação social”.

No desenvolvimento de sua teoria, Rawls dissertou sobre as próprias ações afirmativas em si, elaborando conceitos e visando alcançar “uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça”, ou seja, uma sociedade bem-ordenada.

Para Rawls, os cidadãos somente podem ser vistos como iguais “na medida em que se considera que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais” e conclui que somente as pessoas livres e iguais poderiam desempenhar a função de membros plenamente cooperativos na sociedade.⁵

Visto isso, verifica-se que os conceitos e teorias de Rawls estão intimamente ligados ao trabalho monográfico que será desenvolvido, levando-se em conta que a realização do trabalho tem a pretensão de fazer um estudo detalhado das ações afirmativas, sua inspiração, sua aplicação no Brasil e, finalmente, a possibilidade dessas ações de serem consideradas justas, corretas e eficientes.

Para uma melhor delimitação do tema, a concepção de justiça a ser adotada no trabalho será exatamente a de John Rawls, tendo em vista os inúmeros conceitos possíveis que o termo justiça pode assumir.

⁴ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 06. (grifo nosso)

⁵ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

Cumprir trazer ao presente estudo também um breve panorama histórico das ações afirmativas, para melhor compreendê-las e compará-las ao que está sendo adotado em solo brasileiro. Dessa maneira, a presença dos textos de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e Paulo Lucena de Menezes se torna indispensável ao desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista que os autores trazem uma importante e completa visão sobre o contexto das ações afirmativas nos Estados Unidos da América, análise que se torna obrigatória na presente monografia, a fim de realizar um estudo pormenorizado e comparativo, verificando se tais ações constituem a maneira mais correta e eficiente de se atingir a “igualdade social” entre negros e brancos.

Em seu detalhado trabalho sobre as ações afirmativas, Kaufmann busca destacar que o estudo dessas ações não pode ser realizado de forma desconexa com o seu contexto histórico e social. Isso se deve ao fato de que o surgimento das ações afirmativas que influenciaram as nossas ocorreu em um contexto histórico específico e pontual, no qual a discriminação racial e suas consequências estavam prestes a gerar uma verdadeira guerra civil nos Estados Unidos, em razão das inúmeras manifestações e conflitos derivados da luta da raça negra por uma situação menos desigual à dos brancos naquele país.

No que tange ao entendimento da Suprema Corte a respeito dessas medidas afirmativas, Kaufmann e Menezes relatam o alto grau de contradições presentes nas decisões dos juízes, podendo variar de acordo com o posicionamento do governo de cada época ou até mesmo pela obscuridade e indefinição do tema, abrindo um espaço à reflexão em relação à aplicabilidade das ações afirmativas, tanto lá quanto aqui.

Insta mencionar a importante conclusão de Kaufmann a respeito do contexto de origem das ações afirmativas: “[...] que tais medidas surgiram com o intento de restabelecer a ordem social, em vez de efetivamente promover o princípio da igualdade, ainda que a igualação das oportunidades aparecesse como corolário dos programas positivos”.⁶

A partir de toda a análise feita pela autora, cumpre reiterar que a criação dos programas positivos em tal contexto foi a única solução encontrada pelos governantes daquele país para amenizar a crise que havia se instaurado nos Estados Unidos. Tais medidas incluíram, inicialmente, propostas neutras de combate à discriminação e,

⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 206.

finalmente, chegaram à instauração das ações afirmativas, que acabaram revelando uma relativa eficácia.

Em breve comparação com o contexto histórico brasileiro, Kaufmann ressalta a existência de certo deslumbramento do pensamento científico nacional com as ações afirmativas, importando o modelo criado em contexto totalmente diverso do que observamos em nosso país. A autora também afirma que os autores que consideram o princípio da igualdade como pilar das ações afirmativas, partindo de uma situação neutra até o desenvolvimento do Estado Social, chegaram a uma “conclusão apressada e apenas parcialmente correta”.⁷

Tendo em vista todo o exposto, nota-se que as ações afirmativas constituem tema de grande polêmica e repercussão na atualidade, gerando inquietações e dúvidas em diversos setores, ainda mais quando se admite incluir tais medidas também nos concursos públicos, além de outros projetos que defendem a implementação das cotas para os mais diversos tipos de pessoas. A discussão e indignação surge tanto na seara dos que se julgam afetados ou prejudicados por tal medida, quanto nos órgãos que as implementam ou visam as implementar. O presente trabalho abordará tais questionamentos.

Apesar de tal tema estar sempre presente nas discussões dos cidadãos, poucos já estudaram ou têm algum conhecimento mais específico sobre a igualdade e/ou sobre a criação e os objetivos dessas ações afirmativas, assumindo o tema do trabalho uma importância inegável para fornecer uma melhor compreensão e análise do que vem sendo aplicado e debatido em inúmeras áreas.

O desenvolvimento do trabalho se dará da seguinte maneira: o primeiro capítulo da monografia abordará o “Modelo Norte Americano de Ações Afirmativas”, trazendo importantes questões desse contexto e elencando seus objetivos iniciais nos Estados Unidos da América, analisando alguns julgados de notória importância e a opinião da Suprema Corte a esse respeito. Além disso, trará os conceitos da teoria da justiça como equidade de Rawls para uma melhor delimitação e elucidação do tema, tendo em vista os inúmeros conceitos possíveis que o termo justiça pode assumir e a influência de tal teoria nessas ações.

⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 210.

O segundo capítulo “O Critério de Igualdade no Contexto das Ações Afirmativas” já abarcará todo o conteúdo a respeito da igualdade, analisando-a sob seus aspectos material, formal e isonômico, sua nítida presença nos preceitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988; relacionando tais conceitos com o igualitarismo liberal e constatando a sua importante influência nesse conceito.

Por fim, o terceiro capítulo “As Ações Afirmativas no Brasil” ocupa espaço fundamental no presente trabalho, tendo em vista que essas políticas públicas afetam diretamente a nossa sociedade e, conseqüentemente, a nós mesmos. Esse capítulo abordará a origem e o conceito dessas ações no Brasil, trará exemplos concretos dessas ações na lei, trará o exemplo de sua aplicação na Universidade de Brasília (UnB) e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente à constitucionalidade delas.

Os capítulos assim foram divididos para que a linha de raciocínio do trabalho fique bem clara e logicamente dividida, visto que o primeiro capítulo introduzirá o tema a partir da análise conceitual de um modelo que foi um dos maiores influenciadores dessas ações afirmativas no Brasil. Assim, no referido capítulo a teoria e a prática serão aliadas e permitir-se-á uma melhor compreensão do que será desenvolvido no restante do trabalho. O segundo capítulo já trará uma análise profundamente teórica do tema da igualdade no contexto dessas ações, fornecendo bases filosóficas e conceituais que permitirão ao leitor realizar a aplicação de tais conceitos ao que foi anteriormente visto e comparando-as ao conteúdo a ser apresentado posteriormente. Por fim, o terceiro e último capítulo abordará a atual situação brasileira nessa seara, adicionando a posição jurisprudencial relativa ao tema e possibilitando ao leitor uma melhor compreensão a seu respeito, além de uma conclusão satisfatória em relação aos conceitos anteriormente dissertados.

Após todo o desenvolvimento do trabalho, será elaborada uma conclusão a respeito de todo o conteúdo abordado e estudado e, possivelmente, será elaborada uma proposta de melhor adequação e aplicação dessas políticas públicas em face do conceito de igualdade em sede de considerações finais.

1 O MODELO NORTE-AMERICANO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Não há como falar das ações afirmativas brasileiras sem citar a experiência norte-americana, tendo em vista que foram elas as que mais influenciaram a criação e a aplicação dessas medidas em solo brasileiro, malgrado a origem delas tenha se dado na Índia, país que não será abordado no presente trabalho. Dessarte, quando se estuda o tema “Ações Afirmativas no Brasil”, é imperioso explicar como tais ações se desenvolveram nos Estados Unidos da América, quais foram as suas causas e consequências, suas justificativas e também as posições adotadas pela Suprema Corte daquele país, de maneira que seja possível traçar um claro paralelo entre as duas realidades, a fim de verificar se tais políticas são congruentes com aqueles objetivos que as geraram, com as justificativas que as mantiveram, assim como com as circunstâncias que as cercaram.

Além de fornecer os conceitos necessários para verificar se há, de fato, similaridades, disparidades ou interferências dessas medidas norte-americanas no Estado Brasileiro, o presente capítulo abordará sobre a teoria da Justiça como Equidade de John Rawls a respeito dessa questão, a fim de elucidar se tais políticas afirmativas podem ser concebidas como medidas justas implementadas pelo Estado.

Deve-se frisar que, apesar da teoria da justiça como equidade de Rawls ser abstrata, o filósofo nasceu e viveu exatamente nos Estados Unidos da América, o que trará importantes conclusões a respeito da compreensão da aplicabilidade dessas ações, tanto nos Estados Unidos como no Brasil.

1.1 A Teoria e a Prática Norte-Americana

Constatada a importância do contexto norte-americano para a criação das ações afirmativas brasileiras, torna-se necessária a análise da teoria e da prática adotadas em tal país, antes de adentrar qualquer outro tópico, tendo em vista que tal realidade é a que mais dialoga com a situação brasileira quanto ao seu modo de aplicação, podendo ser apontadas similitudes inclusive quanto aos posicionamentos adotados pela Suprema Corte daquele Estado, ressalvadas as suas exceções. No entanto, cumpre ressaltar que além das semelhanças, muitas diferenças poderão ser encontradas em face das medidas afirmativas brasileiras, detalhe que poderá corroborar com as justificativas da sua aplicação no país sul-americano ou até mesmo enfraquecer tais argumentos.

Inicialmente, é importante mencionar a observação de Roberta Fragoso Kaufmann, notável autora do tema, a respeito do estudo de tais medidas, ressaltando ela que tal pesquisa não pode ser realizada de forma desconexa com o seu contexto histórico e social. Dessa maneira, a análise contextual do local aonde serão aplicadas tais medidas torna-se obrigatória quando se pretende discutir a fundo sobre o tema. A referida conclusão se deve ao fato de que tais ações surgiram em um contexto histórico específico e pontual, no qual a discriminação racial e suas consequências estavam prestes a gerar uma verdadeira guerra civil nos Estados Unidos, haja vista as inúmeras manifestações e conflitos derivados da luta da raça negra por uma situação menos desigual à dos brancos naquele país.⁸

Paulo Gustavo Gonet Branco reforça a ideia mencionada acima e reitera que as ações afirmativas, de fato, tiveram a sua origem e o seu mais considerável desenvolvimento nos Estados Unidos. Todavia, tais medidas surgiram como um “[...] meio de superar as graves injustiças institucionalizadas contra a população negra”.⁹ Referidas injustiças eram nítidas no período de escravidão e, posteriormente, assumiram outras modalidades, sedimentando-se nas políticas oficiais de segregação de raças.

Branco também indica que além dos americanos negros, outras parcelas da população também começaram a ser beneficiados por políticas semelhantes, incluindo as mulheres e os hispânicos.¹⁰

Ao analisarmos historicamente a situação dos negros nos Estados Unidos da América, verificamos que a abolição da escravatura se deu após a desgastante Guerra de Secessão, na qual observou-se a batalha entre os estados do norte (modernos e industrializados) e os estados do sul (rurais e aristocráticos). Após a vitória do Norte, que era contra a permanência do regime servil, finalmente se deu a abolição do trabalho escravo em 1865, com a publicação da 13^a Emenda à Constituição, sob o governo de Andrew Johnson.

Apesar da abolição da escravatura, ainda assim não foi possível verificar uma melhoria significativa na vida dos negros norte-americanos, em razão da quase inexistente

⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 206.

⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n.1, p. 131-140, jul./set. 2003. p. 132.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n.1, p. 131-140, jul./set. 2003. p. 132.

possibilidade de inserção do negro no mercado de trabalho e na sociedade. Kaufmann ilustra aquele momento da seguinte maneira:

“Há de se destacar que a abolição da escravatura nos Estados Unidos concedeu ao negro a igualdade perante a lei, mas, na prática, o negro não possuía o mesmo *status* de cidadão que o branco. Isto porque a sociedade estadunidense não estava preparada para aceitar o ingresso do negro em situação de igualdade com os brancos.”¹¹

Observa-se que esse contexto foi demasiadamente propício para o surgimento de organizações racistas de cunho violento, como a Ku Klux Klan e o Conselho dos Cidadãos Brancos. Além disso, o próprio Governo estimulava a discriminação racial através de leis, atos administrativos e posicionamentos da Suprema Corte, principalmente no Sul daquele país, o que acabou gerando uma “segregação institucionalizada”, posteriormente conhecida como “Sistema *Jim Crow*”. Ou seja, tal sistema abrangia “normas que vedavam o exercício de muitos direitos aos negros norte-americanos”¹², proibindo-os, por exemplo, de frequentar os mesmos locais que os brancos, de casar com os brancos, de trabalhar em determinados ofícios, de votar/ ser votados, entre outros papéis de um cidadão comum.

No entanto, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi possível começar a observar que as barreiras impostas pela segregação estavam sendo destruídas, levando-se em conta que os negros, os quais outrora não poderiam participar do exército norte-americano contra os nazistas em face das proibições do sistema segregacionista *Jim Crow*, puderam servir as Forças Armadas, mediante decreto presidencial do Presidente Truman em 1948.

É importante destacar que no ano de 1952, o governo do presidente Truman demonstrou um posicionamento que já ensejava uma época de mudanças nos aspectos de tratamento aos negros, qual seja: o da participação do governo estadunidense como *amicus curiae* em favor do fim do segregacionismo entre negros e brancos na área da educação, no caso *Brown x Board of Education*, caso este que criou todas as condições propícias para a extinção do governo discriminatório norte-americano.

Paulo Lucena de Menezes acrescenta que a decisão do caso acima mencionado significou o endosso do “descontentamento dos negros norte-americanos com o racismo

¹¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

¹² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 137.

existente”, sendo de grande relevância no surgimento de diversos movimentos favoráveis aos direitos humanos.¹³

Em face dessas circunstâncias, Menezes indica que foi a partir da década de 1950 que organizações defensoras da causa negra ocuparam lugar de maior destaque e ampliaram as suas ações, como a NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) ou “Associação Nacional para o Avanço da População de Cor”. Nesse momento aparece a figura de Martin Luther King Jr., assim como ganham destaque outros grandes militantes da causa. A partir desse momento, o autor defende que tornou-se evidente a insuficiência das manifestações do Poder Judiciário norte-americano para “[...] combater o preconceito que estava arraigado no país e, conseqüentemente, diminuir a crescente tensão social”.¹⁴

Nesse sentido, Kaufmann também destaca que os principais líderes dos movimentos negros daquela época não apoiavam uma política de cotas com o objetivo de promover a integração racial. A principal meta daqueles grupos era apenas a de extinguir a política segregacionista imperante naquela época, o que acabou sendo conseguido posteriormente, nos governos dos Presidentes Kennedy e Johnson.¹⁵

Na década de 60, após o posicionamento da Suprema Corte de superar a segregação entre brancos e negros, houve a adoção pelo governo de John F. Kennedy de uma providência legal que viria a proibir a discriminação racial, o que constituiu uma medida inicial influenciadora de toda uma mudança de paradigmas em relação à situação dos negros nos governos seguintes.

Inicialmente, no governo do Presidente Kennedy foi criada uma Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*), que surgiu com o fito de identificar as políticas segregacionistas e revisá-las. Apesar de o termo “ação afirmativa” já ter sido utilizado na Ordem Executiva que criava tal comissão (a de número 10.925), o conteúdo dessa expressão era somente o de combater a discriminação, o que não incluía medidas de inclusão efetivas. Kaufmann assim aduz a esse

¹³ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 87.

¹⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 87.

¹⁵ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 168.

respeito: “[...] a partir de Kennedy o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta pelos direitos civis, inicialmente como uma medida de combate à discriminação e, posteriormente, objetivando a inclusão das minorias”.¹⁶

Com a morte repentina de Kennedy, outro passo importante a favor das medidas afirmativas foi dado no governo de seu sucessor, Lyndon Johnson: houve a criação da Lei dos Direitos Civis, ou *Civil Rights Act* de 1964, a qual impôs formalmente e categoricamente a proibição de discriminação ou segregação em diversos setores: na educação, programas de governo e emprego, acomodações públicas, entre outros.

Apesar disso, poucos avanços puderam ser observados, o que levou o Presidente Johnson a editar a Ordem Executiva nº 11.246, em 1965. A referida *Executive Order* exigia que os contratantes com o governo federal não apenas extinguissem de vez práticas discriminatórias, mas também que adotassem medidas efetivas a favor das minorias étnicas e raciais. O objetivo da Ordem era o de “[...] corrigir as iniquidades decorrentes de discriminações presentes ou passadas”.¹⁷

Na prática, a *Executive Order* nº 11.246 não teve continuidade em razão da grande pressão que sofreu por parte de inúmeros sindicatos e até mesmo por setores do próprio governo federal. Não obstante, Menezes argumenta que tal medida possui grande significado histórico, tendo em vista que é a partir dela “que os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais”¹⁸, sedimentando, assim, o conceito de ação afirmativa que se tornou conhecido.

Sobre as diversas medidas adotadas, Lyndon Johnson dizia:

“Você não pode pegar uma pessoa que durante anos esteve acorrentada e libertá-la, trazendo-a para a linha de partida de uma corrida e dizer: ‘Você está livre para competir com todos os outros’ e ainda acreditar que sua atitude é completamente justa. Desse modo, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos precisam ter a capacidade de atravessar os portões.”¹⁹

¹⁶ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 169.

¹⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 91.

¹⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 92.

¹⁹ CHIN, Gabriel J. *Affirmative action and the Constitution: affirmative action before constitutional law, 1964-1977*. New York. London: Garland publishing, Inc, 1998. p. 21-26.

No decorrer dos anos, verificou-se a eclosão de várias manifestações raciais e o surgimento de movimentos radicais em luta pelos negros, como o *Black Power* e o *Ghetto Revolts*. Desta feita, pôde-se perceber que a proibição da discriminação não era em nada suficiente para amenizar a revolta e os conflitos dos negros norte-americanos.

Em face destes problemas, o presidente Johnson agiu novamente e criou a Comissão Nacional Consultiva da Desordem Civil (*National Advisory Commission on Civil Disorders*), a qual Kaufmann indica que tinha por função “[...] identificar as raízes do problema racial no país e a de tentar encontrar mecanismos aptos e rápidos para a solução dessas questões”.²⁰ No relatório final apresentado por essa Comissão, chegou-se à importante conclusão de que o governo deveria implementar amplos programas sociais (como os de educação, habitação, emprego e treinamento).

Entretanto, foi sob o comando de Richard Nixon (1969-1974) que o governo norte-americano se tornou consciente de que o mero combate à discriminação não era mais suficiente, era necessário agir concretamente. Diante disso, foram geradas condições propícias à criação de uma medida afirmativa inclusiva, sob o risco de ocasionar uma Segunda Guerra Civil nos Estados Unidos se assim não fosse feito.

Nesse sentido, Kaufmann alerta:

“[...] é importante observar que a política desenvolvida por **Nixon não** se fez acompanhar da **construção de uma teoria pela concretização do princípio da igualdade** ou pela **efetivação da justiça**. Do contrário, as medidas implementadas **objetivavam diminuir a quantidade de conflitos** e evitar que os próprios brancos pudessem sofrer mais danos, físicos ou materiais.”²¹ (grifo nosso)

No governo de Nixon, foi iniciada uma nova fase para as ações afirmativas, com a criação de agências governamentais e também com as decisões da Suprema Corte a respeito desse tema. Nesse governo, foi possível observar que a regulamentação dos programas afirmativos se deu por parte das agências governamentais acima mencionadas, ao invés de ficar sob o controle do Congresso.

Posteriormente, observou-se um progresso significativo no que concerne a essas medidas afirmativas no governo do presidente Nixon, tendo em vista que o Chefe de Estado

²⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 174.

²¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 176.

delegou à Secretaria de Trabalho a função de elaborar um projeto que tornasse as determinações do *Civil Rights Act* de 1964 efetivas, visto que somente proibir a discriminação não era o suficiente.

Kaufmann indica que o referido projeto foi inserido no ordenamento jurídico norte-americano em 1971 e ficou conhecido como *Philadelphia Plan*, plano de trabalho que incentivava a realização de contratos administrativos que ofereceriam vantagens aos que cumprissem determinadas metas exigidas pelo governo, como por exemplo: a de observar determinadas cotas na contratação de trabalhadores. Os números das cotas deveriam ser fixados pela quantidade das minorias em cada área. O resultado positivo desse plano acabou estendendo as cotas às empreiteiras a ser contratadas pelo governo. A partir da década de 70, já verificavam-se ações afirmativas também nos âmbitos estadual, municipal, nas empresas privadas, comércio, educação e associações.²²

No que diz respeito às cotas estabelecidas, Menezes enxerga tal medida como um programa de ação afirmativa implementado pelo governo, tendo-se em conta que a finalidade de tal plano era a de “[...] identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários (v.g. negros, índios e hispânicos)”.²³ Entretanto, Menezes ressalva que as cotas aplicadas não devem ser vistas como “rígidas e inflexíveis” e sim como “alvos razoavelmente atingíveis”, com o emprego de todo o esforço de boa-fé para fazer com que os aspectos do programa de ação afirmativa funcionassem.²⁴

A proliferação de ações afirmativas também se deu no governo de Jimmy Carter, com a promulgação do *Public Works Employment Act* ou *The Fullilove Program* pelo Congresso Nacional. Esse programa exigia que 10% das concessões governamentais deveria ser dedicada às empresas que tivessem pelo menos 50% de seu capital social composto por grupos minoritários (como africanos, orientais, indianos, hispânicos, etc.).

Observou-se grande disseminação de medidas afirmativas até a década de 80, cuja eficácia foi amparada pelas decisões que vinham sendo proferidas pela Suprema Corte. Todavia, Kaufmann destaca que nos governos de Reagan (1981-1989) e Bush (1989-1993),

²² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 176.

²³ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 93.

²⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 93.

verificou-se uma significativa redução na aplicação dessas políticas afirmativas, tendo em vista que as decisões da Suprema Corte nesses anos estariam alinhadas aos posicionamentos dos respectivos presidentes.²⁵

A justificativa fornecida pelo presidente Reagan para diminuir a força dessas medidas era a seguinte: o governante acreditava que essas ações constituíam uma intervenção inadequada do Estado na economia do país, o que também acabava acarretando uma discriminação reversa, ao afastar os brancos das oportunidades. No entanto, contrariamente ao que se esperava, Reagan adotou alguns posicionamentos a favor das minorias ao assumir o seu mandato, como por exemplo a Ordem Executiva nº 12.432 de 1983, na qual se exigia o aumento da participação das minorias nas subcontratações do governo.

No governo Bush, apesar de verificar-se um avanço dentro desse tema, com a criação da nova lei de Direitos Civis de 1991, também pôde-se observar uma resistência à continuidade e ao desenvolvimento das ações afirmativas, em razão da nomeação de Clarence Thomas para a Suprema Corte, o qual era negro, mas adotava uma política totalmente restritiva no que tange à concessão de benefícios às minorias.

Atualmente, Kaufmann assevera que as ações afirmativas vêm sendo aplicadas cada vez menos nos Estados Unidos, talvez como resultado da política restritiva adotada pelo governo de George W. Bush ou também pelo rigoroso exame judicial a respeito dessas ações no Judiciário. Kaufmann ainda afirma que “[...] além disso, a sociedade organizada vem se manifestando com frequência no sentido de não mais suportar políticas de benefícios para grupos determinados, observando-as com aversão”.²⁶

A partir da análise do tema em conjunto com os posicionamentos da Suprema Corte, Menezes conclui que o futuro de tais medidas é incerto, em razão da contradição que a matéria envolve:

“Avaliando-se a questão a distância, é possível concluir que o debate está completamente desfocado, girando em torno de questões periféricas e de

²⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 177.

²⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.178.

convicções pessoais – para não dizer preconceituosas –, o que dificilmente redundará em ideias novas e construtivas.”²⁷

Desta feita, é notória a confusão que o tema em questão suscita nos Estados Unidos da América, tornando-se indispensável analisar a visão da Suprema Corte Americana em face de determinados casos a fim de melhor compreender a percepção e aceitabilidade do Poder Judiciário daquele país sobre as ações afirmativas.

1.2 A visão da Suprema Corte Norte-Americana sobre as Ações Afirmativas e seus Principais Casos

Ao observarmos tudo o que já foi exposto até o presente momento, é notório o papel fundamental que a Suprema Corte exerceu na eficácia e na aceitabilidade da sociedade no que concerne às ações afirmativas. Assim, torna-se imperioso analisar alguns de seus principais casos, verificar os posicionamentos de seus *Justices* e a lógica de suas decisões, a fim de se compreender a justificativa fornecida pelo Poder Judiciário na opção de adoção ou afastamento de tais medidas.

O estudo dos argumentos fornecidos pela Suprema Corte nos permitem fazer uma interpretação histórica e teleológica das ações afirmativas, visto que ilustram o contexto no qual elas foram criadas, aplicadas ou contestadas, além de fornecer importantes elementos a respeito da finalidade, objetivo e justificativa de tais medidas, as quais refletiam quase sempre os seus respectivos governos.

A respeito do entendimento da Suprema Corte em relação às ações afirmativas, é possível observar que há, de fato, um alto grau de contradição presente nas decisões dos juízes, podendo variar de acordo com o posicionamento adotado pelo governo de cada época ou até mesmo pela subjetividade, obscuridade e indefinição do tema.

Malgrado a constante presença de incertezas e disparidades nas decisões dos *Justices*, os quais não conseguiam uniformizar uma só vertente em seus julgamentos, não se pode olvidar a importância retumbante da atuação do Poder Judiciário na extinção da segregação imposta aos negros nos Estados Unidos, conforme se pôde observar anteriormente.

²⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 145.

No entanto, antes de adentrarmos os casos específicos de maior relevância no âmbito jurídico norte-americano, é importante explicar os três critérios de julgamento adotados pela Suprema Corte Norte-Americana (critérios de interpretação denominados de *standards*), a fim de se analisar a constitucionalidade dessas normas discutidas em face do princípio da igualdade (*equal protection clause*) e tornando possível, assim, melhor compreender as decisões e posicionamentos proferidos pela referida Corte.

Conforme explica Kaufmann, há o critério de julgamento mais rígido, que vem a ser utilizado para discutir a constitucionalidade de normas que se refiram à distinção de pessoas tomando por base a sua raça, etnia ou origem nacional, denominado de *Strict judicial scrutiny* (exame judicial rigoroso). Em tal critério verifica-se que as limitações aos direitos baseados na raça de cada indivíduo somente serão considerados constitucionais se comprovado o “interesse estatal cogente” (*compelling interest*).

O segundo critério utilizado pela Suprema Corte é denominado de *intermediate scrutiny* (critério intermediário). A partir dele, somente é necessário verificar se a discriminação presente na norma está ligada a um “significativo interesse estatal” ou *significant government interest*.

Finalmente, há o critério do *rational basis test* (critério judicial mínimo). Quando utilizado tal critério, somente é preciso demonstrar que a desigualdade gerada por tal norma está razoavelmente vinculada a um interesse do Estado, servindo um objetivo social útil. Dessa maneira, a norma será aceita como constitucional.²⁸ Com a realização desses “juízos prévios” é que a Suprema Corte poderia proceder à análise da constitucionalidade das normas em face do princípio da igualdade.

Sobre a importância das decisões da Suprema Corte, Menezes ressalta:

“No caso particular dos Estados Unidos, como as características intrínsecas da *Common Law* permitem uma interpretação *construtiva* das normas constitucionais, com maior intensidade do que se verifica nos demais ordenamentos jurídicos, é incontestável que a Suprema Corte teve uma influência fundamental na formatação do perfil dessas políticas ao definir, ela própria, diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade.”²⁹

²⁸ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 189.

²⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 33.

Compreendidos tais critérios, passa-se à análise de alguns casos que são considerados de extrema importância na construção de uma jurisprudência a respeito das ações afirmativas, constituindo precedentes significativos na análise de casos semelhantes. Cumpre salientar que, apesar de tais casos serem considerados precedentes relevantes, eles não são necessariamente seguidos em decisões posteriores, sendo possível até mesmo observar a adoção de posturas diferentes pelos mesmos juízes, o que evidencia o caráter ambíguo e contraditório que permeou as decisões sobre as medidas afirmativas.

1.2.1 O Caso Regents of the University of California v. Bakke (1978)

O caso *Regents of the University of California x Bakke*, julgado em 1978, é considerado, nas palavras de Sidney Pessoa Madruga da Silva, “[...] o mais emblemático, o *leading case*, entre os precedentes judiciais da Suprema Corte, relacionado às ações afirmativas na área da educação”.³⁰

Na análise desse caso, tomou lugar na Suprema Corte uma discussão a respeito da ocorrência ou não de discriminação reversa, tendo em vista que Allan Bakke, candidato branco, queria cursar a Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, contudo, apesar de ter obtido ótima classificação, não foi aceito em razão da Universidade ter adotado um programa de ação afirmativa, no qual fazia a reserva de um determinado número de vagas aos membros de grupos minoritários.

Assim, desconsolado, Bakke processou a Universidade, alegando ter havido a violação a dois elementos normativos de reconhecida importância: i) o princípio da igualdade garantido pela 14^a Emenda Constitucional e ii) a proibição à discriminação prevista no *Civil Rights Act de 1964*.

Bakke defendeu tal ponto de vista afirmando que o referido programa afirmativo o tinha privado de seu direito fundamental ao igual acesso à educação, levando-se em conta também que suas notas haviam sido superiores aos dos participantes do referido programa preferencial. A decisão proferida pelo Tribunal Estadual da Califórnia permitiu que Bakke fosse admitido na Faculdade de Medicina, o que ensejou que o Conselho Diretor da Faculdade recorresse à Suprema Corte.

³⁰ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 106.

Utilizando-se do *strict scrutiny test*, o *Justice Powell* proferiu o voto decisivo do caso, o qual anulou a decisão da Universidade da Califórnia e concluiu que “[...] a cláusula de igualdade perante a lei proíbe cotas explícitas ou vagas reservadas, a menos que a escola em questão possa demonstrar que esses meios são necessários para realizar objetivos de forçosa importância”.³¹

Desta feita, salientou o juiz que somente seriam consideradas constitucionais as restrições que demonstrassem nitidamente um “[...] interesse governamental de extrema relevância” e defendeu que, embora a referida Faculdade de Medicina não tivesse conseguido demonstrar tal necessidade, a raça poderia ser considerada um fator diferencial a ser analisado na admissão dos candidatos nas Universidades.

Quanto à situação de Bakke, o *Justice* permitiu a sua permanência na referida Faculdade, tendo em vista que já estava prestes a se formar e “[...] porque tanto os brancos, como os negros, estariam protegidos pela cláusula de igual proteção segundo a lei, disposta na 14^a Emenda”.³²

Apesar do voto do *Justice Powell* ter sido decisivo para o caso, é importante ressaltar que o caso foi analisado de maneira “extremamente fragmentada”, tendo em vista que os nove Ministros que o julgaram apresentaram visões completamente distintas acerca da matéria, sem que fosse possível observar um posicionamento majoritário no caso.

Menezes explica que o voto de Powell acabou prevalecendo pois ele foi pela constitucionalidade dos programas afirmativos (mesmo quando eles se utilizassem da raça ou da etnia dos indivíduos), desde que esse não fosse considerado o único critério de seleção e que as cotas destinadas a eles não fossem rígidas e inflexíveis. Por tal razão, o voto de Powell prevaleceu na “[...] linha de argumentação desenvolvida pelo grupo liderado pelos ministros Burger e Stewart”, entendendo eles, em suma, que a decisão da Suprema Corte da Califórnia deveria ser revista “[...] na parte em que esta havia julgado que a raça nunca poderia ser adotada como critério seletivo e discriminatório”.³³

Assim, apesar da Suprema Corte ter mantido Bakke na Universidade, por outro lado, a importância de tal decisão para as ações afirmativas reside no fato de que o juiz

³¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 455.

³² KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.190.

³³ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 103.

Powell reconheceu a possibilidade do fator raça ser levado em consideração na política de admissão dos candidatos nas Universidades, “[...] de forma a buscar a diversidade racial e que, nesse sentido, a Constituição não restringia o uso do critério racial”.³⁴

Kaufmann assim resume o caso:

“O caso *Bakke* tornou-se um marco de discussões jurídicas, filosóficas e sociológicas. Por outro lado, foi no mínimo interessante perceber que tanto as pessoas que se declaravam favoráveis às ações afirmativas, como as que lhe eram contrárias, comemoraram o resultado do caso com muito entusiasmo. Isto porque, se por um lado a Suprema Corte manteve Bakke na Faculdade – o que se constituía em uma vitória para os opositores das cotas -, ao mesmo tempo afirmou que a raça poderia ser um critério levado em consideração para o ingresso, desde que não por meio de cotas – o que marcou ponto para os favoráveis às medidas positivas.”³⁵

Apesar de assumir notória importância sobre o tema nos julgamentos da Suprema Corte e muito embora tal decisão tenha fortalecido as políticas de ações afirmativas, Menezes ressalta que tal caso “[...] deixou muitas questões relacionadas ao tema sem respostas”. Isso porque a Suprema Corte somente limitou-se a “[...] reconhecer a violação de um diploma federal [...]” e não avaliou a matéria conclusivamente com base na *equal protection clause*. Menezes ainda conclui que nesse caso “[...] o Tribunal não estabeleceu o padrão judicial que deveria ser adotado no julgamento de casos relacionados à classificação racial benigna”.³⁶

Assim, não ficou claramente estabelecido um “padrão” do que deveria ser adotado em casos posteriores relacionados à uma análise e classificação racial, tendo-se em vista que, apesar de ter sido decidido pela Suprema Corte que Bakke teria direito à uma vaga naquela Universidade, a raça foi eleita como um possível critério a ser levado em consideração para a admissão de novos alunos.

³⁴ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 108.

³⁵ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 191.

³⁶ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 105.

1.2.2 O Caso *Grutter v. Bollinger et al* (2003)

Vinte e cinco anos após a decisão do caso Bakke, uma nova polêmica foi submetida à análise da Suprema Corte Norte-Americana, envolvendo dois casos de programas afirmativos de admissão à Universidade de Michigan, julgados em conjunto na data de 23 de junho de 2003.³⁷

O primeiro caso, *Grutter v. Bollinger et al*, versa sobre o cabimento da utilização da raça como critério para a admissibilidade de estudantes à Universidade. O segundo caso, *Gratz et al v. Bollinger et al*, a ser analisado no próximo tópico, visava obter respostas para de que maneira o referido critério racial poderia ser aplicado.

No caso em análise (*Grutter v. Bollinger et al*), a questão que foi levada à Suprema Corte foi aquela referente à própria política de admissão dos alunos à Faculdade de Direito da referida Universidade, cuja política de ingresso tinha por objetivo propiciar uma “[...] maior diversidade no corpo estudantil”.

Grutter, uma estudante branca norte-americana, resolveu recorrer à Corte Suprema tendo em vista que teve a sua admissão negada pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan. Assim, Grutter alegou que houve a violação da 14^a Emenda à Constituição, juntamente com o desrespeito à Lei dos Direitos Civis de 1964, pois a Faculdade teria, supostamente, praticado discriminação contra a aluna em razão de sua raça. A requerente também alegou que a referida Universidade concedia uma vantagem muito maior às minorias beneficiadas, facilitando o seu ingresso no curso e, ainda, adicionou que não haveria nenhum interesse governamental cogente a ponto de justificar a adoção daquela medida.

Quando o referido caso chegou à análise da Suprema Corte, a maior parte dos juízes compreendeu que a Faculdade de Direito daquela Universidade havia logrado êxito em demonstrar a finalidade da utilização do fator racial para ingresso de seus alunos, motivada pela geração de uma maior diversidade no ambiente universitário, o que caracterizaria um interesse público cogente, de acordo com a juíza O'Connor, a qual proferiu o julgamento.

³⁷ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília, Brasília Jurídica, 2005. p. 109.

Assim, a maioria dos *Justices* demonstrou a visão de que as habilidades individuais podem ser melhor desenvolvidas em um ambiente aonde impera a diversidade, nos moldes da sociedade globalizada atual, sendo válido conviver com as mais diversas formas de pensamento, cultura e opinião. Tais argumentos validariam o interesse público cogente envolvido no caso.

Finalmente, uma importante saída encontrada pela Suprema Corte ao presente caso em análise foi a seguinte: o uso de critérios raciais, ainda que tenha o intuito de propagar a diversidade, deve ser delimitado no tempo. Kaufmann indica que tal decisão acabou por fixar um prazo de vinte e cinco anos, a partir da data do julgamento em questão, para que ainda se tolerasse o uso de políticas afirmativas de “preferências raciais”. Posteriormente, deverão ser adotadas “[...] políticas neutras de admissão quanto à raça”.³⁸

Silva indica que a decisão da Suprema Corte, nesse caso, frustrou as expectativas referentes ao Governo Bush nessa matéria, tendo em vista que se mostrou a favor dos programas de ações afirmativas, os quais perderam a força no governo do referido presidente. Assim, Silva conclui que tal decisão “[...] reafirmou o que fora decidido em *Bakke*: as ações afirmativas não violam a Constituição desde que utilizadas adequadamente”.³⁹

1.2.3 O Caso *Gratz et al v. Bollinger et al* (2003)

O presente caso também versa sobre a admissão universitária tomando por base critérios raciais, dessa vez na Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan. No entanto, o caso *Gratz et al v. Bollinger et al* envolve a forma como essa admissão seria feita.

A demanda surgiu quando Jennifer Gratz e Patric Hamacher, ambos estudantes brancos, tiveram a sua entrada na referida universidade negada após terem se submetido ao exame de seleção. Os alunos alegaram que foram altamente prejudicados pelos programas de preferências raciais adotados pela Universidade, o que violaria a cláusula de igual

³⁸ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 204.

³⁹ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 111.

proteção estabelecida na 14^a Emenda à Constituição, além do Título VI da Lei de Direitos Civis de 1964.

De acordo com Silva, quando o caso chegou à Suprema Corte, o voto proferido pelo juiz William Rehnquist foi seguido pela maioria. Nele, o *Justice* não se posicionou contra a diversidade racial incentivada pelo Governo, contudo, considerou o programa da Universidade de Michigan inapropriado ao fornecer uma “[...] distribuição automática às minorias de 1/5 dos pontos necessários para a admissão, unicamente em função da raça”.⁴⁰

Nessa forma de atribuição de pontos não seriam sequer consideradas as experiências pessoais e as características individuais de cada aluno, com a finalidade de poder avaliar a sua efetiva “[...] contribuição potencial e individual à diversidade”, nos moldes do que foi decidido no caso Bakke.

Finalmente, a decisão que prevaleceu na Suprema Corte considerou como inconstitucional o referido programa afirmativo de admissão da Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan.

Após observarmos tais casos, os quais refletem nítida importância no entendimento jurisprudencial relativo às ações afirmativas norte-americanas, fica evidente que os posicionamentos individuais de cada juiz são muito diferentes uns dos outros, sempre sendo difícil chegar a um consenso. É inegável a ampla subjetividade na qual o tema está inserido e as influências ideológicas ou idiossincráticas nas decisões que movem cada juiz.

Sobre as decisões relativas aos casos Bakke e Grutter, Silva concluiu que “[...] a Suprema Corte dos EUA, nessas duas oportunidades históricas, decidiu que as políticas de ações afirmativas são constitucionais, mas devem se restringir a certos parâmetros”. No entanto, o referido autor ainda observou sabiamente que “[...] a falta de consenso quanto aos seus reais limites leva defensores e opositores de tais políticas a intermináveis debates quanto a sua permissibilidade ou não”.⁴¹

Atualmente, cumpre indicar que a Suprema Corte vem adotando um posicionamento restritivo à aplicação das ações afirmativas e a evidente divisão entre os

⁴⁰ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 110.

⁴¹ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 115.

componentes da Corte Maior dá uma perspectiva inconclusiva sobre como serão desenroladas tais ações futuramente.⁴²

Nessa linha, no que tange às tendências e às perspectivas das ações afirmativas, Menezes assevera o seguinte:

“As raízes das divergências, infelizmente, são muito mais profundas e não se esvairão quando a importância do assunto diminuir na mídia. Uma análise imparcial da realidade – tanto quanto é possível – e baseada em pesquisas recentes realizadas sobre a ação afirmativa demonstra que a razão está com aqueles que lutam pela sua preservação, ainda que tais pesquisas não revelem a outra face da moeda: o custo que foi suportado por uma parcela da sociedade na implantação dessas políticas.”⁴³

Devidamente observadas três das mais marcantes decisões da Suprema Corte Americana sobre as ações afirmativas, passa-se à uma análise mais profunda sobre os objetivos que permearam as aplicações dessas medidas, a fim de posteriormente poder compará-los com os elencados pelas medidas brasileiras.

1.3 O objetivo das ações afirmativas nos Estados Unidos da América

De acordo com todos os elementos históricos observados até este ponto, conclui-se que pode haver opiniões distintas a respeito do principal objetivo das ações afirmativas nos Estados Unidos da América. Para Kaufmann, tal finalidade era clara: a de servir como resposta ao sistema segregacionista institucionalizado que surgiu logo após a abolição da escravidão naquele país.⁴⁴

A importante constatação de Kaufmann a respeito do contexto de origem das ações afirmativas foi que a sua criação se deu em uma circunstância totalmente histórica e pontual, visto que aquela sociedade estava prestes a entrar em colapso a qualquer momento em razão da discriminação imperante naquele país, a qual gerou a eclosão de diversas manifestações, as quais ganhavam cada vez mais destaque nas terras estadunidenses.

Assim, Kaufmann argumenta que a origem de tais medidas não se deu com a finalidade de gerar uma sociedade mais justa, democrática ou humana. As ações afirmativas

⁴² KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 184.

⁴³ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 145.

⁴⁴ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 206.

norte-americanas foram criadas como resposta a uma época marcada pela “[...] iminência de um conflito civil”. Para melhor esclarecer o tema, Kaufmann elucida o seguinte: “[...] que tais medidas surgiram com o intento de restabelecer a ordem social, em vez de efetivamente promover o princípio da igualdade, ainda que a igualação das oportunidades aparecesse como corolário dos programas positivos”.⁴⁵

Sobre a necessidade de se realizar um estudo contextual da aplicação de tais medidas, ao fazer um breve intróito de uma posterior comparação com a realidade brasileira, Kaufmann salienta que:

“[...] A análise do tema, considerando apenas o princípio da igualdade, ou as justificativas teórico-filosóficas de justiça distributiva ou compensatória, a despeito de ser importante, não revela as verdadeiras causas que propiciaram o surgimento dessas medidas. Aos poucos, vai-se fazendo necessário retirar a máscara que encobre as verdadeiras razões para o surgimento das políticas positivas. Tal observação será de suma importância para o exame sobre a maneira como as medidas afirmativas poderão vir a ser adotadas no Brasil[...].”⁴⁶

A partir de toda a análise feita pela autora, cumpre reiterar que a criação dos programas positivos em tal contexto foi a única solução encontrada pelos governantes para amenizar a crise que havia se instaurado nos Estados Unidos. Tais medidas incluíram inicialmente propostas neutras de combate à discriminação e chegaram até a instauração das ações afirmativas, que acabaram obtendo uma relativa eficácia.

Finalmente, em breve comparação com o contexto histórico brasileiro, Kaufmann argumenta que existe “[...] certo deslumbramento do pensamento científico nacional” com as ações afirmativas, importando o modelo criado em contexto totalmente diverso do que observamos em nosso país. A autora também defende que os estudiosos que consideraram o princípio da igualdade como o pilar das ações afirmativas chegaram à uma “[...] conclusão apressada e apenas parcialmente correta”.⁴⁷

Ao contrário do que foi elencado por Kaufmann, Menezes enxerga como objetivos nítidos das ações afirmativas norte-americanas os seguintes: i) a busca pela eliminação dos desequilíbrios existentes em determinada sociedade; ii) a finalidade de implementação de

⁴⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 206.

⁴⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 207.

⁴⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 210.

uma “igualdade concreta”; iii) o combate à discriminação negativa e iv) a provisoriedade dessas ações.⁴⁸ Cumpre ressaltar que Menezes indica justamente aqueles objetivos que Kaufmann contesta, o que demonstra a incerteza que envolve o tema.

O que é indubitável no estudo dessa matéria é que não há como entender profundamente um tema sem antes fazer o devido estudo de seu panorama histórico, a fim de melhor compreender o seu contexto de origem, suas causas e objetivos. Tal importância pode ser verificada no Direito quando estuda-se a possibilidade da interpretação histórica das normas, quando há a verificação do momento de criação das leis, abrangendo até mesmo as discussões que antecederam tal momento.

Somente dessa maneira é que pode-se fazer uma análise completa da origem e dos objetivos principais dessas normas criadas, gerando uma melhor compreensão de suas finalidades e podendo intensificar a sua aplicação ou até mesmo revogá-la, se fornecida uma fundamentação adequada.

Desta feita, torna-se fundamental compreender o contexto histórico de criação das ações afirmativas, qual seja: o de uma sociedade extremamente racista e segregacionista, a qual observava constantemente a instauração de inúmeros conflitos violentos, geradores de medo e terror originados por uma única causa: a diferença racial entre negros e brancos.

Cumpre destacar que o referido estudo sobre as ações afirmativas em seu contexto de origem será imprescindível neste trabalho a fim de que se possa posteriormente compará-lo com a aplicação de tais ações no Brasil em seu distinto espaço. Assim, será possível realizar uma análise comparativa, para que se conclua se tais ações são de fato necessárias em nosso país e, em caso afirmativo, se estão sendo aplicadas adequadamente e se vêm atendendo a seus objetivos principais, sendo justas e diminuindo a desigualdade social.

Além disso, a interessante conclusão a que se chega neste momento é a de que o contexto histórico que originou tais medidas afirmativas foi a sua principal causa, deixando em segundo plano a aceitação de que o princípio da igualdade ou outras teorias jurídico-filosóficas são os únicos pilares fundamentais dessas ações, ideias essas que fundamentam muitas das ações afirmativas que vemos aplicadas no contexto brasileiro.

⁴⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

1.4 A Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls e seu reflexo nas ações afirmativas

Inicialmente, é imperioso indicar que o estudo da Teoria da Justiça como Equidade de Rawls é perfeitamente cabível ao presente trabalho, tendo em vista que o referido filósofo viveu e desenvolveu a sua teoria nos Estados Unidos da América, país que, conforme pôde ser demonstrado anteriormente, exerceu considerável influência no que tange à criação e à forma de aplicação dessas medidas afirmativas em solo brasileiro.⁴⁹

Além disso, deve-se esclarecer que a mencionada teoria está intimamente ligada à questão das ações afirmativas, observando-se que é somente a partir da formulação da teoria de justiça de Rawls que será firmada a concepção atual de justiça distributiva, conceito de cediça importância no que tange a essas medidas, conforme argumenta José Cláudio Monteiro de Brito Filho.⁵⁰

Assim, Brito Filho ressalta que a teoria formulada por Rawls pode ser considerada como um “[...] marco na discussão a respeito da justiça distributiva, uma vez que introduz, de forma vigorosa, a igualdade como ideal político, rompendo com a visão liberal clássica, concentrada até então no binômio liberdade – propriedade privada”.⁵¹

Pode-se afirmar que há duas correntes argumentativas majoritárias a favor das ações afirmativas. Sandro Cesar Sell explica que tais correntes enxergam o caráter dessas ações de duas maneiras distintas, assim podendo ser classificados: i) **caráter compensatório**, o qual compreende que tais medidas podem, de fato, ser consideradas justas, tendo em vista que assumem o papel de uma compensação pelos “[...] prejuízos históricos sofridos pelas minorias cuja situação se quer inverter” e ii) **caráter consequencialista**, o qual possui argumentos favoráveis a essas ações pelos benefícios a longo prazo que elas gerarão.⁵²

Para Silva, a divisão dessas duas correntes argumentativas se daria da seguinte maneira: a primeira corrente defenderia o conteúdo reparatório das ações afirmativas (com o já mencionado objetivo de reparar os danos históricos causados à população negra), o que ocasionaria o surgimento de tal medida sob a forma de **justiça compensatória**. A segunda

⁴⁹ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 33.

⁵¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 43.

⁵² SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002. p. 19.

corrente já seria adepta da visão de **justiça distributiva**, ao considerar que as medidas afirmativas são caracterizadas pela “[...] distribuição de direitos e vantagens” para os indivíduos do grupo dito minoritário.⁵³

É justamente com a ideia de justiça distributiva que surge a importância do estudo da teoria rawlsiana, pois é exatamente esse o conceito de “justiça” que será adotado no presente trabalho e é através dele que se possibilitará a verificação da existência de justiça no âmbito das ações afirmativas adotadas atualmente no Brasil. A referida teoria será abordada a seguir.

Conforme destaca Brito Filho, para Rawls a justiça seria “[...] a primeira virtude das instituições sociais”. Isso significa que, a título de exemplo, leis e instituições eficientes na sociedade poderiam ser eliminadas dela caso fossem consideradas como injustas. Assim, o autor indica que na visão de Rawls, “[...] o resultado, e que é decorrente da concepção de bem, ainda que seja da própria comunidade, não pode sobrepor-se à concepção do que é justo”.⁵⁴

Para que a teoria da justiça como equidade de Rawls seja explicada de maneira clara e simples, adotar-se-ão as lições de Michael Sandel a esse respeito, filósofo e professor da Universidade de Harvard, que tornou populares diversos ensinamentos filosóficos. Sandel inicia a sua lição sobre John Rawls afirmando que o filósofo político americano argumentava que somente poderíamos compreender o conceito de justiça através de um interessante questionamento: “Com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade?”.⁵⁵

Ainda a título de introdução sobre o nome da teoria de Rawls, Brito Filho esclarece que o termo “Justiça como equidade” simboliza a situação inicial de igualdade em que se encontrariam aqueles indivíduos pertencentes a uma sociedade hipotética, no momento em que realizariam o acordo sobre os princípios de justiça que deveriam reger o contrato social que seria adotado naquela sociedade.

Nesse diapasão, Sandel aduz que o contrato social, na teoria de John Rawls, seria definido como “[...] um acordo hipotético em uma posição social de equidade” e teria como

⁵³ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.92.

⁵⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 33.

⁵⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 177.

objeto os princípios que governam a vida daquela sociedade em conjunto, determinando os direitos e deveres daqueles cidadãos. Ao elaborar a sua teoria, Rawls criou tal situação imaginária para demonstrar que há uma indiscutível pluralidade social na sociedade real (o que Rawls chama de pluralismo razoável), aonde existem pessoas diversas com qualidades, características e necessidades também diversas. Assim, até mesmo se houvesse um “consenso da maioria” na eleição dos princípios de justiça que norteariam aquela sociedade, tal posição refletiria o maior poder de argumentação de alguns sobre os outros, o que não poderia caracterizar aquele contrato como justo.⁵⁶

Com efeito, Sandel esclarece que os termos do contrato social imaginado por Rawls seriam justos na medida em que refletiam as escolhas de partes “[...] com o mesmo nível de poder e conhecimento” e que se situavam “de forma idêntica, e não diferente”.⁵⁷

À vista disso, Rawls formulou a seguinte solução: para que a escolha dos princípios de justiça se desse em uma posição original de equidade, os indivíduos daquela sociedade estariam cobertos por um “véu de ignorância”, o qual impediria as pessoas de saber a qual classe social, gênero, raça, crença religiosa e opinião política pertenciam. Sem tais informações, os referidos cidadãos estariam, com efeito, em uma posição original de equidade. Somente dessa forma os princípios escolhidos seriam justos.⁵⁸

Na escolha dos princípios dessa sociedade, Sandel afirma que o posicionamento de Rawls seria contra o utilitarismo, tendo-se em vista que cada indivíduo, por trás do “véu da ignorância”, poderia pensar que fazia parte de uma minoria oprimida. Silva ressalta o conteúdo de referida teoria utilitarista, a qual defende, em síntese, que “[...] a promoção do bem-estar da coletividade justifica a restrição das liberdades individuais”.⁵⁹ Assim, o utilitarismo argumenta que proporciona maior grau de felicidade à maioria da população em detrimento de uma minoria desfavorecida.

Silva também aponta que a crítica de Rawls ao utilitarismo reside justamente nesse ponto: o de que “[...] o sacrifício dos direitos individuais em nome do aumento do bem-estar

⁵⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 178 e ss.

⁵⁷ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 187.

⁵⁸ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 188.

⁵⁹ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.73.

coletivo, acarreta uma situação de flagrante injustiça.”, o que não seria aplicável a uma sociedade justa.⁶⁰

A esse respeito, Brito Filho indica que o objetivo de Rawls era o de formular uma teoria que servisse de alternativa a essa doutrina do utilitarismo, visto que na teoria utilitarista havia a “[...] predominância do bem sobre o justo”, além de ignorar as preferências da parcela minoritária da população, desde que houvesse a maximização da utilidade para a maior parte dos cidadãos, justamente o contrário do que era defendido por Rawls.⁶¹

Superada tal distinção, Sandel elucida que, de acordo com o entendimento de John Rawls, dois princípios de justiça emergiriam do contrato hipotético supramencionado. O primeiro defenderia a existência das mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos e o segundo princípio seria referente à equidade econômica e social dos cidadãos, permitindo que houvesse desigualdade social e econômica somente nos casos que beneficiassem os indivíduos menos favorecidos daquela sociedade (não seria necessária uma distribuição igualitária da renda e da riqueza).⁶²

Para fortalecer a ideia do segundo princípio, Rawls elucida que há a possibilidade de permitir determinadas desigualdades sociais e econômicas se for possível melhorar a situação de quem está nas classes menos favorecidas. A título de exemplo, há o caso da sociedade aceitar pagar melhores salários aos médicos do que a outros funcionários, desde que haja o aumento do acesso aos serviços de saúde por parte da população pobre.⁶³

Ao permitir determinada ideia, a sociedade estaria adotando o que Rawls denomina de “princípio da diferença”, o qual somente permite desigualdades sociais e econômicas se elas vierem a beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade.

Assim, Sandel esclarece que a teoria de Rawls não tem como objetivo analisar as diferenças salariais entre as pessoas, dizendo se são justos ou não. Tal teoria se refere “[...] à estrutura básica da sociedade e à forma como ela distribui direitos e deveres, renda e fortuna,

⁶⁰ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 74.

⁶¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 36.

⁶² SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 179.

⁶³ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 189.

poder e oportunidades”.⁶⁴ A ideia principal de Rawls era a de não fundamentar a distribuição de renda e oportunidades em “fatores arbitrários do ponto de vista moral”, ou, em outras palavras, em fatores aleatórios como a sorte ou as circunstâncias do nascimento do indivíduo.⁶⁵

Rawls ilustra o conceito de arbitrariedade moral ao comparar quatro diferentes teorias de justiça distributiva, são elas: i) **Sistema feudal ou de castas**: distribuía renda, riqueza, poder e oportunidades de acordo com o nascimento; ii) **Libertária**: a distribuição de riqueza e de renda era determinada pelo livre mercado (igualdade formal de oportunidades); iii) **Meritocrática**: considera a distribuição de renda resultante do livre mercado justa, desde que oferecidas as mesmas oportunidades a todos para desenvolverem as suas aptidões (igualdade de oportunidades justa) e, finalmente, iv) **Igualitária**: a que observa o princípio da diferença de Rawls.⁶⁶

A primeira teoria de justiça (feudal ou de castas) é notoriamente injusta pois determina as perspectivas de vida de cada cidadão de acordo com as circunstâncias de seu nascimento, constituindo evidente fato arbitrário. A teoria libertária dá a falsa ilusão de que as sociedades de mercado atenuariam essas arbitrariedades, sendo consideradas injustas por não fornecerem oportunidades iguais de competição a todos os indivíduos. A terceira teoria de justiça (meritocrática) também é falha na visão de Rawls pelo mesmo motivo que a segunda: deixa a distribuição de direitos a cargo da arbitrariedade, pois permite que a distribuição de renda seja determinada por uma distribuição arbitrária de aptidões ou de talento.

A alternativa de Rawls para corrigir essa distribuição injusta e desigual de aptidões é o seu já mencionado princípio da diferença. A respeito desse princípio, Rawls defende que:

“[...] é um princípio a ser levado em consideração, desde que reconheçamos que a função dos preceitos comumente aceitos de justiça e das desigualdades das cotas distributivas nas sociedades modernas não é recompensar o mérito moral, que é distinto do merecimento. Sua função é, antes, a de atrair as pessoas para as posições em que elas são mais necessárias de um ponto de vista social [...]”⁶⁷

⁶⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 190.

⁶⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 190.

⁶⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 195.

⁶⁷ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo, Martins Fontes, 2003. p. 110.

Conforme o observado, é importante distinguir os conceitos de mérito e de merecimento para Rawls, dada a sua importância. Após observar a influência da arbitrariedade moral na distribuição da renda e da riqueza, Sandel explica que Rawls finalmente concluiu que “[...] a justiça distributiva não é questão de premiar o mérito moral”.⁶⁸

De acordo com Sandel, Rawls firmou esse posicionamento totalmente contrário às bases da “visão meritocrática de justiça” pois compreendeu que até a característica de esforço que determinada pessoa possui depende da arbitrariedade moral desse indivíduo de nascer em uma família que lhe incentive a desenvolver essa qualidade, aliada às circunstâncias sociais da infância de cada um. Dessa maneira, não se aplica a noção de “mérito” a essas pessoas.⁶⁹

Ao tratar desses conceitos, Sandel traz à tona um polêmico debate sobre justiça no qual a sociedade se envolve quando aborda o conflito entre mérito moral e direito. Um dos exemplos que ele traz para ilustrar a questão é justamente referente às cotas raciais para a ampliação de acesso dessa parcela da população às universidades. Assim, ele mostra o posicionamento de alguns cidadãos que defendem a seguinte ideia: consideram que a diversidade étnica e racial é um fator que priva alguns candidatos com maiores notas nas provas de admissão a essas universidades de uma suposta “vantagem” que eles mereciam ter.⁷⁰

Para Rawls, a justiça distributiva não deverá recompensar o mérito moral ou a virtude, ela se ocupará de atender às “expectativas legítimas” de determinadas pessoas que se tornaram merecedoras de determinados benefícios quando cumpriram certas regras norteadas pelos princípios de justiça, ao estabelecerem os “[...] termos da cooperação social”.⁷¹

Isto posto, Silva afirma que Rawls deixou o importante legado da justiça distributiva, cujo objetivo principal era estruturar o sistema social para que a distribuição entre os indivíduos se desse de forma justa, fornecendo assim:

⁶⁸ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 198.

⁶⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 192.

⁷⁰ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 199.

⁷¹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 200.

“[...] um sistema de igualdade de oportunidades equitativas, em oposição à igualdade formal, o que leva o Governo a assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, bem como assegurar a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho.”⁷²

Pode-se concluir que somente com essa igualdade de oportunidades é que seria possível atingir a inclusão social e, nas palavras de Silva, conseqüentemente, se daria o “combate às distorções econômicas e sociais verificadas ao longo do tempo e relacionadas, por exemplo, ao direito à educação, ao emprego e ao salário”.⁷³

⁷² SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 95.

⁷³ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 72.

2 O CRITÉRIO DE IGUALDADE NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Um dos objetivos principais das ações afirmativas é a igualdade, seja na esfera econômica, seja na esfera social ou cultural. Assim é o que pensa grande parte da sociedade, se indagada sobre qual seria a justificativa ou o intuito das ações afirmativas. Tal assertiva pode ser considerada verdadeira? O presente capítulo abordará justamente as acepções que o conceito de igualdade pode assumir, para que, depois de compreendida a variedade de significados do termo “igualdade”, possa se analisar se aquela afirmativa defendida por muitos cidadãos pode ser tida como correta.

O estudo de tal valor torna-se de importância vital ao presente trabalho, por estar estritamente relacionado às ações afirmativas. João Paulo de Faria Santos bem ilustra tal ideia quando afirma que “[...] a justiça das ações afirmativas passa, necessariamente, por saber qual a importância da igualdade num sistema filosófico-jurídico e como ela se dá”.⁷⁴

A esse respeito, Brito Filho ainda acrescenta que tais medidas afirmativas, inseridas dentro de um determinado modelo de aplicação, terão como pilar intrínseco e essencial o valor da igualdade.⁷⁵

Jefferson Carús Guedes, notável estudioso do tema, alude que o problema da igualdade social é objeto que encontra profunda ligação com o mundo material, o que acaba afetando o Direito, tendo em vista que os conceitos de igualdade e desigualdade são consequências da comparação entre as pessoas. Assim, Guedes elucida o seguinte:

“Tratar da igualdade significa pensar e estruturar a vida social, pensar a igualdade no direito é pensar a vida idealizada no plano legal – normativo e concreto -, e, por sua vez, **pensar a igualdade no direito corresponde a pensá-la no plano conflituoso da disputa pelos bens e direitos na sociedade.**”⁷⁶ (grifo nosso)

Além disso, Guedes ainda indica que o interesse do Direito pela igualdade surge de duas principais maneiras: i) na aplicação da regra de justiça, quando se sugere genericamente em lei que se opere um “[...] tratamento proporcional entre as partes”, com a ideia de que se deve tratar “igualmente aos iguais” e “desigualmente aos desiguais” e ii) no momento em que se observa a desigualdade, deve-se verificar também se o direito e o

⁷⁴ SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial*. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005. p. 21.

⁷⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 09.

⁷⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 27.

processo atendem à sua função de corrigir possíveis desigualdades sociais, indo além da regra de justiça.⁷⁷

Além disso, o conceito de igualdade passou a “[...] constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno [...]”, conforme aduz Ingo Wolfgang Sarlet.⁷⁸

Para Vicente Paulo, a igualdade é tema de nítida importância tendo em vista que se trata da “[...] base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que dele inúmeros outros decorrem diretamente”.⁷⁹

Feito este breve relato sobre a importância que a igualdade adquire nesse estudo, transcorrer-se-á à uma análise mais acurada do conceito de igualdade, assim como será observado o seu contexto de origem, as suas variadas acepções e as consequências que referido conceito adquire no ordenamento jurídico brasileiro, para que ao final deste trabalho seja possível averiguar se este valor fundamental, de fato, influenciou as ações afirmativas brasileiras, se constitui uma de suas metas e, ainda, se vem alcançando gradativos resultados no que tange às medidas afirmativas aplicadas no Brasil.

2.1 O Conceito de Igualdade e o Igualitarismo Liberal

Não há como falar em ações afirmativas sem o pensamento de igualdade vir à tona, tendo em vista que tal conceito é amplamente difundido pela sociedade como um de seus objetivos principais, senão o principal, conforme o exposto anteriormente. Para verificar se tal concepção é, de fato, a sua grande base ou uma de suas mais fortes influências, é preciso identificar as nuances e as formas que a igualdade pode assumir e em qual contexto tal valor foi desenvolvido, além de se observar em quais circunstâncias ele poderá ser abordado.

O conceito da igualdade sempre foi de suma importância não só nos estudos jurídicos como também em estudos políticos, sociais, filosóficos, entre outros. Pode-se verificar claramente que o tema da igualdade vem sendo objeto de estudo de filósofos desde

⁷⁷ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 536.

⁷⁹ PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 121.

os tempos mais remotos. É possível perceber a sua importância e complexidade refletida nas obras de grandes pensadores como Platão, Sócrates e Aristóteles, por exemplo.⁸⁰

No entanto, verifica-se que a igualdade começa a assumir um papel de inegável importância a partir da Idade Moderna, aonde tiveram lugar os eventos históricos que mais causaram mudanças políticas e sociais no Ocidente, ao modificarem drasticamente a concepção de igualdade tida naquela época e vindo a influenciar até mesmo o que vivenciava-se na sociedade hodierna.

Daquela época até hoje, foi possível observar que, gradativamente, a igualdade deixou de ser um direito que se concentrava nas mãos de poucos indivíduos para ser vista como um direito de toda a sociedade.

Entretanto, pode-se afirmar que dois episódios principais ocasionaram o surgimento da “evolução republicana”: as Revoluções Francesa e Americana. A Revolução Americana (1776-1783) é considerada como um momento histórico marcante no que tange à ideia de igualdade pois permitiu a positivação e promulgação de uma Constituição democrática, o que criou um Estado baseado na “supremacia da Constituição”, além de ter influenciado a própria França em suas ideias igualitárias, conforme leciona Guedes.⁸¹

A partir da força da Constituição democrática norte-americana, foram impostas normas de controle àquele Estado, o que gerou o início de uma época de mínima intervenção do governo, visto que se devia respeito aos princípios fundamentais estabelecidos em lei. Assim, verificou-se que tanto a Revolução Americana quanto a Francesa se apoiaram em dois pilares fundamentais: i) na filosofia iluminista e ii) no liberalismo econômico. Naquele período, também era evidente que três pressupostos básicos nortearam referidos eventos, são eles justamente: a liberdade, a fraternidade e a igualdade.

Apesar da grande reverberação causada pelas positivações do valor de igualdade nas Constituições que mais influenciaram o mundo ocidental, foi possível observar que a ideia de igualdade estava limitada ao âmbito das leis, o que demonstrava certas incapacidades do Estado liberal em face das expectativas sociais. Santos assim discorre a esse respeito:

⁸⁰ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 35.

⁸¹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 58-59.

“Nas Constituições que se estruturaram após as revoluções liberal-burguesas do final do século XVIII, se edificou o conceito da igualdade formal, qual seja, a igualdade perante a lei. Esta, genérica e abstrata, devia contemplar a todos, sem quaisquer distinções, assumindo o legislador papel neutro sobre as relações entre os indivíduos.”⁸²

Assim, percebe-se que a igualdade vislumbrada naquele período era meramente formal, tendo em vista que só estava prevista nas normas e não encontrava aplicabilidade alguma no plano real, ou seja, não adquiria um caráter material. Em consequência disso, novas proposições sociopolíticas foram formuladas nos séculos XIX e XX para atender a essa necessidade clamada pela população: a de uma igualdade concreta, palpável, aferível. É dentro desse contexto que surge o Igualitarismo Liberal.

De acordo com Guedes, “[...] o **Igualitarismo** é a doutrina moral e política que **objetiva a igualdade entre as pessoas**” e seu ideal consiste em promover a igualdade entre todos os homens em todos os aspectos, apesar de reconhecer que trata-se de uma meta inalcançável, propondo um “ideal socialista por meio de operações capitalistas”.⁸³

Dessa forma, o igualitarismo liberal dá origem ao chamado “Estado de bem estar social”, tendo por objetivo “[...] alcançar no âmbito material e prático, os ideais igualitários por meio de um modelo econômico capitalista que permita desigualdades”.⁸⁴

Guedes elucida que o pilar estrutural básico do igualitarismo liberal pode ser definido como a “igualdade em sentido estrito”. Assim, ele aduz que “[...] essa corrente promove tal objetivo por meio de ações diretas do Estado para reduzir as desigualdades. Os programas estatais visam, portanto, a igualdade de oportunidades”. Ademais, Guedes esclarece que o teórico representativo de tal corrente é o já mencionado John Rawls, com a sua “Teoria da Justiça”, indicando também que:

“[...] a concepção de justiça de Rawls é composta por um núcleo de bens primários sociais – liberdade, renda, oportunidade, riqueza, etc. – que devem ser distribuídos igualmente, a menos que a desigualdade na distribuição desses bens seja vantajosa para os desfavorecidos ou desiguais.”⁸⁵

Seguindo tal linha de raciocínio, Brito Filho afirma que a teoria de Rawls pode ser vista como um marco nessa discussão, visto que introduz vigorosamente a ideia de igualdade

⁸² SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial*. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005. p. 22.

⁸³ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72-73. (grifo nosso)

⁸⁴ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 111-112.

⁸⁵ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

como um ideal político, rompendo com a visão do liberalismo clássico, a qual tratava somente do “binômio liberdade – propriedade privada”.⁸⁶

Ainda de acordo com o posicionamento de Guedes, Brito Filho afirma que o modelo de distribuição de recursos que melhor recebe e justifica a aplicação dos programas afirmativos se dará em sociedades em que seja possível o uso privado de seus meios de produção. Conclui-se, portanto, que não há de se falar em medidas afirmativas presentes em sociedades que possuam “[...] modelos utópicos de utilização de recursos e de relacionamento entre as pessoas, como por exemplo, no marxismo”.⁸⁷

Em consonância com as ideias anteriores, Brito Filho defende que “[...] serão as sociedades que adotarem os postulados do **liberalismo igualitário** as que possuirão as melhores condições de criar para os indivíduos o ambiente propício [...] para uma distribuição mais justa de bens e oportunidades”.⁸⁸ Todavia, o autor salienta que o modelo liberal igualitário não será o único capaz de justificar a adoção de programas afirmativos, sendo o comunitarismo também legítimo para utilizar tais medidas.

Assim, é possível concluir que há, nitidamente, dois pressupostos fundamentais para que se apliquem medidas como as ações afirmativas em uma sociedade, quais sejam: i) o uso privado dos meios de produção (capital e trabalho) desse local e ii) a liberdade para distribuir os recursos entre os integrantes dessa sociedade.

Verificada a importância da igualdade na construção de teorias sociopolíticas, especialmente no que concerne ao Igualitarismo liberal, cumpre analisar, enfim, qual conceito o referido termo pode assumir. No entanto, insta salientar que adotar uma definição específica de igualdade é de veras complexo, tendo em vista que há diversas acepções oriundas de tal termo. Rothenburg assim aduz a esse respeito:

“Igualdade como direito, como uma determinação jurídica, talvez não consiga ser satisfatoriamente conceituada em termos teóricos. Além disso, sua aplicação, às vezes, é complexa na solução de casos concretos. Ainda assim, trata-se de uma das mais importantes normas jurídicas e requer esforço dos intérpretes para uma aplicação (indispensável aplicação) adequada. A igualdade exige de quem a defina uma tomada de posição (política, ideológica), com o que – numa expressão de Canotilho (2004, p. 129) – “desafivelam-se as máscaras” e releva-se a intenção (“o tom e o dom”).”⁸⁹

⁸⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 43.

⁸⁷ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 13.

⁸⁸ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 17. (grifo nosso)

⁸⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008, p. 79.

Apesar de reconhecer o seu alto grau de complexidade, Rothenburg a define, dentro dos parâmetros jurídicos, como um princípio. Dessa forma, caracterizada como princípio jurídico, a igualdade teria a sua aplicação condicionada por outras normas (nelas é que se incluiriam as circunstâncias fáticas).⁹⁰

Nessa linha, o mencionado autor aborda a respeito das diversas dimensões que a igualdade pode assumir quando se trata da teoria do Estado, são elas: a dimensão liberal, que se refere a uma posição igual de todas as pessoas em face da lei; a dimensão democrática, a qual proíbe discriminações positivas e negativas na participação do exercício do poder político e a dimensão social, que visa eliminar as desigualdades fáticas como as econômicas, sociais e culturais.

Rothenburg ainda traz à tona três outras dimensões da igualdade, no que concerne ao âmbito de proteção desse princípio, quais sejam: i) a proibição do arbítrio (“[...] nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”); ii) a proibição da discriminação (“[...] o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça [...]”) e iii) a obrigação da diferenciação (“[...] o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material”).⁹¹

Em conclusão às ideias anteriormente expostas, Rothenburg indica que há uma dimensão negativa e outra positiva do princípio da igualdade. A primeira refere-se à proibição da discriminação indevida (tem por foco a discriminação negativa ou a discriminação, no sentido usual da palavra) e a segunda surge como a determinação de uma “discriminação devida”, podendo ser chamada de discriminação positiva e é aqui que cabe a figura da ação afirmativa. Adentrando um pouco mais nessa seara específica das medidas afirmativas, Rothenburg defende que caberá ao Direito “[...] não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções”.⁹²

Analisando a aplicação da igualdade especificamente no contexto das ações afirmativas, Branco ressalta que existe uma grande contradição suscitada pelo princípio da

⁹⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008, p. 79.

⁹¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008. p. 80.

⁹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008. p. 81.

igualdade na seara dessas medidas, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que a maior objeção jurídica às discriminações reversas (aquelas que distribuem benefícios a um determinado segmento da população) situa-se no plano desse princípio, a defesa dessas mesmas medidas encontrará justificativa no mesmo princípio.⁹³

Branco defende que o princípio da igualdade teve como intenção original a “[...] abolição de privilégios injustificados pelo Estado Liberal”, além de continuar assumindo papel de grande importância no Estado Democrático de Direito. O mencionado autor indica que “O princípio da igualdade, numa democracia social, vai estabelecer a noção de que o Direito não deve ser alheio à necessidade de se estabelecer uma sociedade equânime na fruição de seus bens”.⁹⁴

Dessarte, o referido princípio é acolhido na Constituição Brasileira sob as dimensões formal e material, as quais serão analisadas a seguir.

2.2 A Diferença entre a Igualdade Formal e a Igualdade Material

Grande parte dos estudiosos que trata do tema “igualdade”, como Guedes, Rothenburg, Sarlet, Silva, entre outros, reconhece a distinção desse conceito em duas modalidades, quais sejam: i) a igualdade formal e ii) a igualdade material. Guedes indica que essas duas dimensões da igualdade devem ser observadas ao início dos estudos sobre tal valor, visto que são consideradas básicas para a compreensão de seu conceito. No entanto, o referido autor ressalva que tal divisão “[...] não pode ser vista como uma separação estanque e absoluta”, levando-se em conta que um conceito pode assumir facetas do outro, o que gera a “mistura” dessas conceituações ao tratarmos da aplicabilidade efetiva da igualdade na sociedade.⁹⁵

Rothenburg afirma que a realização de tais diferenciações tem, de fato, sua utilidade e cabimento, pois auxiliam na compreensão da operação deste conceito, que pode

⁹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n.1, p. 131-140, jul./set. 2003. p. 134.

⁹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n.1, p. 131-140, jul./set. 2003. p. 135.

⁹⁵ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132.

ser, de fato, muito amplo. Contudo, o estudioso também ressalta que, a seu ver, o núcleo conceitual jurídico-normativo para as variações da igualdade será um só.⁹⁶

Sousa, ao discorrer sobre a igualdade formal, reitera que tal modalidade se consagra a partir da formulação das constituições liberais, nas quais o princípio da igualdade jurídica asseguraria aos cidadãos que “a lei é igual para todos” e que não seriam permitidos privilégios em razão das qualidades ou atributos pessoais de cada um.⁹⁷

Assim, tal concepção formal de igualdade estaria limitada à noção de igualdade perante a lei, na qual a principal preocupação do Estado estaria voltada a garantir em seus comandos legais o tratamento igualitário entre os cidadãos. A esse respeito, Sousa leciona que:

“Sob sua vertente formal, o princípio da igualdade serve, portanto, à repressão de atos impróprios, mas **não chega a inspirar ações a serem tomadas para aplacar disparidades sociais**. Nesse sentido é que se diz que se trata de um **princípio negativo**. Ele desqualifica o tratamento desigual pela lei, mas **não propugna pela adoção de determinados comportamentos concretos, materiais, úteis para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direito.**”⁹⁸ (grifo nosso)

Observando tais argumentos, percebe-se nitidamente que a igualdade formal pode ser entendida como aquela que está no papel, no texto da lei. No entanto, a maior crítica que essa modalidade de igualdade recebe é justamente a de que ela não possui a efetividade para combater ou amenizar as desigualdades encontradas na sociedade, o que acaba por torná-las permanentes.

Nesse sentido, Sousa indica que as cartas constitucionais dos países democráticos (em que se inclui o Brasil), têm como objetivo do Estado a persecução concreta e eficaz da igualdade, o que leva a atuação estatal muito além do que a de somente declarar a igualdade em seus textos.⁹⁹

Na Constituição Brasileira, pode-se observar que houve a instituição efetiva da persecução da igualdade por parte do Estado quando estabeleceu-se, em seu artigo 3º, inciso

⁹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008. p. 84.

⁹⁷ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 66.

⁹⁸ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 67.

⁹⁹ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 65.

IV, o veto expresso a toda e qualquer forma de discriminação, cujo objetivo seria o de “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁰⁰

Dessa maneira, Sousa conclui que o princípio da igualdade presente na Constituição “[...] informa o sistema para a busca da igualdade material, ou seja, da promoção da isonomia no contexto da diferença, indo muito além da mera proibição da discriminação [...]”.¹⁰¹

Rothenburg já traz a distinção da igualdade formal e da igualdade material sob o aspecto da teoria e da prática, no qual o autor considera que a igualdade formal será sinônima da igualdade de direito e a igualdade material será o mesmo que a igualdade de fato.¹⁰² Dessa maneira, Rothenburg elucida que a primeira se refere a uma “[...] enunciação abstrata ou meramente textual” e a segunda corresponde à “[...] realização efetiva da igualdade, em concreto”, apresentando uma distância entre aquilo que é esperado (no plano normativo) e o que, de fato, acontece (no plano da realidade).

Apesar de tais considerações, Rothenburg constata que tanto a igualdade formal quanto a material possuem um aspecto abstrato, tendo em vista que toda norma jurídica se origina do texto da lei. Dessa maneira, se a norma já se encontra presente na legislação, tal fato é o primeiro passo para que se dê “[...] a implementação efetiva do Direito”. A esse respeito, o autor leciona que:

“Desdobramentos jurídico-normativos mais específicos do princípio da igualdade – quando se promovem distinções com o intuito de se chegar a uma igualdade real – não deixam de ser, para o Direito, consagrações textuais, simbólicas, em alguma medida. Sendo assim, **pode-se afirmar que tanto a igualdade formal quanto a material correspondem à igualdade de direito.**”¹⁰³ (grifo nosso)

Concluindo tal entendimento, o referido autor elucida que a igualdade de fato (material) se encontra no plano da efetividade, atuando como um “teste de verificação” da norma jurídica, sendo, contudo, “exterior e relativamente distinta” a ela e assumindo também a figura de um eventual resultado da igualdade formal.

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹⁰¹ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 71.

¹⁰² ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008. p. 84-85.

¹⁰³ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008. p. 85.

J.J. Gomes Canotilho, ao examinar o tema da igualdade presente na Constituição da República Portuguesa de 1976, fez importante observação sobre o tema quando alegou categoricamente que a igualdade perante a lei (igualdade formal) não versa somente a aplicação igualitária da lei, indo além disso, ao assegurar: i) a criação de direitos iguais aos cidadãos, ii) a exigência por lei da igualdade material e, finalmente, iii) a “[...] igualdade justa pela proibição do arbítrio com inclusão de juízo de valor”. Dessa maneira, o autor esclarece que a igualdade formal tem forte identificação com a igualdade material (igualdade na lei), ao contrário do que argumentam diversos outros estudiosos do tema.¹⁰⁴

Ao analisar o contexto atual, Paulo Bonavides argumenta que a igualdade que se pode observar na nova forma de Estado que vivenciamos hoje em dia é a igualdade material, a qual ocupou o espaço de igualdade que anteriormente era da “[...] igualdade jurídica do liberalismo”. Assim, depreende-se que o objetivo da sociedade contemporânea é o de atingir a igualdade fática, material, proporcionando a efetividade da igualdade entre os cidadãos. Bonavides afirma que “De todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo [...] o direito-chave do Estado Social”.¹⁰⁵

Sobre a nítida diferença estabelecida entre o conceito de igualdade verificado a partir das primeiras constituições ocidentais e a concepção de igualdade que observamos atualmente, Daniel Sarmiento dispõe que atualmente há, de fato, a necessidade de uma atuação concreta do Estado através de políticas públicas para beneficiar os grupos desfavorecidos, argumento que demonstra-se estritamente relacionado ao estudo das ações afirmativas. Senão vejamos:

“A nova concepção de igualdade acalentada pelas constituições sociais é mais concreta. O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercer as suas liberdades fundamentais. **Parte-se da premissa que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos.**”¹⁰⁶
(grifo nosso)

Corroborando com tal entendimento, Silva ressalta a importância da realização de uma clara distinção entre “[...] o princípio da isonomia formal e material” no âmbito de

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 563-565.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 384-385.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144.

aplicação das ações afirmativas, tendo em vista que tais medidas possuem o objetivo específico de buscar “ [...] revigorar o princípio da igualdade a partir de sua ótica material, da efetiva igualdade entre todos”.¹⁰⁷

Diante da diferenciação das acepções que o termo igualdade assume, percebe-se nitidamente a importância de tais distinções no estudo das ações afirmativas, ao traçar-se um paralelo entre o tema e tais ações a fim de verificar se a igualdade seria, de fato, um de seus objetivos e quiçá uma de suas consequências, quando bem sucedida. Assim, não há dúvidas de que a presente pesquisa a respeito da igualdade será de grande valia quando adentrarmos o mérito das próprias medidas afirmativas, ao ter fornecido as bases conceituais necessárias para que se chegue a uma conclusão lógica e fundamentada a respeito da justificativa da aplicabilidade de tais programas afirmativos.

Analisar-se-á a seguir a presença do conceito de igualdade positivado na Constituição Brasileira de 1988, bem como a abordagem e o tratamento que são dados a esse valor no contexto jurídico atual brasileiro.

2.3 A Igualdade na Constituição Brasileira de 1988

Inicialmente, é imperativo observar que a igualdade é um valor de reconhecida importância nas Constituições Brasileiras desde a época do Império, tendo em vista que todas traziam em seus textos o princípio da igualdade. Guedes defende que, nessas antigas constituições, tal princípio aparecia na forma de “igualdade perante a lei”, incentivando que a lei tratasse a todos de forma igual, sem considerar as diferenças de grupos ou indivíduos. Ao abordar sobre a Constituição de 1988, Guedes já indica que o objetivo de tal Carta Magna era o de buscar “[...] aproximar a igualdade formal da igualdade material, pois não se limitou a mencionar a igualdade perante a lei [...] bem como vedou qualquer tipo de distinção e discriminação”.¹⁰⁸

Sarmiento reitera tal posicionamento ao argumentar que a Constituição de 88 possui um claro “[...] compromisso profundo e visceral com a igualdade”, tendo em vista que os seus constituintes procuraram estabelecer pilares mais justos e éticos para a convivência

¹⁰⁷ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 32.

¹⁰⁸ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-90.

social no Brasil, adotando como fundamentos essenciais constitucionais o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.¹⁰⁹

É importante adicionar que Paulo Bonavides considera a Constituição de 1988 como uma “Constituição do Estado Social” em muitos de seus aspectos essenciais. Corroborando com a visão dos autores supramencionados, Bonavides argumenta que não seria possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro (presente na Carta de 1988) se desconsiderássemos a importância da teoria dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade.¹¹⁰

Assim, o autor ainda ressalta que a atual Constituição Brasileira estabelece certos objetivos fundamentais para o Estado, tais como: i) o desenvolvimento nacional; ii) a erradicação da pobreza e da marginalização e iii) a redução das desigualdades sociais e regionais, salientando, ainda, que a partir de 88, a igualdade se converteu no mais alto valor de todo o nosso sistema constitucional.¹¹¹

Ainda nesse sentido, Sarlet reitera que a igualdade em nossa Constituição se apresenta tanto como “[...] princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito”, quanto uma “[...] norma impositiva de tarefas para o Estado”.¹¹²

Observados tais posicionamentos uníssonos a respeito da importância da igualdade em nossa Constituição atual, cumpre identificar como tal tema está positivado nos principais preceitos dessa Carta Magna, o que corrobora com a visão de que tal valor pode, de fato, ser considerado como um de seus objetivos fundamentais, conforme tudo o que foi exposto anteriormente. Dessa forma, será possível confirmar que as normas fundamentais e pilares de nosso ordenamento jurídico preceituam a igualdade como uma das metas principais a ser atingidas por nosso governo e pela sociedade brasileira.

Primeiramente, Guedes salienta que a ideia de igualdade está incluída no preâmbulo da Constituição de 88, o qual consagra os valores específicos que guiarão todas as outras

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 141.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 382.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 382-383.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 542.

normas elaboradas pelos constituintes. Assim, visualiza-se que a igualdade foi consagrada como “[...] um dos direitos individuais assegurado pelo Estado Democrático de Direito”.¹¹³

O referido preâmbulo afirma o seguinte:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício** dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”¹¹⁴ (grifo nosso)

Nelson Nery Costa entende que o preâmbulo de uma Constituição tem o caráter de uma verdadeira “[...] declaração de intenções, que estabelece as premissas pela qual o texto constitucional foi elaborado, dele fazendo parte.” Assim, apesar de se tratar de uma “[...] fórmula com acentos líricos”, o referido preâmbulo destacou a igualdade como uma das bases democráticas de seu Estado, com o fito de atingir uma “[...] sociedade pluralista e sem preconceitos”.¹¹⁵

Tal meta presente no preâmbulo pode ser novamente observada no artigo 3º da Constituição de 88, o qual versa sobre os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”. Eis o teor do referido artigo:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, sexo, **cor**, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**.”¹¹⁶ (grifo nosso)

A respeito do conteúdo do referido artigo, Sarmiento argumenta que, diante dos objetivos referidos em tal artigo, é inevitável a constatação de que a igualdade presente na Lei Maior é substancial, tendo em vista que “[...] o constituinte empregou verbos de ação ao

¹¹³ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101.

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹¹⁵ COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 01.

¹¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. (grifo nosso)

tratar da igualdade, porque partiu da inobjetável premissa de que a igualdade no Brasil não é um dado de realidade, mas algo que deve ser construído”.¹¹⁷

Além disso, Sarmiento frisou que a Constituição Brasileira reconhece profundamente a desigualdade e assimetria que assolam a população deste país, sendo imperioso combater tal mal “[...] através de ações positivas por parte do Estado e da sociedade”.¹¹⁸

Em que pese a igualdade seja facilmente observada como um dos objetivos principais do Estado nos preceitos demonstrados acima, verifica-se o inegável destaque que o legislador quis fornecer ao princípio da igualdade quando retratou tal valor no *caput* do artigo 5º da Constituição, norma que se refere expressamente aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, de acordo com Sell.¹¹⁹

O *caput* do artigo 5º, CF, assim preceitua:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito** à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”¹²⁰ (grifo nosso)

É evidente que o artigo acima reiterou a importância do valor de igualdade aos brasileiros e estrangeiros que residem neste país, defendendo Nelson Nery Costa que “[...] a igualdade perante a lei, sem qualquer distinção” foi reafirmada, o que não enseja a redundância do artigo supramencionado. Desta feita, Costa aponta que a partir da leitura desse artigo, fica claro que o princípio da igualdade é o “[...] primeiro dentre todos, para que os cidadãos possam efetivar sua cidadania”.¹²¹

Além disso, Costa ressalta que a igualdade a que se refere este artigo é vista como a igualdade formal. No entanto, se for interpretada em conjunto com outras normas e

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 142.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 142.

¹¹⁹ SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002. p. 41.

¹²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹²¹ COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 14.

princípios constitucionais, tem ela a dimensão suficiente para se referir à “igualdade de oportunidade”.¹²²

O inciso XLII do referido artigo também demonstra o reconhecimento pelo constituinte do repúdio ao preconceito de origem, raça ou cor no Brasil, quando aduz que: “XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.¹²³ Guedes relata que tal inciso refere-se principalmente à discriminação sofrida pelos negros, visto que tais cidadãos “[...] experimentam discriminação nas mais variadas situações e até mesmo na relação com órgãos públicos [...]”.¹²⁴

Analisados tais artigos e verificada a sua estrita relação com a igualdade, deve-se reconhecer que tais artigos demonstram expressamente que o constituinte brasileiro, além de reconhecer a flagrante desigualdade presente em nosso país, fez questão de elencar como um dos objetivos fundamentais do Estado a persecução eficaz da igualdade (a qual, conforme visto anteriormente, pode ser denominada de igualdade material).

Assim, cumpre destacar o que sabiamente asseverou Paulo Bonavides a respeito da função do Estado Social (categoria na qual ele enquadra o Estado Brasileiro):

“O Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga-se o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.”¹²⁵

Tendo em vista que a ideia de isonomia é frequentemente associada ao conceito de igualdade, a referida distinção será feita no tópico seguinte, a fim de melhor esclarecer a respeito da outra nuance que pode assumir o valor da igualdade, a qual também podemos verificar nos estudos de diversos autores a respeito da ideia de igualdade presente na Constituição.

¹²² COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 14.

¹²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹²⁴ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 386.

2.3.1 Igualdade e Isonomia

É importante observar que o conceito de igualdade é frequentemente utilizado como sinônimo do termo de isonomia. Por sua vez, o conceito de isonomia é geralmente entendido como “[...] tratar de modo igual os iguais e desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade”, famoso pensamento atribuído a Aristóteles.¹²⁶

Roger Raupp Rios também indica que “O raciocínio jurídico, ao defrontar-se com a interpretação do princípio constitucional da igualdade, parte sempre da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção de sua desigualdade”.¹²⁷

No entanto, Iêdo Batista Neves, em seu detalhado dicionário de Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos, define a isonomia como: “Diz-se do estado de igualdade civil e política dos cidadãos; diz-se, assim, da igualdade de todos perante a lei”.¹²⁸

Dessa maneira, percebe-se que o conceito de isonomia pode ser utilizado como sinônimo da igualdade formal, não se aplicando nos casos em que se tem a intenção de tratar da igualdade material ou substancial, sendo aquele termo somente um complemento inicial desse, em consonância com tudo o que já foi demonstrado até o presente tópico.

Por fim, no que diz respeito à profunda ligação entre o conceito de igualdade e as ações afirmativas, além de corroborar com o entendimento de que a isonomia adquire o mesmo sentido da igualdade formal, Daniel Sarmento firma o posicionamento de que “[...] a afirmação concreta dos direitos dos afrodescendentes no Brasil precisa transcender a isonomia meramente formal, para buscar a inclusão efetiva dos negros na sociedade, em igualdade de condições com os brancos”.¹²⁹

Assim, compreendidos todos esses detalhes a respeito do conceito de igualdade, pode-se finalmente passar à análise das ações afirmativas aplicadas no Brasil, especialmente

¹²⁶ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 35.

¹²⁷ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

¹²⁸ NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fase, 1991.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 146-147.

quanto às ações afirmativas raciais e sociais implementadas favorecendo o ingresso de estudantes na Universidade de Brasília e também no que se refere à aplicação de tais medidas (raciais) no âmbito dos Concursos Públicos, ambos os casos incentivados por lei.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

O foco principal deste trabalho está inserido neste capítulo, tendo em vista que todo o estudo realizado até o presente momento tem por objetivo analisar o que são as ações afirmativas no Brasil, quais são os seus objetivos, as suas justificativas e o que elas vêm conseguindo alcançar em nosso Estado, seja com resultados positivos, seja com consequências negativas.

Tal análise será útil para esclarecer recorrentes dúvidas de quaisquer interessados sobre a implementação de tais medidas nas universidades e nos concursos públicos brasileiros e, ainda, se tais cotas estão ou não seguindo com as suas metas iniciais e atingindo os resultados pretendidos na diminuição da desigualdade social e racial vivenciadas na sociedade brasileira.

Além disso, após a análise de tais dados, verificar-se-á se a manutenção de referidas ações ainda se mostra necessária, bem como qual será a sua adequada duração e quais as consequências esperadas a partir dessas medidas no futuro.

3.1 Conceito e Objetivos das Ações Afirmativas Implementadas no Brasil

Conforme o que foi exposto anteriormente, pôde-se observar que as ações afirmativas foram originadas como um meio de resposta do Estado norte-americano aos diversos manifestos que tomaram lugar nos Estados Unidos, protestos os quais foram inegavelmente oriundos das situações degradantes nas quais estavam enquadrados os negros daquele país. Apesar de Kaufmann ter atribuído a criação dessas medidas como uma solução para evitar conflitos civis no país norte-americano, é indubitável a situação de submissão e humilhação que a população negra vivenciou ao ser trazida aos Estados Unidos e também a diversos países do continente americano para trabalhar como escrava, sem poder sequer contestar.¹³⁰

Da mesma maneira que tal situação não é novidade nos Estados Unidos, tampouco pode ser assim considerada em solo brasileiro, tendo em vista que a população negra de ambos os países vivenciou de maneira indelével a escravidão, o preconceito e a considerável

¹³⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 206.

inferioridade diante da população branca. Feitas essas observações, é possível seguirmos à análise específica de como a implementação das medidas afirmativas se deu em terras brasileiras.

Primeiramente, é imprescindível definir o conceito e os objetivos das ações afirmativas no Brasil, para que se possa, adiante, conferir se elas efetivamente proporcionam as metas a que se propuseram, de acordo com o que argumentam os estudiosos sobre tal tema. Além disso, poder-se-á observar também se tais medidas podem ser consideradas justas, à luz do entendimento de John Rawls, devidamente esclarecido no primeiro capítulo deste trabalho.

Cumprido ressaltar que tal matéria é bastante polêmica, o que indica que há vários posicionamentos distintos sobre seu conceito, suas finalidades e seus fundamentos. Algumas versões mais pacificadas serão elencadas a seguir, para que se forneça uma visão ampla e ao mesmo tempo agregadora sobre tais medidas.

Ao realizarmos uma análise histórica sobre como se deu a origem das ações afirmativas no Brasil, é possível perceber que o fortalecimento argumentativo para a implementação de tais medidas se deu através de dois marcos específicos, como bem pontua Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, a qual indica que as ações afirmativas brasileiras adquiriram evidência para entrar na pauta do governo e de certas universidades a partir dos seguintes episódios: i) do reconhecimento oficial por parte de um Presidente da República (qual seja, Fernando Henrique Cardoso) que o racismo e o preconceito permeavam as relações sociais no Brasil, na década de 90, e ii) a ocorrência da Conferência de Durban no ano de 2001, a qual intensificou o debate sobre o tema ao “[...] descortinar a existência e as consequências do racismo entre os brasileiros”.¹³¹

Corroborando com tal visão, Luciana Jaccoud salientou a importância dos mesmos momentos históricos supramencionados, reiterando que as ações afirmativas entraram, de fato, no “debate político brasileiro” somente na década de 1990, muito depois do que foi verificado em terras norte-americanas. A respeito de uma possível justificativa sobre o surgimento de tais medidas em nosso país, Jaccoud argumentou que as propostas referentes

¹³¹ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Brasília: Dédalo, 2008. p. 177.

a essas ações assentaram-se em “[...] uma crítica ao ideal da igualdade de direitos (formal) como instrumento eficaz para a promoção da igualdade”.¹³²

Dessa maneira, evidencia-se que Jaccoud considera a igualdade material como uma das metas principais das ações afirmativas brasileiras. Tal constatação pode ser verificada quando a referida autora alude que:

“[...] as políticas de ação afirmativa ancoram-se em uma crítica ao princípio de igualdade formal perante a lei e organizam-se em torno de uma demanda concreta de igualdade – a igualdade de oportunidade. As ações afirmativas visam, com efeito, restituir a igualdade de oportunidades entre os diferentes grupos raciais, promovendo um tratamento diferenciado e preferencial àqueles historicamente marginalizados.”¹³³

Além de considerar a igualdade material como um dos objetivos fundamentais das ações afirmativas, Jaccoud defende que seria somente com a aplicação de tais políticas que se estaria “[...] tratando os desiguais de forma desigual com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades hoje negada aos grupos racialmente discriminados”. Nessa linha, a referida autora esclarece que as políticas de ação afirmativa, com efeito, seriam aquelas que tivessem a meta de beneficiar os indivíduos pertencentes a essas minorias com os seguintes posicionamentos: i) aumentando a qualificação dessas pessoas; ii) melhorando o seu acesso ao mercado de trabalho; iii) apoiando as suas empresas ou outras que promovam ou incentivem a diversidade e iv) garantindo a participação desses cidadãos nos meios de comunicação.¹³⁴

Ao conceituar tais medidas, João Paulo de Faria Santos já traz uma definição mais concisa dessas ações (especificamente no âmbito das cotas raciais), afirmando que elas se referem a uma “[...] espécie de tratamento discriminatório de acordo com o ordenamento jurídico, fazendo que o **direito seja garantia de tratamento mais equânime** no presente como **compensação à discriminação sofrida no passado**”.¹³⁵

Para Sandro Cesar Sell, as ações afirmativas constituem uma série de medidas político-jurídicas com o fim de corrigir “[...] uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais”, o que geraria uma sociedade mais justa. A partir dessa conceituação,

¹³² JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 45.

¹³³ JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 45.

¹³⁴ JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 47-48.

¹³⁵ SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 45. (grifo nosso)

Sell se mostra a favor da implementação de tais medidas, ao indicar como justificativas para a sua aplicação as seguintes ideias: i) as ações afirmativas gerariam modelos positivos a ser seguidos pelos outros cidadãos negros (gerariam exemplos de conduta); ii) tais ações gerariam um “resgate da identidade negra”, ao reafirmar o valor de sua raça; iii) profissionais negros atenderão melhor a população negra; iv) a eficácia de tais ações não pode ser totalmente substituída por medidas destinadas aos mais pobres e, finalmente, v) o objetivo principal das ações afirmativas seria de diminuir e não de aumentar a relevância da raça na vida em sociedade (referidas medidas inspiram-se na igualdade e também no respeito à diferença).¹³⁶

Igualmente relevante é a definição de ações afirmativas fornecida por Sales Augusto dos Santos, inserida no contexto do Governo Fernando Henrique Cardoso, traçada pelo Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a Valorização da Cultura Negra, que definia o conceito de ações afirmativas como:

“**Medidas especiais e temporárias**, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o **objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento**, bem como de **compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização**, decorrente de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado.”¹³⁷ (grifo nosso)

A respeito da especificidade de tais ações, Brito Filho ressalta, ainda, que “[...] as medidas de ação afirmativa não são ações isoladas, ou que se justificam por si, mas devem, observadas exigências próprias, **contribuir para uma distribuição mais igualitária dos bens existentes**, bem como possibilitar a utilização mais igualitária desses bens”, o que revela a sua preferência pela adoção do caráter distributivo de justiça como fundamento das ações afirmativas.¹³⁸

No entendimento de Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas como as políticas públicas cujo foco será a “[...] concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física”. Dessa maneira, para o autor a igualdade deveria

¹³⁶ SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002. p. 28-32.

¹³⁷ SANTOS, Sales Augusto dos. Ação Afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 96.

¹³⁸ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 09. (grifo nosso)

deixar de ser simplesmente um princípio jurídico para assumir o papel de “[...] objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”.¹³⁹

Assim, Gomes também defende que além do nítido objetivo da efetivação da igualdade de oportunidades, outros inegáveis objetivos dessas medidas afirmativas seriam as transformações de cunho cultural, além da pedagógica e da psicológica. Mudanças as quais seriam capazes de extinguir do pensamento coletivo a ideia da existência de uma supremacia, hierarquia e/ou subordinação racial. Mister ressaltar que Gomes incluiu dentre os objetivos das políticas afirmativas “[...] a implantação de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários, nos mais diversos domínios de atividade pública e privada”.¹⁴⁰

Fortalecendo o argumento dos autores supramencionados, Santos explicita que a meta principal da ação afirmativa brasileira seria fornecer um tratamento preferencial àquelas pessoas que foram marginalizadas historicamente, para que fosse concebível proporcionar-lhes “[...] condições equidistantes aos privilegiados da exclusão”. Além disso, o autor esclarece que tal medida não deve ser considerada como redistribuição, e sim como uma medida de justiça, visto que ela não busca somente uma “[...] diminuição de carência econômica” e sim corrigir injustas situações históricas que “[...] menosprezaram a identidade desses grupos discriminados”.¹⁴¹

O que não deve ensejar dúvidas é que o “tratamento preferencial” direcionado aos negros nessas medidas afirmativas reserva, com efeito, uma característica fundamental, qual seja: a que elas materializam “[...] um posicionamento efetivo e positivo do Estado, uma noção intervencionista do Estado e do direito como instrumento de transformação social”, conforme defendido por Santos.¹⁴²

Airton José Cecchin bem pontua que as ações positivas governamentais exigem “[...] uma atuação efetiva do Estado, com o **intuito de se promover a igualdade material**

¹³⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ações afirmativas: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Iolanda de. (Org.). *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002. p. 128-129.

¹⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ações afirmativas: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Iolanda de. (Org.). *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002. p. 133-134.

¹⁴¹ SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial*. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005. p. 46.

¹⁴² SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial*. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005. p. 46.

como resgate da dignidade humana”¹⁴³, princípio norteador da Constituição Brasileira de 1988.

É importante indicar o valioso argumento de Cecchin no que diz respeito aos inegáveis fundamentos de justiça que possuem as ações afirmativas, quanto à discussão se tais medidas caracterizam um modo de justiça distributiva e/ou reparatória (ou compensatória). Recapitulando o que foi exposto anteriormente, a justiça reparatória busca os seus fundamentos no que ocorreu no passado com os indivíduos negros, na medida em que a justiça distributiva fundamenta a aplicação de tais medidas em injustiças presentes vivenciadas por essa parcela da sociedade, utilizando-se de critérios objetivos como raça, sexo e cor.¹⁴⁴

Ao analisarmos os conceitos e objetivos das ações afirmativas brasileiras elencados acima, podemos verificar que os autores que os formularam pautaram seus fundamentos tanto no critério de justiça compensatória quanto no critério de justiça distributiva. A esse respeito, Cecchin argumenta que independentemente do critério adotado para justificar a aplicação de tais ações, o alicerce primordial e essencial dessas medidas é a igualdade material. O referido autor assim explica:

“Pelas injustiças do passado ou pelas **injustiças do presente, o importante é coibir toda e qualquer forma de discriminação, elevando todos os povos e raças ao mesmo patamar civilizatório, com oportunidades e vantagens igualmente concedidas**, sem que a distinção natural possa interferir nos critérios de evolução e aprimoramento pessoal. **A dignidade humana se baliza pela igualdade material de direitos**, sendo reprováveis condutas discriminatórias como forma de manutenção do poder.”¹⁴⁵ (grifo nosso)

Há ainda autores que adotam os dois critérios conjuntamente. Nessa linha, Silva esclarece que as ações afirmativas possuem um **caráter reparatório**, cujo objetivo será o de corrigir as injustiças cometidas em tempos pretéritos e um **caráter distributivo**, o qual visa melhor fornecer a igualdade de oportunidades.¹⁴⁶

É evidente que a adoção das políticas de cotas pelo Estado iria trazer muitas críticas à tona, parcialmente ou integralmente contrárias à aplicação de tais medidas. Luciana Jaccoud, exímia defensora das cotas raciais, elencou as **quatro principais críticas** que uma

¹⁴³ CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, Umuarama, v.9, n.2, p. 325-354, jul./dez. 2006. p. 331. (grifo nosso)

¹⁴⁴ CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, Umuarama, v. 9, n. 2, p. 325-354, jul./dez. 2006. p. 337-338.

¹⁴⁵ CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, Umuarama, v. 9, n. 2, p. 325-354, jul./dez. 2006. p. 339.

¹⁴⁶ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 59.

significativa parcela da população efetua sobre tais medidas, apontando a autora que tais indivíduos argumentam: i) que as ações afirmativas ferem o princípio da isonomia (que pede igual tratamento a todos os cidadãos); ii) que tais medidas passam por cima do mérito (e as sociedades atuais “[...] não podem abrir mão da excelência”); iii) que o verdadeiro problema é a pobreza da população marginalizada, o que deve gerar políticas voltadas aos menos favorecidos economicamente e iv) que a miscigenação que permeia o país não possibilita definir exatamente quem é negro no Brasil (o que prejudica critérios de inclusão nesses grupos favorecidos com tais políticas).¹⁴⁷

Ainda a respeito das críticas feitas a essas ações, Jaccoud afirma que aqueles que geralmente se opõem a essas políticas, não acreditam que a existência de desigualdades sociais entre negros e brancos pode ser creditada ao racismo e/ou à discriminação racial, o que conseqüentemente, gera o descrédito dessas pessoas nas medidas afirmativas como políticas adequadas para combater tal desigualdade entre as raças mencionadas.¹⁴⁸

Entretanto, muitos trabalhos estão sendo realizados e instituições estão se engajando para rebater categoricamente essas críticas e demonstrar a real necessidade dessas medidas no Brasil. Hélio Santos responde às críticas elencadas por Jaccoud e defende o seguinte: i) Não será possível combater a enorme diferença entre negros e brancos com a adoção de “políticas universalistas”. Somente tratando diferentemente os desiguais é que será possível gerar uma maior igualdade entre referidos grupos; ii) É imperioso aumentar as oportunidades e a qualificação da população negra, pois tal fato gerará a inclusão desse setor na sociedade e fornecerá excelência ao Brasil; iii) A política específica favorável aos negros deve existir independentemente da política de cotas sociais (ou de “combate à pobreza”), em razão do alto índice de “[...] marginalização e baixa auto-estima dessa população” e iv) Tais medidas devem beneficiar negros e pardos, visto que os dados socioeconômicos estudados por ele indicam que ambos sofrem dificuldades econômicas e sociais.¹⁴⁹

Verificados tais pontos, é imperioso adicionar que, embora as ações afirmativas sejam de extrema necessidade para mitigar as desigualdades raciais e sociais observadas em nosso país, Jaccoud assevera que tais medidas afirmativas “[...] não esgotam as iniciativas

¹⁴⁷ JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 48.

¹⁴⁸ JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 48.

¹⁴⁹ SANTOS, Hélio. Ações afirmativas para a valorização da população negra. In: Sardemberg e Santos. *Parcerias estratégicas*. Brasília: CGEE, v. 1, n. 4, dez. 1997. p. 43-44.

necessárias à promoção de maior igualdade racial no país. Mas elas seriam imprescindíveis para alcançar objetivos que não poderiam ser alcançados por medidas repressivas de combate à discriminação [...]”.¹⁵⁰

Kabengele Munanga, notável estudioso do tema e defensor das ações afirmativas, também corrobora com o posicionamento de Jaccoud, ao assim afirmar:

“Finalmente, a questão fundamental que se coloca não é a cota, mas sim o ingresso e a permanência dos negros nas universidades públicas. A cota é apenas o instrumento e uma medida emergencial, enquanto buscam-se outros caminhos. Se o Brasil, na sua genialidade racista, encontrar alternativas que não passam pelas cotas, para não cometer injustiças contra brancos pobres – o que é crítica sensata – ótimo! Mas, dizer simplesmente que implantar cotas é uma injustiça, sem propor outras alternativas a curto, médio e longo prazos, é uma maneira de fugir de uma questão vital para mais de 70 milhões de brasileiros de ascendência africana e para o próprio futuro do Brasil.”¹⁵¹

Por fim, é possível observar nitidamente que os estudiosos supramencionados se posicionam **a favor das ações afirmativas**, argumentando eles que seria através dessas políticas públicas que o Estado combateria de maneira efetiva o racismo presente na sociedade (tanto os seus resquícios históricos, como sua presença atual e sua possibilidade futura) e planejaria disseminar a igualdade concretamente no que tange à educação e ao mercado de trabalho, bens os quais os autores consideram como fundamentais em uma democracia contemporânea. Somente com a efetivação dessa igualdade de oportunidades é que seria possível diminuir e quem sabe até mesmo suprimir as distorções sociais e econômicas construídas ao longo da história.

3.2 Alguns Programas de Ações Afirmativas Aplicados Atualmente no Brasil: A Igualdade no caso dos Deficientes Físicos e das Mulheres

Uma das notícias que mais tem afetado a sociedade nos últimos tempos, com o condão de gerar amplas discussões e posicionamentos totalmente díspares, se refere à aplicação do sistema de cotas raciais em diversas universidades federais e, em momentos mais recentes, também na polêmica seara dos concursos públicos, especificamente na área que visa o preenchimento de cargos da Administração Pública Federal, autarquias,

¹⁵⁰ JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 52.

¹⁵¹ MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa das cotas. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003. p. 127.

fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, nos moldes das leis federais que regulam cada setor.

No entanto, não são somente as searas racial e social as quais são contempladas com essas medidas afirmativas, tendo-se em vista que muito antes de sua discussão e aplicação, foram elaborados e garantidos direitos específicos a outras minorias, conforme se demonstrará a seguir.

Nesse diapasão, pode-se dizer que antes mesmo do Estado brasileiro discutir sobre as cotas raciais e sociais no âmbito das universidades e dos concursos públicos, já existiam outras minorias protegidas por lei a partir da Constituição Federal de 1988, a qual tinha por objetivo disseminar a ideia de igualdade material às categorias dos deficientes físicos e das mulheres.¹⁵²

A proteção aos deficientes físicos foi instituída pelo artigo 37, VIII, CF, o qual garantiu a reserva de um determinado percentual de vagas a esses indivíduos nos concursos públicos. Desta feita, foi notória a preocupação do legislador em concretizar o conceito de igualdade material a esses cidadãos. Eis o teor do referido artigo:

“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: [...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”¹⁵³

Além disso, outras leis específicas (como a Lei nº 9.213/91 e a Lei nº 8.666/93) também garantiram aos deficientes físicos os seguintes direitos, respectivamente: i) a primeira estabeleceu um percentual mínimo de contratação de deficientes físicos nas empresas de iniciativa privada, e ii) através da segunda foi aceita a possibilidade de contratação de deficientes pela Administração Pública mediante a dispensa de licitação.

A Constituição de 1988 também assumiu importante papel na garantia da igualdade material das mulheres em face dos homens. Através das Leis nº 9.100/95 e 9.504/97, ficaram estabelecidas cotas mínimas de participação feminina nos partidos políticos. Além disso, também há instituída no artigo 5º, XX, CF, a proteção ao mercado de trabalho das mulheres.

¹⁵² SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 117-121.

¹⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

Sobre a importância das referidas ações favoráveis às mulheres, Gomes defende que:

“As Leis nº 9.100/1995 e 9.504/1997 tiveram a virtude de lançar o debate em torno das ações afirmativas e, sobretudo, de tornar evidente a necessidade premente de se implementar de maneira efetiva a isonomia em matéria de gênero em nosso país. As cotas de candidaturas femininas constituem apenas o primeiro passo nesse sentido. Se é certo que é preciso tempo para se fazer avaliações mais seguras acerca da sua eficácia como medida de transformação social, não há dúvida de que já se anunciam alguns resultados alvissareiros, como o incremento significativo, em termos globais, da participação feminina nas instâncias de poder.”¹⁵⁴

Observada a relevância de tais ações afirmativas, insta ressaltar que neste trabalho, priorizar-se-á a análise das categorias raciais e sociais, tendo em vista a sua considerável importância atual no âmbito das universidades públicas brasileiras e a polêmica gerada a partir da aplicação dessas cotas raciais também na seara dos concursos públicos. Tal análise será feita detalhadamente no próximo tópico.

3.2.1 A Igualdade de Etnias: Cotas nas Universidades e nos Concursos Públicos

Historicamente, analisa-se que foi a partir da Constituição de 1988 que as lutas, os debates, a organização e o movimento dos negros pelo fim das discriminações vividas ganharam mais força. Assim, o Poder Público se viu em uma situação na qual estava pressionado a tomar alguma atitude efetiva em favor da população negra brasileira.

Pode-se até mesmo traçar uma linha temporal das conquistas obtidas pelos negros no que concerne à aplicação de medidas de valorização e promoção da população de raça negra, de acordo com Sousa: i) em 1995, houve a criação do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, com o objetivo de desenvolver efetivamente tais medidas de valorização da raça negra; ii) em 1996, se deu a criação do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH) que objetivava desenvolver programas afirmativos que permitissem o acesso dos afrodescendentes a cursos profissionalizantes, universidades e áreas tecnológicas; iii) em 2002, houve a criação do Programa Diversidade na Universidade, o qual tinha por fito analisar e posteriormente

¹⁵⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO. *As minorias e o direito*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, 2003. p. 106.

aplicar estratégias de facilitação do acesso às universidades por pessoas que fizessem parte de grupos socialmente prejudicados, como os negros e os índios.¹⁵⁵

Além disso, a partir de 2002 foi possível observar que houve gradativamente a adoção de um sistema de reserva de vagas tendo em vista critérios raciais e/ou sociais por grandes universidades brasileiras, como a UnB (Universidade de Brasília), a UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), a UFPR (Universidade Federal do Paraná) e a Unifesp (Universidade Federal de São Paulo). A UnB será analisada mais detalhadamente a seguir, em razão de sua proximidade geográfica ao local de produção deste trabalho e à relevância de suas medidas em relação a esse tema.

Dessa maneira, é imperioso indicar que ultimamente inúmeras medidas vêm sendo adotadas pelo Estado para garantir à população considerada socialmente e/ou historicamente desfavorecida a efetividade dos meios para que elas atinjam a igualdade de oportunidades. Em 2010, por exemplo, foi sancionado pela atual Presidente da República Dilma Rousseff, o Estatuto da Igualdade Racial (**Lei nº 12.288 de 2010**), o qual passou a preceituar claramente que toda discriminação (seja de gênero ou raça) deve ser combatida, além de fornecer definições específicas dos direitos dos negros, bem como das políticas públicas aplicáveis para favorecê-los, dentre elas as ações afirmativas.

No artigo 1º da Lei nº 12.288 de 2010, é estabelecido o objetivo principal do Estatuto da Igualdade Racial, tornando-se perceptível que um grande avanço foi dado nos últimos anos no que concerne à especificação de tal tema pela legislação brasileira, com o fito de favorecer a população negra. Senão vejamos:

“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.”¹⁵⁶ (grifo nosso)

Outras leis que tiveram grande importância na área das ações afirmativas e foram adotadas recentemente, são as seguintes: i) a **Lei nº 12.711 de 2012**, a qual dispôs sobre a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas de universidades e instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação àqueles alunos que realizaram integralmente os seus

¹⁵⁵ SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 130-133.

¹⁵⁶ BRASIL, *Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 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. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm> Acesso em: 31 out. 2014.

estudos em escolas públicas (as chamadas cotas sociais) e a **Lei nº 12.990 de 2014**, a qual reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas disponíveis em concursos públicos para cargos da administração pública federal, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.¹⁵⁷¹⁵⁸

Insta salientar que através de uma resolução assinada pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, a Lei nº 12.990 de 2014 foi regulamentada recentemente, na data de 18/03/2015, o que acabou por destinar aos negros a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas dos futuros concursos do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Em notícia divulgada pelo site do STF, o ministro Lewandowski ainda afirmou que muito em breve o CNJ irá deliberar sobre o tema, no intuito de estender tal reserva de vagas a todos os concursos do Poder Judiciário.¹⁵⁹

A notícia ressalta o posicionamento do ministro a favor de tais ações como fortalecedoras do princípio da igualdade e, ainda, como uma forma de justiça compensatória a esses cidadãos. Além disso, a notícia demonstra que tal resolução foi estabelecida de acordo com o entendimento do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288 de 2010) e nos moldes do que foi decidido por aquela Corte Superior na ADPF 186, que será analisada posteriormente. Eis um trecho interessante da referida notícia:

“Segundo o ministro Lewandowski, nos dias atuais em que se multiplicam conflitos regionais, étnicos, religiosos e culturais, é importante se resgatar a cordialidade e a fraternidade na sociedade brasileira. O ministro lembrou o historiador Sérgio Buarque de Hollanda e o jurista brasileiro Rui Barbosa, afirmando que **o que o STF faz não é um favor e que uma das maneiras de se fazer cumprir o princípio da igualdade é “promover a integração racial de forma absolutamente completa e de forma que não possa dar margem a dúvidas quaisquer, recuperando uma dívida multissecular com aqueles que foram trazidos à força de outro continente”**.¹⁶⁰ (grifo nosso)

Dessa forma, é possível verificar que a criação das leis supramencionadas gerou (e ainda gera) muita polêmica na sociedade civil a cada nova medida aplicada. A promulgação

¹⁵⁷ BRASIL, *Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm> Acesso em: 30 mar. 2015.

¹⁵⁸ BRASIL, *Lei nº 12.990 de 09 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm> Acesso em: 30 mar. 2015.

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287577>> Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287577>> Acesso em: 20 mar. 2015.

da Lei nº 12.711 de 2012, por exemplo, gerou críticas dos próprios professores da Universidade de Brasília, tendo em vista que estaria diminuindo o percentual de cotas raciais nas universidades para dar espaço privilegiado às cotas sociais, o que poderia ser considerado como um retrocesso, na visão do professor Mauro Rabelo da Universidade de Brasília.¹⁶¹

O referido professor ilustra que a Lei nº 12.711/12 reserva as vagas não preenchidas pelos estudantes pobres e negros (com renda familiar de até 1,5 salário mínimo) para aqueles estudantes brancos de mesma renda, o que violaria, assim, o objetivo de inclusão social dos afrodescendentes. Para o professor Rabelo, essas vagas remanescentes, ainda assim, deveriam ser ocupadas por estudantes negros de escolas públicas, mesmo que a sua renda familiar fosse superior à de 1,5 salário mínimo, para permanecer cumprindo com a sua finalidade de inclusão social.¹⁶²

Tendo em vista as medidas referidas acima, Silva ressalta que já é possível observar a adoção tanto das cotas raciais quanto das sociais no âmbito das universidades públicas brasileiras há certo tempo, sendo elas consideradas como “[...] critérios adotados por essas universidades em função da autonomia universitária”¹⁶³, conforme o preceituado no artigo 207, *caput*, CF/88, o qual aduz que: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.¹⁶⁴

O autor ainda se posiciona contra a proposta de que as cotas raciais sejam substituídas pelas cotas sociais, tendo em vista que as primeiras visam combater uma “[...] distorção histórica em relação aos afrodescendentes” e que a discriminação racial não deve ser confundida com a pobreza. Nessa linha, Silva esclarece que “[...] a cota social, tomada isoladamente, não teria o condão de minimizar esse contexto de desigualdades”.¹⁶⁵

Assim, a conclusão de Silva sobre a aplicação das cotas raciais e sociais é no sentido delas serem aplicadas conjuntamente, a fim de que possam combater

¹⁶¹ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Notícias*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=8620>> Acesso em: 01 nov. 2014.

¹⁶² UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Notícias*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=8620>> Acesso em: 01 nov. 2014.

¹⁶³ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 248.

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹⁶⁵ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 249.

simultaneamente a discriminação e a pobreza. No entanto, a aplicação somente de cotas sociais, apesar de tais medidas também poderem favorecer indivíduos negros, não estará colaborando efetivamente para a extinção do preconceito racial e da discriminação. Silva assim se posiciona a esse respeito:

“O caminho engendrado pelas universidades e Governo, qual seja, a combinação das cotas raciais com as sociais, parece o mais adequado e democrático, pois, simultaneamente, estar-se-á buscando, no meio universitário, uma maior representatividade da parcela negra da população, historicamente submetida a forte exclusão e do jovem oriundo da escola pública, onde a baixa qualidade de ensino é reconhecida. Dito de outra forma, **as cotas raciais e sociais traduzem-se em políticas de combate à discriminação e à pobreza. Juntas somarão forças no enfrentamento das desigualdades que se refletem no ensino superior.**”¹⁶⁶ (grifo nosso)

Percebe-se que o posicionamento adotado por Silva, quando o autor escreveu sua obra (no ano de 2005), parecia o mais correto e eficaz para combater as desigualdades que imperavam no Ensino Superior Brasileiro. No entanto, conforme ficou demonstrado anteriormente no presente trabalho, a conclusão do professor Mauro Rabelo da Universidade de Brasília, quando expôs a sua opinião a respeito da nova divisão percentual de cotas raciais e sociais adotadas naquela Universidade a partir do ano de 2013, foi no sentido de que as cotas raciais possuem uma notável importância, não podendo elas ser preteridas ou diminuídas em face da aplicação das cotas sociais, o que acaba por revelar um problema ainda mais complexo e profundo na aplicação em conjunto das referidas cotas.

Já quando se trata da Lei nº 12.990/14, polêmica ainda maior é envolvida, tendo em vista que, mesmo depois de garantir aos negros um espaço especial nas universidades federais do país, ainda os confere tal benefício na seara dos concursos públicos. De acordo com a visão de grande parte da população, tal medida fere a meritocracia, tendo em vista que privilegia duplamente essa parcela da população.

Na visão de William Douglas, um dos principais autores de livros para concursos públicos no país, as cotas raciais não deveriam ser aplicadas no âmbito dos concursos públicos exatamente pelo fato de ferirem a meritocracia. O autor aduz, nesses termos:

“Não devemos ter cotas raciais nos concursos, como se propõe. Uma coisa é ter cotas nas escolas, nas universidades, nos estágios. Aí sim, pois estamos falando de preparação para a vida e para o mercado. Essas cotas devem ser mantidas, aperfeiçoadas e, com o passar do tempo, obtido seu bom efeito, suprimidas. Mas as cotas nos concursos pervertem o sistema do mérito. Para o direito e oportunidade de estudar, é razoável dar compensações diante de um país e sistema ainda

¹⁶⁶ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 250.

discriminadores, mas não para se alcançar os cargos públicos.”¹⁶⁷

Apesar da visão de renomado autor e de significativa parcela da sociedade, é imperioso destacar que a Lei nº 12.990/14 pode ser considerada como um “[...] avanço significativo na redução das desigualdades” entre negros e brancos, além de complementar a política de ações afirmativas nas universidades públicas federais e cumprir com o que foi estabelecido no Estatuto da Igualdade Racial, consoante posicionamento de Anna Carolina Venturini.¹⁶⁸

Ao posicionar-se favoravelmente em face da aplicação da referida lei, Venturini indica que a justificativa dessa reserva de vagas nos concursos públicos é nítida na exposição de motivos do Projeto de Lei 6.738/2013, indicando que tal medida deve ser aplicada em razão da “[...] necessidade de criação de uma ação afirmativa para solucionar o problema de sub-representação dos negros e pardos no serviço público federal”. Isso porque os dados colhidos indicam uma total disparidade entre o percentual referente à quantidade de cidadãos negros na população do Brasil (51% de negros na população brasileira) e o percentual de negros ou pardos entre os servidores públicos federais (somente 31% de negros como servidores públicos).¹⁶⁹

O objetivo dessa medida seria, portanto, o de igualar ou aproximar o percentual de servidores públicos negros ao percentual da população brasileira negra e parda. Venturini ainda observa que a Lei nº 12.990/14 deve ser considerada como uma “[...] etapa subsequente à adoção de reserva de vagas para estudantes negros e pardos nas universidades públicas brasileiras”¹⁷⁰ e ressalta que tal medida é compatível e cumpre com o que aduz o artigo 39 do Estatuto de Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10). O referido artigo aduz o seguinte:

“Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante **a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas**

¹⁶⁷ DOUGLAS, William. *Cotas raciais nos concursos: o exagero só atrapalha*. 2011. Disponível em: <<http://www.williamdouglas.com.br/conteudo04.php?id=931>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

¹⁶⁸ VENTURINI, Anna Carolina. *A Lei 12.990 e a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/anna-venturini-reserva-vagas-cotas-concursos-publicos>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁶⁹ VENTURINI, Anna Carolina. *A Lei 12.990 e a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/anna-venturini-reserva-vagas-cotas-concursos-publicos>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁷⁰ VENTURINI, Anna Carolina. *A Lei 12.990 e a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/anna-venturini-reserva-vagas-cotas-concursos-publicos>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.”¹⁷¹ (grifo nosso)

É importante observar que o programa deverá ser avaliado anualmente pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPIR-PR), além de ser necessária a divulgação de relatórios periódicos, nos moldes do que indica o artigo 59 da Lei nº 12.288/10, possuindo um prazo determinado de dez anos contados a partir da data de sua publicação.

Assim, conclui-se que as cotas raciais no âmbito dos concursos públicos são aceitas e incentivadas pelo próprio Presidente do STF (Ricardo Lewandowski), seguem a todas as normas concernentes a tal medida e podem ser consideradas justas e geradoras da igualdade material, tendo em vista que estão de acordo com o critério de justiça distributiva de Rawls (ao reservar uma quantidade específica de vagas àquela parcela desfavorecida da sociedade) e constituem uma medida efetiva do Estado com o fim de acabar com a sub-representação dos negros no serviço público federal.¹⁷²

Nesse caso, não há que se falar em mérito, levando-se em conta que na própria teoria da justiça como equidade de John Rawls tal critério não é considerado como gerador de justiça. Deve-se recordar a importante lição de Sandel, quando afirma que Rawls “ [...] repudia o mérito moral como fundamento da justiça distributiva”.¹⁷³

Ainda assim, o mérito pode ser visualizado quando verifica-se que os indivíduos negros, apesar de terem tais vagas a seu favor, terão de competir entre si para conseguir a aprovação nos concursos públicos, o que não anula tal fator, ainda que enquadrado em uma condição específica geradora de justiça.

É importante ressaltar que, tendo em vista que a regulamentação de tal lei ainda está sendo elaborada nestes momentos atuais, não será possível realizar uma análise efetiva dos resultados que as cotas raciais nos concursos públicos vão alcançar. No entanto, a partir da verificação de tais resultados no âmbito das universidades federais brasileiras, será possível discutir hipoteticamente sobre o seu provável resultado, levando-se em conta que

¹⁷¹ BRASIL, *Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 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. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm> Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287577>> Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁷³ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 200.

tais medidas guardam inúmeras similaridades com as cotas raciais universitárias.

Dessa maneira, é imperioso analisar como as cotas raciais e sociais são aplicadas no contexto da Universidade de Brasília (UnB), a fim de verificar se tais medidas encontram-se em consonância com o que lhes foi originalmente idealizado e que resultados tais ações vêm conseguindo.

3.2.2 As Cotas Raciais e Sociais na Universidade de Brasília (UnB)

Em relação ao tema das ações afirmativas, uma questão que sempre ensejou dúvida nos cidadãos foi: qual espécie de ação afirmativa (cotas raciais ou sociais) seria a mais justa a ser aplicada para combater as desigualdades acadêmica e econômica? É imperioso ressaltar que tal questionamento é verdadeiramente complexo, tendo-se em vista que é claramente verificável a presença de ambos os preconceitos (racial e social) no Brasil.

Apesar da existência dos dois preconceitos em nosso país, é indubitável que o preconceito racial pode ser definido como o que está mais arraigado em nossa sociedade, o que demonstra a existência de um grande obstáculo a ser superado por todos os brasileiros. Listemos um exemplo: quando comparamos um cidadão branco que ascendeu socialmente e tornou-se rico, quase não podemos notar o preconceito por parte dos outros cidadãos que convivem com aquele. Entretanto, quando observamos um negro que conseguiu atingir determinado alto patamar econômico, ainda não é raro verificarmos em notícias de jornais e em variados meios de comunicação, negros riquíssimos (seja atuando como jogadores de futebol, como cantores ou até mesmo como o Presidente do Supremo Tribunal Federal) sendo vítimas de flagrante preconceito e discriminação.

Assim, a maioria dos estudiosos sobre o tema das ações afirmativas, reconhece explicitamente que há a presença de um “racismo oculto” no Brasil, o qual é geralmente dissimulado pelo argumento de que há uma total “miscigenação” no país, o que levaria a crer que todos os cidadãos são e devem ser tratados como iguais. Nas palavras de Sell, “[...] no Brasil, a mistura entre as “raças” facilita o preconceito velado e a inexistência de combate às formas de racismo”.¹⁷⁴

Tratando do tema das cotas raciais no contexto específico da Universidade de

¹⁷⁴ SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002. p. 63.

Brasília, pode-se perceber que José Jorge de Carvalho, em sua proposta de implantação de cotas para negros nessa Universidade e apresentada ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE), no ano de 2002, afirmou que tais medidas se faziam necessárias como um meio de resposta à evidente “injustiça social brasileira”, que não se aplacaria com a diminuição de desigualdade de classes, mas também no combate à exclusão racial.¹⁷⁵

Nesse sentido, em sua proposta, o professor Carvalho se posicionou totalmente a favor da aplicação das cotas raciais na UnB, indicando que a presença da desigualdade no Distrito Federal era de uma nitidez cristalina, o que exigiria medidas urgentes e eficazes para lutar contra a grave desvantagem dos negros e/ou pardos em face dos brancos, tanto em suas condições sociais, quanto nas econômicas e territoriais. O referido professor apontou até mesmo que os negros com a mesma escolaridade e que moravam na mesma localidade que outros profissionais brancos auferiam somente 84% (oitenta e quatro por cento) do salário que recebiam os caucasianos.¹⁷⁶

Em adição a isso, o professor Carvalho ressaltou que não há como exigir que um indivíduo negro tenha a mesma condição de competição que a de um branco nos exames admissionais das universidades públicas (tendo por argumento o mérito), em razão das diferenças nítidas encaradas pelos dois cidadãos desde a época da escravidão e que se mantêm até hoje em dia. A esse respeito, o professor Carvalho afirma que: “A explicação da desigualdade sofrida pelos negros, na renda e na escolaridade, não pode ser buscada no passado brasileiro até 1888, mas no racismo estrutural que se instalou no Brasil a partir de então e que jamais mudou, até o presente ano de 2002”.¹⁷⁷

Ademais, uma das ideias principais defendidas pelo professor para a aplicação de tais ações na UnB foi a de garantir no local acadêmico a “[...] diversidade étnica e racial do país”, o que levaria aquela universidade a cumprir devidamente com a sua função social. Sobre a relevância da presença de alunos afrodescendentes no ambiente universitário, o que levaria a UnB a contribuir de maneira significativa à diversidade e à reversão do ciclo da discriminação nas escolas de segundo grau, Carvalho aduz o seguinte:

“Além do impacto no pensamento acadêmico, as cotas poderão provocar

¹⁷⁵ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002. p. 08.

¹⁷⁶ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002. p. 18.

¹⁷⁷ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002. p. 19.

igualmente uma mudança muito positiva na convivência acadêmica atual. É fundamental que jovens brancos e negros acompanhem juntos seus cursos e possam misturar suas biografias individuais, até agora tão distantes, uns aprendendo com os outros a lidar com o abismo social que foi colocado entre eles na presente geração de brasileiros. Ao invés das projeções mútuas e dos temores à distância, os estudantes brancos e negros terão que enfrentar concretamente suas diferenças e inventar mecanismos de diálogo necessários para a cooperação que deles se espera se queremos de fato integrar nossa sociedade já altamente segregada. **Esse vínculo afetivo é um dos melhores antídotos contra a indiferença dos brancos frente à discriminação sofrida pelos negros e também contra o ressentimento que pode surgir nos negros em relação aos brancos, detentores de privilégios frente a eles.** Temos que apostar na formação de uma geração verdadeiramente mista do ponto de vista racial para consolidar novas políticas públicas que revertam o ciclo de segregação atualmente instalado no Brasil e que possam servir de exemplo sincero, e não meramente ideológico, de uma democracia racial.¹⁷⁸ (grifo nosso)

Cidinha da Silva considerou a referida proposta um programa exemplar para combater a discriminação e a desigualdade racial no Brasil, esclarecendo também que medidas como essas são necessárias em razão dos alarmantes resultados obtidos nas últimas pesquisas realizadas pelo Ipea e pelo IBGE (à época de sua obra, no ano de 2003), aduzindo que: “Os resultados comprovam que as diferenças existentes nas áreas de educação, mercado de trabalho e apropriação de renda são motivadas por questões raciais”.¹⁷⁹

Dessa maneira, naquele ano de 2002, o professor Carvalho propôs a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas da UnB para os estudantes negros, declarando a “[...] necessidade de definir um plano de metas que conduzam à igualdade racial no Brasil [...]”, o que previa o início de tal programa no primeiro semestre letivo de 2002 e definia a sua duração em um período inicialmente estabelecido de dez anos. Assim, o professor ressaltou que tal medida seria emergencial e teria por fito “[...] acelerar a formação de uma elite acadêmica negra capaz de contribuir na formulação de novas políticas públicas que visem eliminar definitivamente o problema da desigualdade e da exclusão racial no Brasil”.¹⁸⁰

Apesar da intenção de tais cotas de eliminar a desigualdade racial, o professor Carvalho reconhece que tal sistema não conseguirá, por si só, resolver definitivamente essa questão no Brasil, ressaltando ele que tal medida se trata de um instrumento legal e legítimo, dentre diversos utilizados em outros países, “[...] para compensar experiências históricas

¹⁷⁸ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002. p. 32.

¹⁷⁹ SILVA, Cidinha da. Ações Afirmativas em educação: um debate para além das cotas. In: SILVA, Cidinha (Org.). *Ações Afirmativas em Educação: experiências brasileiras*. São Paulo: Summus, 2003. p. 18.

¹⁸⁰ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002. p. 25.

negativas de discriminação, injustiças e opressões sofridas por minorias, grupos étnicos ou mesmo povos inteiros”.¹⁸¹

Corroborando com tal pensamento, Jaccoud defende que as medidas afirmativas não esgotam outros meios de promoção da igualdade racial. No entanto, ela considera tais ações imprescindíveis para “[...] alcançar objetivos que não poderiam ser alcançados por medidas repressivas de combate à discriminação, por políticas universalistas ou por ações valorativas”.¹⁸²

Quanto ao desempenho acadêmico desses alunos negros, o próprio reitor atual da UnB, Ivan Camargo, observou que o desempenho dos alunos melhorou consideravelmente ao longo do tempo (se contado do início da aplicação das cotas), o que indica que não há que se falar em uma possível “inferiorização de ensino” em razão da aplicação das cotas.¹⁸³

Observados tais pontos, é indispensável destacar que ultimamente a reserva de vagas às cotas especificamente raciais na UnB estão diminuindo a cada ano, em razão dos preceitos da Lei Federal 12.711 de 2012, anteriormente mencionada. A referida lei teve grande influência no sistema de cotas voltado à admissão de estudantes na Universidade de Brasília, o que obrigou a referida universidade a vir, gradativamente, substituindo a quantidade de vagas destinadas às cotas raciais pelas cotas sociais.

A lei supramencionada, popularmente conhecida como a “Lei de Cotas”, exige que no ano de 2016 o percentual de 50% (cinquenta por cento) das vagas sejam destinadas aos alunos egressos de escolas públicas (ressalte-se que somente os alunos que tenham cursado os três anos do ensino médio nessas escolas é que serão beneficiados), sendo somente 5% (cinco por cento) das vagas destinadas aos candidatos negros. Dentre esse percentual de 50% (cinquenta por cento) das cotas sociais, 14,03% (quatorze e três por cento) será destinado a alunos pretos, pardos e indígenas com a renda familiar per capita menor ou igual a um salário mínimo e meio e 14,03% (quatorze e três por cento) desse percentual será destinado a famílias com a renda maior do que esse referido valor. Confira a figura abaixo para verificar a evolução das cotas naquela universidade.

¹⁸¹ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002. p. 37.

¹⁸² JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 52.

¹⁸³ ALCÂNTARA, Manoela; CABRAL, Ailim. O impacto das cotas sociais. *Correio Braziliense*, Brasília, 21 fev. 2015. Cidades. p. 22.

Figura 1 – Evolução das Cotas na UnB

Fonte: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=8620>>

Observa-se que o que está sendo aplicado atualmente (no ano de 2015) é a reserva de 37,5% (trinta e sete e meio por cento) das vagas para as cotas sociais e 5% para as cotas raciais, o que gera 57,5% (cinquenta e sete e meio por cento) de vagas para a ampla concorrência.¹⁸⁴

Tal substituição enseja grandes discussões na atualidade, tendo em vista que favorece o caráter econômico e social em detrimento do caráter racial. De acordo com a maioria dos estudiosos do tema, tal posicionamento pode ser considerado como um equívoco, pois não estará mais atuando no combate à desigualdade racial, o qual é inegavelmente o principal problema brasileiro relacionado à igualdade.

Há de se ter em conta que grande parte da população brasileira é negra e a maioria desses indivíduos é pobre, o que não será combatido com a aplicação de tais cotas sociais, tendo-se em vista que essas cotas ainda contemplarão brancos pobres e, por conseguinte, perpetuarão a diferença racial que envolve tais indivíduos.

De acordo com a Análise do Sistema de Cotas para Negros da Universidade de Brasília, realizada pela “Comissão responsável para a avaliação de 10 anos de implantação da política de ação afirmativa para o ingresso de estudantes na UnB” (da qual participa o professor Mauro Rabelo, citado anteriormente), a implementação das cotas raciais na UnB

¹⁸⁴ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Notícias*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=8620>> Acesso em: 01 nov. 2014.

foi uma “ [...] medida justa e necessária para diminuir a desigualdade étnica e racial no ensino superior brasileiro”, o que resultou na presença de um total de 41% de estudantes negros na UnB no ano de 2012, mais do que o dobro do que ela incluía no ano de 2000.¹⁸⁵

Dessa maneira, a Comissão defende que se houver a interrupção do sistema de cotas raciais adotados como outrora, não será possível alcançar a igualdade racial em sua completude. Além disso, a referida Comissão considera que a Lei nº 12.711/12, apesar de significar um avanço, também pode ser classificada como um “[...] retrocesso enquanto política de inclusão étnica e racial quando comparada com o sistema de cotas específico da UnB que, por sua vez, é amplamente reconhecido como o mais avançado nacionalmente”.¹⁸⁶

Nesse diapasão, Jaccoud assevera que as “[...] políticas de ação afirmativa não devem ser confundidas com políticas de combate à pobreza ou com políticas de universalização da cidadania”. Isso se deve ao fato de que as medidas afirmativas possuem características próprias, tais quais o caráter temporário e o objetivo específico de favorecer aqueles indivíduos que estão marginalizados em determinada sociedade, o que não permite que elas sejam vistas como “políticas de enfrentamento da pobreza”. Ao contrário, Jaccoud indica que: “Elas devem ser compreendidas, em seu sentido estrito, como políticas de inclusão social de segmentos discriminados”.¹⁸⁷

Assim, conclui-se que as cotas raciais ainda assumem papel de notória importância e necessidade na sociedade brasileira atual, o que demonstra que a sua substituição por cotas sociais não ensejará a tão almejada igualdade racial com que sonha o povo brasileiro.

Verifica-se, dessa forma, que as cotas raciais devem ser valorizadas e consideradas como o objetivo principal do Estado na persecução efetiva da igualdade, visto que a desigualdade racial é um problema muito mais profundo que a desigualdade econômica que impera em nosso país, a qual também deve ser combatida. Dessa forma, deve-se aplicar as cotas raciais e sociais conjuntamente, sem que se verifique a diminuição no percentual das cotas raciais.

¹⁸⁵ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Análise do sistema de cotas para negros da Universidade de Brasília*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/realtorio_sistema_cotas.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

¹⁸⁶ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Análise do sistema de cotas para negros da Universidade de Brasília*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/realtorio_sistema_cotas.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

¹⁸⁷ JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002. p. 53.

Neste momento, cumpre analisar a visão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de tais medidas, para que seja possível, enfim, formular uma conclusão a respeito de tudo o que foi demonstrado no presente trabalho.

3.3. A visão do Supremo Tribunal Federal relativa às Ações Afirmativas

Na data de 26/04/2012, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186/DF, possibilitando aos ministros daquela Corte a primeira oportunidade de apreciar a constitucionalidade referente ao tema das cotas raciais.¹⁸⁸

A referida ação foi ajuizada pelo partido político Democratas (DEM) e objetivava declarar a inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe), os quais implementaram um sistema de reserva de 20% (vinte por cento) das vagas aos candidatos negros no vestibular da referida Universidade, conforme o que foi exposto anteriormente.

No relatório da ADPF 186/DF, redigido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi demonstrado que o partido arguente considerava a aplicação do sistema de cotas raciais na UnB uma verdadeira ofensa a diversos artigos da Constituição Brasileira de 88, dentre eles os artigos 3º, IV; 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV e 37, *caput*, entre outros.

Além disso, o arguente defendeu que a discriminação existente no Brasil se tratava de uma questão social e não racial, ressaltando, ainda, que imperava um alto índice de decisões contraditórias dos magistrados a respeito da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas brasileiras, nas instâncias de primeiro e segundo grau dos

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ARGUIÇÃO 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. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, 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. *ADPF 186/DF*. Plenário. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Universidade de Brasília – UnB; Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

tribunais, o que ensejaria a discussão da constitucionalidade dessas medidas no Supremo Tribunal Federal.

Outros importantes argumentos trazidos pelo partido (contrários às cotas raciais) foram os seguintes: i) que a adoção da teoria da justiça compensatória pelos defensores de tais ações afirmativas não seria cabível, tendo em vista que as gerações atuais não poderiam ser responsabilizadas por erros cometidos preteritamente, e ii) que seria um “perigo” adotar modelos trazidos de outros países.

Por fim, pugnou o arguente pela: i) suspensão do registro de alunos aprovados no vestibular do segundo semestre de 2009 da UnB através do sistema universal e do sistema de cotas para negros; ii) divulgação de nova lista de aprovados pelo CESPE, como se todos tivessem concorrido pelo sistema universal (excluído o critério racial); iii) abstenção do CESPE de publicar editais com critérios diferenciados para o ingresso na UnB e iv) suspensão de todos os processos nos tribunais do país que se referissem ao tema das cotas raciais para acesso às universidades públicas brasileiras.

Nesse diapasão, o arguente requereu a inconstitucionalidade daqueles atos administrativos e normativos realizados pelo CEPE para a implementação e manutenção das cotas raciais na Universidade de Brasília.

As outras partes envolvidas (Reitor da UnB, Diretor do CEPE e Presidente do CEPE) e a maioria dos inúmeros outros interessados manifestaram-se no sentido da preservação e manutenção das cotas raciais na UnB, elencando diversos argumentos favoráveis à sua aplicabilidade e contestando aquilo que foi exposto na inicial, ressaltando que a presença da discriminação e do preconceito racial é fato inegável no Brasil.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da referida ADPF, proferiu um voto completo a respeito do tema, o qual versou sobre: a abrangência da matéria, a igualdade formal e material, a justiça distributiva, políticas de ação afirmativa, critérios para ingresso no ensino superior, a adoção do critério étnico-racial, a consciência étnico-racial como fator de exclusão, o papel integrador da universidade, as ações afirmativas nos Estados Unidos da América, hetero e autoidentificação, reserva de vagas ou estabelecimento de cotas, a transitoriedade das políticas de ação afirmativa e, finalmente, sobre a proporcionalidade entre os meios e os fins.

No mencionado voto, o Ministro utilizou-se de todos os argumentos possíveis para posicionar-se **a favor das cotas raciais**, ao fornecer elementos concretos e abstratos para indicar que tais ações afirmativas são integralmente constitucionais, na medida em que reafirmam o que está previsto na Carta Magna Brasileira e exigem uma atuação concreta do Estado para a efetivação da igualdade.

A questão fundamental a ser analisada pelos Ministros e a qual fora apontada por Lewandowski foi a de saber se os programas afirmativos que tomavam por base o critério étnico-racial, utilizando-se de um sistema de reserva de vagas, estavam ou não de acordo com os preceitos da Constituição Federal de 88.

Ao tratar sobre a igualdade, Lewandowski foi claro ao afirmar que a adoção de tais medidas “[...] integram o próprio cerne de democracia”, tendo em vista que tais ações direcionam a sociedade à superação da perspectiva meramente formal de igualdade. Assim, o Ministro aduziu que:

“Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.”¹⁸⁹ (grifo nosso)

Além disso, o referido ministro ressaltou que, para que o direito à isonomia se transformasse em “igualdade de possibilidades”, principalmente no que concerne à uma participação equitativa nos bens sociais, seria imperiosa a aplicação da já mencionada justiça distributiva, de John Rawls.

Somente tal critério de justiça possibilitaria a superação das desigualdades presentes na sociedade, através de uma atuação concreta do Estado, que realocaria oportunidades e bens para a geração do benefício da coletividade geral. O Ministro

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ARGUIÇÃO 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. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, 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. *ADPF 186/DF*. Plenário. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Universidade de Brasília – UnB; Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 23 mar. 2015. p. 05.

Lewandowski ainda indicou que o próprio modelo constitucional do Brasil previu diversos instrumentos institucionais com o fim de reparar as distorções geradas pela aplicação direta do princípio da igualdade meramente formal, o que frisa o seu objetivo de garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Assim, o Ministro explicou que tal técnica de “distribuição de justiça” teria o objetivo de incluir socialmente aqueles indivíduos marginalizados.

Ademais, para fortalecer ainda mais os seus argumentos favoráveis às ações afirmativas, o Ministro Lewandowski salientou que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido anteriormente, em diversas oportunidades, a constitucionalidade dessas medidas, citando como exemplo a ADI 1.276/SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o RMS 26.071, de relatoria do Ministro Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, cujo relator era o Ministro Sydney Sanches, dentre outras.

A respeito do mérito, elemento constantemente associado a essas ações (em argumentos desfavoráveis a elas), o Ministro esclareceu que tal elemento não poderá ser aferido de maneira linear em face daqueles que se encontram em clara situação de desvantagem. Isso porque o constituinte buscou aplicar o princípio da igualdade material nesse “rigor de aferição do mérito”, intenção perceptível através do artigo 206, I, III e IV da CF, o qual garantiu “igualdade de condições” aos cidadãos no acesso e permanência na escola, “pluralismo de ideias” e “gestão democrática do ensino público”.

O Ministro ainda julgou importante ressaltar que os constituintes de 88 consideraram o crime de racismo como inafiançável, o que demonstrou o nítido objetivo de impedir a permanência da discriminação negativa no Brasil. Assim, seria possível compreender que é possível utilizar-se da mesma lógica para permitir a discriminação positiva, quando tal medida visa estimular a inclusão social daqueles grupos marginalizados e excluídos.¹⁹⁰

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ARGUIÇÃO 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. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, 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. *ADPF 186/DF*. Plenário. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Universidade de Brasília – UnB; Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012, Disponível em:

Na conclusão de seu voto, ao defender a aplicação e manutenção de tais ações afirmativas, o Ministro argumentou que é indubitável a constitucionalidade de reserva de vagas ou aplicação de cotas nas universidades públicas, em razão de todo o amparo constitucional fornecido com vistas a permitir tais medidas.

Além disso, o referido ministro ressaltou o aspecto de transitoriedade de tais ações e defendeu que seus executores deveriam respeitar a proporcionalidade e a razoabilidade dos meios empregados e dos fins pretendidos, não bastando somente demonstrar a “nobreza das intenções” de tais políticas.

Desta feita, julgou improcedente a ADPF impetrada e foi acompanhado por todos os outros ministros, que consideraram o seu voto excelente e abrangente.

No entanto, é importante também mencionar o voto do Ministro Ayres Britto nesse caso, tendo em vista que o mencionado ministro se referiu também às cotas sociais. A respeito disso, ele esclareceu que as cotas raciais e sociais são constitucionais e que tais cotas devem ser diferenciadas, haja vista que o preconceito racial é uma “[...] desigualdade dentro da desigualdade” e que é preciso que haja esse “[...] *plus* da política pública promocional”, o que conferiu às cotas raciais um caráter ainda mais profundo de justiça que o das cotas sociais.

A partir disso, é possível verificar que o posicionamento unânime dos ministros na análise desse caso resultou na constitucionalidade das cotas raciais e sociais, observando-se em suas argumentações os mesmos elementos demonstrados ao longo deste trabalho, o que corrobora com a visão de que tais ações, tanto as raciais quanto as sociais, podem ser consideradas como promotoras da igualdade material e da justiça distributiva.

Insta adicionar que o Supremo vem se posicionando também a favor da constitucionalidade das cotas raciais no âmbito dos concursos públicos, em razão de recente regulamentação da Lei 12.990/14, feita pelo próprio Ministro Lewandowski na data de 18/03/2015, conforme demonstrado anteriormente.¹⁹¹

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 23 mar. 2015. p. 20.

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287577>> Acesso em: 20 mar. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratarmos de tema tão polêmico e de notória repercussão midiática, é fácil chegarmos a conclusões precipitadas e a adotarmos posicionamentos firmemente sedimentados sem, contudo, realizarmos um estudo atento àquilo que tanto combatemos ou defendemos. Ao mesmo tempo em que o tema desperta acirrados debates e calorosas discussões na sociedade brasileira (e em tantas outras que fazem uso de suas políticas), tal matéria exige análise cuidadosa ao envolver assunto de profunda delicadeza.

O presente trabalho teve a intenção de investigar a fundo o assunto e verificar se, de fato, tais medidas públicas poderiam ser consideradas justas e geradoras de igualdade, tanto a racial como a social.

No primeiro capítulo, abordou-se sobre a aplicação das ações afirmativas em contexto norte-americano, grande influenciador de nossas políticas públicas, a fim de compararmos os dois contextos e observarmos se a aplicação de tais medidas é justificável no Brasil. Apesar das circunstâncias específicas que envolvem os dois países, pôde-se observar que tais medidas são formas concretas do Estado efetivar a igualdade material e de promover a justiça distributiva, o que justifica a sua aplicação em ambos os países. É possível até mesmo verificar bons resultados nos dois contextos, com a ascensão social dos afrodescendentes e a diminuição do preconceito racial.

No segundo capítulo, referente à igualdade e ao modo como ela é vista e aplicada no Brasil, pôde-se compreender as diferentes acepções que tal conceito pode assumir e qual delas pode ser efetivamente considerada como um “objetivo das ações afirmativas”. No caso, verificou-se que tal objetivo é a igualdade material, considerada um direito fundamental dos cidadãos. Ademais, também demonstrou-se como a igualdade é enxergada na Constituição Brasileira, e quais artigos fortalecem a sua defesa e aplicabilidade no contexto das ações afirmativas.

Finalmente, no terceiro capítulo, foi possível abordar sobre as ações afirmativas brasileiras em si, seus conceitos, algumas de suas formas, argumentos favoráveis ou contrários a elas e seus objetivos e justificativas. De fato, concluiu-se que tais ações estão cumprindo com as suas metas iniciais e vêm sendo amplamente apoiadas pela Corte Maior deste país, o que fortalece a sua relevância e aplicabilidade.

Assim, depois de aprofundado estudo sobre a matéria, deve-se mencionar que não há como posicionar-se contra tais ações, tendo em vista que elas são um dos instrumentos mais eficazes do Estado para promover a igualdade social e racial entre os cidadãos. Dessa maneira, tais medidas devem ser estudadas, apoiadas e incentivadas até que seja possível verificar uma melhora significativa na igualdade entre os indivíduos brasileiros, o que fortalecerá sua dignidade e colaborará para tornar suas vidas mais plenas e felizes.

Conforme o que foi elucidado anteriormente, tais medidas devem ser aplicadas em caráter temporário, devem ser devidamente acompanhadas por profissionais competentes para que sejam garantidas a lisura e idoneidade na sua aplicação e, ainda, devem ser acompanhadas de outras medidas igualmente efetivas no combate ao preconceito e à discriminação, como: políticas valorizativas (que destaquem a importância da comunidade afro-brasileira) e políticas repressivas (as quais combatam criminalmente quem cometa atos discriminatórios).

No Brasil, é facilmente constatável o racismo oculto que a nossa sociedade cultiva. Apesar da forte presença da miscigenação, ainda é possível perceber que a maior parte da população carente é negra e/ou parda, que os trabalhos menos valorizados e com menores salários também são realizados por negros, enquanto a “elite brasileira” é composta em sua grande maioria de pessoas brancas.

Não há como fugir do caráter sociológico deste trabalho, muito mais do que o econômico, jurídico ou político (embora o assunto também envolva tais áreas de maneira contundente). A conclusão a que se pode chegar após estudo minucioso da história e origem dessas medidas afirmativas, do valor da igualdade em todas as suas acepções e dos projetos e leis oriundos dessas políticas aplicados em contexto brasileiro é que as ações afirmativas relativas às cotas raciais têm como principal objetivo exterminar a discriminação sofrida pela população negra, ainda evidentemente marginalizada na sociedade brasileira.

As cotas sociais surgiram, de fato, como uma alternativa louvável a fim de se gerar uma sociedade economicamente mais justa e igual, sendo aplicáveis aos negros e aos brancos pobres (e a qualquer outro indivíduo, não importando a sua raça ou etnia). No entanto, as cotas sociais acabaram por assumir um papel secundário, quando comparadas às cotas raciais. Após todo o estudo realizado, verifica-se que a aplicação somente de cotas sociais não resolveria em nada a situação do negro pobre brasileiro, tendo em vista que o

preconceito que o envolve é nítido mesmo quando observamos cidadãos negros de classes altas e até mesmo assumindo cargos de destaque e poder.

Ainda é rotineiro assistir a jornais, documentários e filmes que retratam a dura realidade negra, seja no Brasil ou em outros países de massiva população afrodescendente, como os Estados Unidos da América ou até mesmo a África do Sul. O preconceito, a discriminação, a injúria racial são frequentes em todos os lados por onde olhamos e só quem é negro sente na pele (literalmente) como é ser visto de maneira preconceituosa e discriminatória.

Com efeito, para que um dia seja possível aniquilar tal desigualdade, torna-se imperioso adotar posturas de “diferenciação positiva” para que se combata a flagrante “diferenciação negativa” sofrida pelo negro brasileiro. Não há como se falar em igualdade quando duas raças distintas são tratadas de maneira diametralmente oposta.

À vista disso, é nítido que outras políticas universais (de saúde, educação, previdência social, acesso a empregos estáveis, expectativa de vida, etc.) devem ser aplicadas conjuntamente com as ações afirmativas e políticas de combate ao racismo e à discriminação. Não se pode olvidar que uma sociedade democrática tem o papel de garantir oportunidades básicas iguais a todos os cidadãos, não os diferenciando negativamente em razão de sua origem étnica ou social.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Manoela; CABRAL, Ailim. O impacto das cotas sociais. *Correio Braziliense*, Brasília, 21 fev. 2015. Cidades.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n.1, p. 131-140, jul./set. 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.
- BRASIL. *Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 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. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 31 out. 2014.
- BRASIL, *Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm> Acesso em: 30 mar. 2015.
- BRASIL, *Lei nº 12.990 de 09 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm> Acesso em: 30 mar. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 abr. 1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ARGUIÇÃO 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. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, 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. *ADPF 186/DF*. Plenário. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Universidade de Brasília – UnB; Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26

de abril de 2012, Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília*. Brasília: [s.n.], 2002.

CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, Umuarama, v.9, n.2, p. 325-354, jul./dez. 2006.

CHIN, Gabriel J. *Affirmative action and the Constitution: affirmative action before constitutional law, 1964-1977*. New York. London: Garland publishing, Inc., 1998.

COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DOUGLAS, William. *Cotas raciais nos concursos: o exagero só atrapalha*. 2011. Disponível em: <<http://www.williamdouglas.com.br/conteudo04.php?id=931>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ações afirmativas: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Iolanda de. (Org.). *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002.

_____. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO. *As minorias e o direito*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, 2003, p. 95-132.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

HERINGER, Rosana (Org.). Desigualdades raciais e ação afirmativa no Brasil: reflexões a partir da experiência dos EUA. In: _____. *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: IERÊ/UFRJ, 1999.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Brasília: Dédalo, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa das cotas. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto. *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003.

NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fase, 1991.

PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v.13, n.2, p. 77-92, jul./dez. 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Hélio. Ações afirmativas para a valorização da população negra. In: Sardemberg e Santos. *Parcerias estratégicas*, Brasília: CGEE, v. 1, n. 4, dez. 1997.

SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial*. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, Cidinha da. Ações afirmativas em educação: um debate para além das cotas. In: SILVA, Cidinha (Org.). *Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras*. São Paulo: Summus, 2003.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. 2008. 164 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287577>> Acesso em: 20 mar. 2015.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Análise do sistema de cotas para negros da Universidade de Brasília*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/reatorio_sistema_cotas.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Notícias*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=8620>> Acesso em: 01 nov. 2014.

VENTURINI, Anna Carolina. *A Lei 12.990 e a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/anna-venturini-reserva-vagas-cotas-concursos-publicos>>. Acesso em: 20 mar. 2015.