

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ  
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE  
FACULDADE DE DIREITO

GLAUBER PAIXÃO DOS SANTOS

**AÇÕES AFIRMATIVAS, A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
IGUALDADE E O JULGAMENTO DA ADPF N° 186/DF:  
SISTEMATIZAÇÃO, APONTAMENTOS E REFLEXÕES**

MARABÁ/PA  
ABRIL/2017

GLAUBER PAIXÃO DOS SANTOS

**AÇÕES AFIRMATIVAS, A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
IGUALDADE E O JULGAMENTO DA ADPF Nº 186/DF:  
SISTEMATIZAÇÃO, APONTAMENTOS E REFLEXÕES.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Sul e Sudeste do  
Pará, como requisito parcial para obtenção  
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Julio Cesar Sousa  
Costa

MARABÁ/PA  
ABRIL/2017

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA. Marabá PA**

---

Santos, Glauber Paixão dos

Ações afirmativas, a efetivação do princípio da igualdade e o julgamento da ADPF n° 186/DF: sistematização, apontamentos e reflexões / Glauber Paixão dos Santos ; orientador, Julio Cesar Sousa Costa. — 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2017.

1. Negros na universidade - Brasil. 2. Acesso à educação. 3. Igualdade na educação. 4. Ação afirmativa. 5. Direitos e garantias fundamentais. 6. Supremo Tribunal Federal. I. Costa, Julio Cesar Sousa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.2724

GLAUBER PAIXÃO DOS SANTOS

**AÇÕES AFIRMATIVAS, A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
IGUALDADE E O JULGAMENTO DA ADPF Nº 186/DF:  
SISTEMATIZAÇÃO, APONTAMENTOS E REFLEXÕES.**

Relatório final, apresentado à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - Unifesspa, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Marabá (PA), 10 de abril de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Julio Cesar Sousa Costa  
Orientador

Prof. Dr. Jorge Luis Ribeiro dos Santos  
Membro

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho às boas almas que militam nas causas dos Direitos Humanos e tentam, com sua vivência e atuação, dar vida à Constituição.

## **AGRADECIMENTOS**

A trajetória foi árdua. O caminho, muito estreito e acidentado. Precisei de ajuda para atravessá-lo. Aqui registro a gratidão, o carinho e o nome de todos os que sempre me deram a mão (e o ombro) nessa caminhada:

Meus pais, Gilson e Irene, e meus queridos irmãos, Gleison e Josafá, pelo suporte emocional e financeiro ao longo desses anos.

A minha querida e gigantesca família – de sangue e de afeto –, pelo incentivo e pela fé depositada.

E, é claro, meus muitos amigos, especialmente os do ‘Ribeirinhas’, que são os amigos de ontem, de hoje e de sempre.

Obrigado.

## Magia Negra

Magia negra era o Pelé jogando,  
Cartola comendo,  
Milton cantando.  
Magia negra é o poema de Castro Alves, o samba de Jovelina...  
Magia negra é Djavan,  
Emicida, Mano Brown, Thalma de Mreitas, Simonal.  
Magia negra é Drogba, Fela kuti, Jam.  
Magia negra é dona Edith recitando no Sarau da Cooperifa.  
Carolina de Jesus é pura magia negra.  
Garrincha tinha duas pernas mágicas e negras.  
James Brown. Milton Santos é pura magia.  
Não posso ouvir a palavra magia negra que me transformo num dragão.  
Michael Jackson e Jordan é magia negra.  
Cafu, Milton Gonçalves, Dona Ivone Lara, Jeferson  
De, Robinho, Daiane dos Santos é magia negra.  
Fabiana Cozza, Machado de Assis, James Baldwin, Alice Walker,  
Nelson Mandela, Tupac, isso é o que chamo de magia negra.  
Magia negra é Malcon X, Martin Luther King, Mussum, Zumbi, João Antônio,  
Candeia e Paulinho da Viola. Usain Bolt, Elza Soares,  
Sarah Vaughan, Billy Holliday e Nina Simone é magia mais do que negra.  
Eu faço magia negra quando danço Fundo de Quintal e Bob Marley.  
Cruz e Souza, Zózimo, Spike Lee, tudo é magia negra neles.  
Umoja, Espírito de Zumbi, Afro Koteban...  
É mestre Bimba, é Vai-Vai,  
é Mangueira todas as escolas transformando quartas-feira de cinza em alegria de primeira.  
Magia negra é Sabotage, MV Bill, Anderson Silva.  
Pepetela, Ondjaki, Ana Paula Tavares, João Mello... Magia negra.  
Magia negra são os brancos que são solidários na luta contra o racismo.  
Magia negra é o RAP, O Samba, o Blues, o Rock, Hip Hop de Africabambaataa.  
Magia negra é magia que não acaba mais.  
É isso e mais um monte de coisa que é magia negra.  
O resto é feitiço racista.

**Sérgio Vaz**

## RESUMO

A proposta do presente trabalho é analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 186/DF, que reputou constitucional as Ações Afirmativas baseadas em critério racial para ingresso nas instituições públicas de ensino superior, sistematizando os argumentos trazidos pelo Relator da ação, Ministro Ricardo Lewandowski, tais como, compatibilidade das medidas com os princípios constitucionais (igualdade e solidariedade), efetivação da igualdade material, justiça compensatória e distributiva, fomento ao pluralismo de ideias, proporcionalidade, inclusão social etc., e organizando-os em três grandes critérios de justificação pública na qual todas as políticas de ação afirmativa devem ser submetidas para serem consideradas constitucionais.

**Palavras-Chave:** Ações Afirmativas. Constitucionalidade. Princípio da Igualdade. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is to analyze the decision of the Supremo Tribunal Federal in ADPF judgment number 186/DF, which considered constitutional Affirmative Actions based on racial criteria for admission to public institutions of higher education, systematizing the arguments brought by the Rapporteur of the action, Minister Ricardo Lewandowski, such as the compatibility of measures with constitutional principles (equality and solidarity), effectiveness of material equality, compensatory and distributive justice, promotion of pluralism of ideas, proportionality, social inclusion, etc., and organizing them into three major criteria of public justification in which all affirmative action policies must be submitted to be considered constitutional.

**Keywords:** Affirmative Actions. Constitutionality. Principle of Equality. Federal Court of Justice.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

STF – Supremo Tribunal Federal

UnB – Universidade de Brasília

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

EUA – Estados Unidos da América

AgR – Agravo Regimental

RE – Recurso Extraordinário

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PGR – Procuradoria-Geral da República

AGU – Advocacia-Geral da União

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>AÇÕES AFIRMATIVAS: DEFINIÇÃO E EXPERIÊNCIAS DE ADOÇÃO... 13</b>	<b>13</b>
	2.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO .....	13
	2.2 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NO ÂMBITO INTERNACIONAL. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA.....	15
	2.3 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVAS NO BRASIL: A IMPLEMENTAÇÃO DAS COTAS RACIAIS E O JULGAMENTO DA ADPF/DF N° 186.....	19
<b>3</b>	<b>A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS BASEADAS EM CRITÉRIO RACIAL: OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO STF.....</b>	<b>23</b>
	3.1 SE A DISCRIMINAÇÃO REALIZADA GUARDA COMPATIBILIDADE COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E NÃO É PROIBIDA POR ELES.....	23
	3.1.1 As ações afirmativas na Constituição de 1988: Princípio da Igualdade e suas duas acepções.....	25
	3.1.2 As ações afirmativas na constituição de 1988: o princípio da solidariedade e a determinação constitucional de reparação do art. 3º da Carta Magna.....	29
	3.2 SE A SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE [DO GRUPO] QUE SE PRETENDE COMBATER É ORIUNDA DE PROCESSOS CULTURAIS DE EXCLUSÃO. ....	31
	3.2.1 O afastamento do conceito biológico de raça pelo Supremo Tribunal Federal. A discriminação em função da marca e não da origem.....	31
	3.2.2 As diferenças etnicorraciais como fatores de exclusão e marginalização. ....	35
<b>4</b>	<b>SE A MEDIDA DISCRIMINATÓRIA PROPOSTA É IDÔNEA E CAPAZ, INCLUSIVE DO PONTO DE VISTA DA PROPORCIONALIDADE, DE CORRIGIR A DISTORÇÃO IDENTIFICADA.....</b>	<b>39</b>
	4.1 A PROMOÇÃO DAS JUSTIÇAS COMPENSATÓRIA E DISTRIBUTIVA PELAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	39
	4.2 A VALIDADE DO CRITÉRIO RACIAL PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR: PRINCÍPIO DA MERITOCRACIA /S PRINCÍPIO DO PLURALISMO DE IDEIAS E DE CULTURA. ....	41
	4.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MODULADOR DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	44

4.3.1	A necessidade de que as Políticas de Ação Afirmativa sejam temporárias.....	45
4.3.2	O princípio da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.....	47
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>49</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas de ação afirmativa, no Brasil, não são tema inédito. De diversas formas já foram aplicadas e em inúmeras oportunidades a constitucionalidade de tais medidas foi discutida. Inobstante a dimensão do debate, a proposta destas breves linhas é discutir a constitucionalidade das cotas raciais (tipo de ação afirmativa; discriminação positiva), sob o prisma dos princípios constitucionais e dos parâmetros da justiça distributiva e da justiça compensatória, a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento da ADPF nº 186/DF, sistematizando e organizando os argumentos em três grandes requisitos para auferir a validade das medidas.

Durante o referido julgamento, a Suprema Corte conferiu legitimidade às ações afirmativas, que se assentam na identidade racial, decidindo que, muito embora esse tipo de discriminação positiva não esteja expressamente previsto na Carta de 88, o Poder Público pode e deve instituí-la porque ela seria justificada por um vasto repertório de motivos públicos que evidenciam a vulnerabilidade social que se derrama sobre a população negra no Brasil – por isso pensar através das Justiças Distributiva e Compensatória – e que, para além disso, tais medidas não violam o princípio da igualdade, muito ao contrário, o prestigiam e o fomentam na sua nuance material.

Assim, utilizando-se de uma metodologia crítica, busca-se melhor sistematizar a lógica jurídico-constitucional das ações afirmativas, especificamente as cotas raciais, ao passo que procura analisar os critérios utilizados pelo STF no rigoroso teste de justificação pública na qual essas políticas foram submetidas, com o objetivo de aferir (i) se a discriminação realizada guarda compatibilidade com os preceitos constitucionais e não é proibida por eles; (ii) se a situação de vulnerabilidade [do grupo] que se pretende combater é oriunda de processos culturais de exclusão; e (iii) se a medida discriminatória proposta é idônea e capaz, inclusive do ponto de vista da proporcionalidade, de corrigir a distorção identificada.

O presente trabalho está dividido em mais três capítulos que tratam, respectivamente, do (2) histórico das políticas de ações afirmativas, com sua definição e experiências de aplicação em outros países e em âmbito internacional; (3) da análise dos critérios utilizados pelo STF no julgamento da ADPF 186/DF, especificamente quanto a compatibilidade com os preceitos constitucionais; (4) da constatação da idoneidade das medidas e sua capacidade de corrigir a distorção identificada; (5) e das considerações finais acerca do estudo.

## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS: DEFINIÇÃO E EXPERIÊNCIAS DE ADOÇÃO.

### 2.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO

De início, é importante ter em mente que o conceito de políticas de ação afirmativa não se confunde com o de cotas: as primeiras devem ser entendidas como o gênero da qual as segundas são espécie. Todo o tratamento preferencial dado a indivíduos pertencentes a grupos historicamente excluídos ou discriminados, quer seja através de cotas, fomentos, reserva de vagas, bolsas de estudos e trabalho, medidas protetivas ou de cunho reparatório, devem ser compreendidas como ações afirmativas.<sup>1</sup>

A criação dessas medidas pressupõe a existência de desigualdades fáticas que atinjam um grupo específico e definido de pessoas, geralmente discriminados negativamente em função de sua “raça”<sup>2</sup>, etnia, identidade de gênero, orientação sexual, religião etc., e que se encontrem com poucas condições de competição e subsistência na sociedade, muito embora, no entender de Dworkin, essas medidas não devam gerar um direito definitivo ao tratamento diferenciado em relação a outros grupos “[...] mas apenas na hipótese estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional e geral”<sup>3</sup> que afeta a sociedade como um todo e precisa de uma resposta imediata.

Daniel Sarmiento, nessa linha, define tais medidas como:

[...] medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos variados, como na educação superior, no acesso a empregos privados ou cargos públicos, no reforço à representação política ou em preferências na celebração de contratos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> DUARTE, Allan Coelho. **A Constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 18 de janeiro de 2017.

<sup>2</sup> O termo raça, apesar de ainda ser utilizado para classificar indivíduos com características físico-biológicas semelhantes, deve ser compreendido apenas no sentido histórico-cultural.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 443.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. **Igualdade, direitos sociais e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Paulo Lucena de Menezes, por sua vez, trazendo uma definição mais ampla sobre o instituto, entende que ação afirmativa:

[...] nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas.<sup>5</sup>

Assim, elas [ações afirmativas] são respostas mais ágeis, embora temporárias, tomadas pelo Estado ou até mesmo pela iniciativa privada, que objetivam a correção e a reparação de distorções históricas do passado ou do presente causadas por processos excludentes que se acumularam e se perpetuaram com o passar do tempo, prejudicando grupos específicos que, dentro da sociedade, se encontram em situação de maior vulnerabilidade. As medidas de ação afirmativa, em suma, se dirigem a grupos ou categorias afetadas por desigualdades materiais.

Importante esclarecer que as políticas de ação afirmativa se destacam, sobretudo, por funcionarem através do estabelecimento de tratamentos juridicamente desiguais, aplicando-se a máxima aristotélica<sup>6</sup>, e, por óbvio, restringindo a igualdade jurídica em prol da igualdade fática – discriminação positiva. É o que aponta, em sede doutrinária, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Min. Joaquim Barbosa, para quem as ações afirmativas objetivam a concretização do princípio da igualdade e do acesso aos bens fundamentais:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

<sup>6</sup> Tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade.

<sup>7</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. In: Santos, Sales Augusto. *Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56.

É dizer: tais políticas buscam atingir a igualdade fática e de oportunidades, induzir mudanças estruturais, culturais e psicológicas na sociedade, o fomento à diversidade e a representatividade de grupos excluídos e, por último, significar verdadeiro mecanismo de incentivo ao aprimoramento e apego às oportunidades<sup>8</sup>. Portanto, é possível afirmar, que as ações afirmativas são utilizadas para promover grupos sociais historicamente marginalizados e discriminados em relação aos demais integrantes da sociedade, ao passo que se constituem ferramentas eficazes na promoção da diversidade. Esses conceitos basearam a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF/DF nº 186.

Assim, pode-se afirmar, de antemão, que as medidas são necessárias para superar a concepção meramente formal de igualdade, aquela unicamente expressa na lei; trabalhar uma nova postura do Estado como ente garantidor, superando uma atuação meramente absentéista e promovendo inclusão social; são necessárias, ainda, por serem razoáveis o suficiente a ponto de justificar a implementação de discriminações positivas (*discrímen*).

Dito isso, é importante constar que as ações afirmativas direcionadas à inclusão de grupos étnico-raciais excluídos ganharam certa notoriedade quando implementadas nos Estados Unidos<sup>9</sup>. Luis Felipe Ferreira Mendonça<sup>10</sup> observa que, no entanto, em sua expansão, tais medidas “logo passaram a contemplar grupos quantitativamente majoritários, como, em alguns casos, as mulheres”, de modo que, atualmente, entender “minorias” unicamente em seu sentido quantitativo é inviável.

## 2.2 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NO ÂMBITO INTERNACIONAL. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA.

A experiência de países como os Estados Unidos no desenvolvimento dessas políticas de cunho afirmativo é extremamente importante para situarmos o debate das ações positivas

---

<sup>8</sup> “Em suma, com esta conotação, as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.” GOMES, Joaquim Barbosa. **As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade**. In Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito. Brasília, v. 24, 2003 a p. 98.

<sup>9</sup> Historicamente, convencionou-se denominar os grupos socialmente excluídos e marginalizados da sociedade como ‘minorias’ quantitativas ou qualitativas.

<sup>10</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 77.

no Brasil. Os dois países são signatários da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (aprovada aqui no Brasil através o Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969), que constituiu uma das primeiras medidas conjuntas organizadas no âmbito internacional que buscaram implementar ações afirmativas como forma de eliminar a discriminação racial existente.

A Convenção estipula, especialmente na redação do art. II, que os Estados Partes devem tomar medidas eficazes para eliminar a discriminação racial, sob todas suas as formas, inclusive através da implementação de políticas públicas e do fortalecimento das instituições destinadas a esse fim. Ressalta, ainda, como já advertia Dworkin, a necessidade de tais medidas não se manterem indefinidamente, sob pena de se criar uma situação de desigualdade permanente que agrida o princípio da igualdade em vez de promovê-lo:

#### Artigo II

1. Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim:

a) Cada Estado parte compromete-se a efetuar nenhum ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e fazer com que todas as autoridades públicas nacionais ou locais, se conformem com esta obrigação;

b) Cada Estado Parte compromete-se a não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou uma organização qualquer;

c) Cada Estado Parte deverá tomar as medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais e para modificar, ab-rogar ou anular qualquer disposição regulamentar que tenha como objetivo criar a discriminação ou perpetrá-la onde já existir;

d) Cada Estado Parte deverá, por todos os meios apropriados, inclusive se as circunstâncias o exigirem, as medidas legislativas, proibir e por fim, a discriminação racial praticadas por pessoa, por grupo ou das organizações;

e) Cada Estado Parte compromete-se a favorecer, quando for o caso as organizações e movimentos multi-raciais e outros meios próprios a eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a fortalecer a divisão racial.

2) Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

Ora, os tratados e convenções que versam sobre Direitos Humanos que não foram recepcionados na forma do art. 5 § 3º da CR/88, quanto a seu grau de hierarquia no

ordenamento jurídico brasileiro, recebem, consoante entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o status de supralegais<sup>11</sup> – inclusive, os tratados anteriores à Emenda Constitucional n° 45/2004 –, pois estão acima da legislação infraconstitucional e abaixo hierarquicamente da Carta Maior. Por essa senda, não só a Constituição Federal, mas também a Convenção retrocitada, devidamente subscrita pelo país, determinam a implementação de políticas públicas que objetivem incluir grupos excluídos e promover a igualdade.

Os Estados Unidos da América, por outro lado, foram um dos primeiros países a implementarem as medidas, apesar de estas terem se originado na Índia, com a aprovação do *Government of India Act*<sup>12</sup>, em 1935. O pioneirismo não foi em vão: dois séculos de escravidão e uma política segregacionista racial institucionalizada, conhecida mundialmente como “*separate but equal*”<sup>13</sup>, marcou a nação e relegou as populações negras à margem da sociedade. Essa ideia – separados, mas iguais –, também conhecida como o “dilema americano”<sup>14</sup> perdurou até grande parte do século XX, quando a Suprema Corte Americana, no famoso caso *Brown Vs. Board of Education*<sup>15</sup>, decidiu derrubar o *separate but equal* nas escolas públicas, sob o argumento de que tal separação, ao menos no contexto educacional,

---

<sup>11</sup> “(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo CC (Lei 10.406/2002).” Cf. RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral. RE 349.703, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009. Vide AI 601.832 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 17-3-2009, 2ª T, DJE de 3-4-2009. Vide HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

<sup>13</sup> “separados, mas iguais” doutrina jurídica norte-americana que institucionalizava a segregação racial.

<sup>14</sup> TRAMONTINA, Robison; SILVA, Rogério Luiz Neri da. **O debate em torno das cotas raciais como critério para o ingresso no ensino superior: Considerações acerca da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186.** Disponível em: <[http://www.academia.edu/14849045/O\\_DEBATE\\_EM\\_TORNO\\_DAS\\_COTAS\\_RACIAIS\\_COMO\\_CRIT%C3%89RIO\\_PARA\\_O\\_INGRESSO\\_NO\\_ENSINO\\_SUPERIOR\\_Considera%C3%A7%C3%B5es\\_acerca\\_da\\_A%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_Descumprimento\\_de\\_Preceito\\_Fundamental\\_ADPF\\_186](http://www.academia.edu/14849045/O_DEBATE_EM_TORNO_DAS_COTAS_RACIAIS_COMO_CRIT%C3%89RIO_PARA_O_INGRESSO_NO_ENSINO_SUPERIOR_Considera%C3%A7%C3%B5es_acerca_da_A%C3%A7%C3%A3o_por_Descumprimento_de_Preceito_Fundamental_ADPF_186)>. Acesso em: 04 de novembro de 2016

<sup>15</sup> <http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/federal-court-activities/brown-board-education-re-enactment/history.aspx>

feria a cláusula de proteção à igualdade consagrada pela décima quarta emenda à Constituição norte-americana.

Na verdade, a expressão “ação afirmativa” surgiu nos EUA no estopim da luta por direitos civis, quando se percebeu que a mera retirada das leis segregacionistas do ordenamento jurídico não se fazia suficiente para promover o almejado tratamento igualitário pelos grupos excluídos. Assim, o Poder Executivo começou a implementar as chamadas medidas positivas.

Cármen Lúcia Antunes<sup>16</sup> relata que “a ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, de onde partiu como fonte de outras experiências que vicejaram nas décadas de 70 e 80, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte.”. No caso *Regents of the University of California v. Bakke*, o entendimento do *Justice Powell*, de que a raça poderia ser considerada como um critério da política admissional das universidades nas seleções dos estudantes, foi seguido pela maioria da corte e mantido, em 2003, no caso *Grutter v. Bollinger*, conforme voto condutor proferido pela *Justice Sandra Day O'Connor*<sup>17</sup>.

Assim, o entendimento de que as ações violavam a Lei de Direitos Civil de 1964<sup>18</sup> e a Décima Quarta Emenda da Constituição<sup>19</sup>, não prosperou, pois a Suprema Corte dos EUA assegurou a liberdade das universidades em implementar critérios afirmativos na seleção de seus alunos com vistas a fomentar a diversidade cultural.

---

<sup>16</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, p. 85-99, 1996 | Gênese: Revista de Direito Administrativo Aplicado, v. 3, n. 10, p. 649-664, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso: 04 de novembro de 2016. Pag. 286.

<sup>17</sup> “Esses benefícios são substanciais. Como o juiz da Corte Distrital enfatizou, a política de admissão da escola de Direito promove 'compreensão interracial', ajuda a romper com os estereótipos raciais e 'permite que os estudantes aceitem melhor as pessoas de raças diferentes. (...) Esses benefícios são importantes e louváveis porquanto 'a discussão em sala de aula é tanto mais viva, inspirada, esclarecida e interessante' quanto 'mais diversificados forem os seus estudantes’”. *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003). pp. 329-330.

<sup>18</sup> “A lei que acabou com a segregação racial, assinada em 1964 pelo presidente Lyndon B. Johnson, foi fruto de muita luta dos negros e dos movimentos civis. Nesta quarta-feira, 2 de julho, a lei de Direitos Civis que proibiu a discriminação racial nos Estados Unidos completa meio século de existência” REVISTA VEJA. **Lei que mudou a história dos negros dos EUA faz 50 anos**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/lei-que-mudou-a-historia-dos-negros-dos-eua-faz-50-anos/>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

<sup>19</sup> “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

Analisando esses casos quando ainda pendentes de julgamento, Dworkin<sup>20</sup> concluiu que:

O estudo afirma que, se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito, e raros serão os negros aceitos pelas melhores faculdades de Direito e Medicina. Isso seria uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais. Será que a Suprema Corte decretará que a Constituição exige que aceitemos essa derrota?

No Brasil, a análise das medidas de afirmativas deve se dar de maneira distinta à realizada nos Estados Unidos, da feita que, aqui, particularidades como o modelo de colonização estabelecido, a alta miscigenação da população e o fato de não ter havido uma política que institucionalizasse a segregação, impendem que se copie *ipsis litteris* o modelo norte-americano. É o objeto de análise do próximo subcapítulo.

### 2.3 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVAS NO BRASIL: A IMPLEMENTAÇÃO DAS COTAS RACIAIS E O JULGAMENTO DA ADPF/DF N° 186.

No Brasil, apesar das inúmeras discussões a respeito do tratamento diferenciado dispensado às pessoas com deficiência, mulheres e pobres, o debate acerca das políticas de ação afirmativa se concentrou, como grande ponto controvertido, na constitucionalidade das cotas de cunho racial para ingresso nas universidades públicas. Claro que, hoje, a questão se ampliou com a edição de leis que reservam vagas para negros e pardos no serviço público – Lei n° 12.990, de 9 de junho de 2014 – e egressos das escolas públicas nas universidades, a denominada Lei de Cotas – Lei n° 12.711, de 29 de agosto de 2012.

Não é preciso muito esforço para visualizar o ideal de justiça e de equidade promovido pelas ações afirmativas, exceto quando se trata do sistema de cotas de cunho racial – os ânimos se exaltam e a opinião pública, inclusive a acadêmica, se divide.

No entanto, inobstante a controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF n° 186, enfrentou a matéria.

A Constituição Federal preconiza em seu artigo 206, inciso I, que o princípio da igualdade de acesso e de condições deverá ser observado no ensino, de modo que, em consonância com a referida norma constitucional, políticas públicas inclusivas começaram a

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 582-583, *apud* ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 36 do voto.

ser implementadas com o fito precípua de reduzir as desigualdades sociais existentes na sociedade.

Sob esta motivação, a Universidade de Brasília - UnB, através de seu Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, criou o Plano para a Integração Social, Étnica e Racial que, dentre uma série de outras medidas, implementava o seguinte:

- “1- Disponibilizar durante 10 anos, 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade;
- 2- Disponibilizar, por um período de 10 anos, um pequeno número de vagas para índios de todos os Estados brasileiros (...);
- 3- Alocará bolsas para negros e indígenas em situação de carência, segundo os critérios usados pela Secretaria de Assistência da UnB;
- 4- Propiciará moradia para estudantes indígenas e concederá preferência nos critérios de moradia para estudantes negros carentes”<sup>21</sup>

Ocorre que o Partido Democratas – DEM, representado pela advogada Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, ajuizou no STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, aduzindo que a Universidade de Brasília - UnB, ao instituir o referido programa de políticas de cotas raciais que reservaria vagas a estudantes negros e índios nos processos seletivos da universidade, violou frontalmente diversos postulados da Carta Magna, tais como a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o comando de repúdio ao racismo.

Alegaram que, naquele momento, não se pretendia discutir a constitucionalidade da utilização de ações afirmativas como medidas idôneas para incluir minorias e corrigir distorções, mas, tão somente, o critério racial adotado pela UnB para esse fim. A inicial chamava atenção, ainda, para o fato de se estar criando um verdadeiro “tribunal racial” na universidade, em que os candidatos eram submetidos a entrevistas pessoais para constatar a veracidade da sua autodeclaração racial, o que dava margem a subjetividades, arbitrariedades e injustiças. Eis alguns dos argumentos:

- “a) na ADPF, discute-se se a implementação de um ‘Estado racializado’ ou do ‘racismo institucionalizado’, nos moldes praticados nos Estados Unidos, África do Sul ou Ruanda, seria adequada para o Brasil (...);
- b) pretende demonstrar que a adoção de políticas afirmativas racialistas não é necessária no país (...);
- c) o conceito de minoria apta a ensejar uma ação positiva estatal difere em cada país. Depende da análise de valores históricos, culturais, sociais, econômicos, políticos e jurídicos de cada povo (...);

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 3

- d) discute tão somente a constitucionalidade da implementação, no Brasil, de ações afirmativas baseadas na raça (...);
- e) ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro (...);
- f) cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra”.<sup>22</sup>

A Procuradoria-Geral da República, através da Vice-Procuradora-Geral da República Débora Duprat, ao se manifestar pela improcedência da ADPF, apontou que o fato da Constituição de 1988 ter elegido um modelo social de atuação, autoriza o Poder Público a criar medidas de cunho afirmativo, que num primeiro momento parecem ser discriminatórias, no entanto promovem a tão almejada igualdade fática.

A Procuradora, em seu parecer, destacou, ainda, quanto a utilização de critério racial, que:

(...) a justiça compensatória não é o único nem mesmo o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior. Ao lado dela, há a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o conseguinte fortalecimento da sua autoestima e combate ao preconceito<sup>23</sup>

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, entendeu que a discriminação racial na sociedade brasileira não deve ser ignorada, de modo que os arguidos agiram por bem e em consonância com a Constituição ao instituírem a medida. Por fim, esclareceu que:

(...) a reserva de vagas não é medida excludente de outras com semelhantes finalidades, que podem com ela conviver. A mera existência de outros meios mais brandos de possível adoção não é argumento apto a qualificar a sistema de cotas como desnecessário ou desmedido<sup>24</sup>

A decisão do Supremo foi unânime e o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, foi seguido por todos os integrantes, tendo sido utilizados diversos argumentos que, no entanto, seguiam uma linha lógica sempre voltada à promoção do princípio da igualdade fática. O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: 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.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar

---

<sup>22</sup> Ibidem, p. 4

<sup>23</sup> Ibidem, p. 8

<sup>24</sup> Ibidem, p. 9

mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados 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.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.<sup>25</sup>

No entanto, para chegar ao objetivo deste ensaio, passar-se-á à análise dos principais argumentos jurídicos do voto do Ministro Relator, trazendo, em cada ponto, um pouco mais de densidade teórica.

Assim, com vistas a sistematizar a discussão, e levando em conta tudo o que foi sopesado no julgamento, concentraremos o mérito da nossa análise basicamente na aferição dos seguintes critérios de justificação para a discriminação positiva debatidos pela Suprema Corte, criados a partir da junção dos argumentos utilizados: (i) se a discriminação realizada guarda compatibilidade com os preceitos constitucionais e não é proibida por ela (ii) se a situação de vulnerabilidade existencial que se pretende combater é oriunda de processos culturais de exclusão; e, por fim, se (iii) a medida discriminatória proposta é capaz, inclusive do ponto de vista da proporcionalidade, de corrigir a distorção identificada.

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 2-3.

### 3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS BASEADAS EM CRITÉRIO RACIAL: OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO STF.

No julgamento da ADPF/DF n° 186, o STF elencou, dentre todos argumentos e teses discutidas, uma série de critérios de justificação que uma política de ação afirmativa, por ser uma espécie de discriminação – mesmo que positiva –, deveria ser submetida para se chegar à conclusão de sua constitucionalidade ou não. Assim, entendeu a Corte que, quanto ao *leading case* das cotas raciais, muito embora não haja previsão expressa e literal sobre elas na Carta Magna, o Poder Público tem o dever de criar tais medidas, juntamente com outras igualmente idôneas, para, ao menos, minimizar a vulnerabilidade social em que se encontram as populações negras no Brasil.

O STF considerou e condensou vários argumentos tais como, necessidade de compensação e justiça distributiva, fomento à diversidade cultural, pluralismo de ideias e, principalmente, a promoção e efetivação do princípio da igualdade; elencando, como já afirmado, os critérios de justificação das políticas de ações afirmativas, os quais passar-se-á a análise.

#### 3.1 SE A DISCRIMINAÇÃO REALIZADA GUARDA COMPATIBILIDADE COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E NÃO É PROIBIDA POR ELES.

Inicialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso que emitiu o voto condutor do julgamento, trouxe a necessária discussão a respeito da compatibilidade das ações afirmativas com os preceitos constitucionais, se guardam relação com o espírito principiológico da Carta Magna e suas normas expressas e implícitas.

No entanto, antes de tudo, é preciso compreender que as normas jurídicas, guardadas outras distinções, são entendidas como o gênero, da qual regra e princípio são espécies. Elas, as espécies, formam o ordenamento jurídico a partir de sua equilibrada relação de completude, em um sistema aberto e altamente permeável por valores, sendo que regras e princípios jamais poderão ser uma ou outra ao mesmo tempo, é o que defende Luís Roberto Barroso<sup>26</sup>:

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra – positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2ª Edição. 2010. p. 383

um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

Diversos autores fazem a distinção entre princípios e regras a partir de sua aplicação ao caso concreto. As regras se amoldam à situação de maneira mais direta e são aplicadas através de subsunção: ou se utilizam no caso ou são dispensadas, de modo que um conflito entre elas se resolve no plano da validade<sup>27</sup>; os princípios, por sua vez, são comandos ou postulados abertos, abrangentes e mais genéricos que permitem maior abertura na interpretação e resolução do caso.

Robert Alexy entende que os princípios jurídicos se caracterizam como mandamentos de otimização que, na prática, devem ser aplicados com a maior abrangência e abertura possíveis para abarcar um número maior de possibilidades jurídicas e fáticas<sup>28</sup>.

Segundo o referido autor, a diferenciação entre regras e princípios, ainda, pode ser percebida através da resolução dos conflitos aparentes no caso concreto; os princípios, quando colidem, precisam ser sopesados e o que tiver maior aplicabilidade para aquele caso é utilizado:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.<sup>29</sup>

É dizer: diferenciam-se os princípios das regras pelo fato dos primeiros possuírem, além da dimensão da validade, a dimensão do peso. Quando um ou mais princípios colidem, aquele que tiver relevância para o caso será aplicado, sem perder, contudo, a sua validade e importância no ordenamento<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>29</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 93.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 93

Feita essa distinção, urge efetuar a análise da igualdade e suas nuances, enquanto princípio, com o fito de encontrar fundamento constitucional para discriminação positiva na visão do Supremo Tribunal Federal, julgamento da ADPF 186/DF.

### **3.1.1 As ações afirmativas na Constituição de 1988: Princípio da Igualdade e suas duas acepções.**

A Grécia Antiga, segundo conhecido jargão, é considerada o berço da filosofia. Uma das mais relevantes tematizações do postulado da igualdade foi desenvolvida por Aristóteles, um dos mais clássicos e relevantes filósofos gregos. Para esse importante pensador, a igualdade buscada por todos estava intrinsecamente ligada a promoção da justiça, uma virtude que se divide em duas categorias: a corretiva e a distributiva.

Na visão aristotélica, a justiça corretiva<sup>31</sup> versa sobre as relações entre os indivíduos como iguais, de acordo com seus méritos, de modo que, por essa senda, devem ser tratados em pé de igualdade para se obter um equilíbrio entre eles. De outra banda, a justiça distributiva, que trata da relação Estado-Particular, em que o primeiro deve distribuir bens e riquezas de maneira proporcional entre os indivíduos. Deve-se dar a cada um segundo o seu valor, o seu mérito, ou seja, utiliza-se o critério da proporcionalidade. Sendo assim, há uma sugestão, na compreensão aristotélica, não muito desenvolvida, de que a igualdade possui uma dupla dimensão, quase como que dois princípios autônomos:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. No caso do mal verifica-se o inverso, pois o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior, visto que o primeiro é escolhido de preferência ao segundo, e o que é digno de escolha é bom, e de duas coisas a mais digna de escolha é um bem maior.<sup>32</sup>

A Idade Contemporânea, por sua vez, mais especificamente nas Revoluções Liberais do final do séc. XVIII, foi um marco inicial para as grandes mudanças políticas, sociais científicas e, sobretudo, jurídicas, com a edição dos tão importantes tratados e convenções internacionais, sendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o que obteve maior visibilidade – um marco na nova ordem internacional. Esses acordos e documentos consagraram garantias e direitos individuais que exerceram – e exercem –

<sup>31</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção Os Pensadores – Vol. 2. São Paulo: Nova Cultural. 1991. Pag. 104.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 103

importante limitação ao poder estatal. O princípio da igualdade, nesse momento, teve grande protagonismo.<sup>33</sup>

Na verdade, desde os primórdios do Estado Moderno o princípio da igualdade foi esculpido como direito fundamental, muito embora, afirma Cármen Lúcia<sup>34</sup>, até a década de 60, nenhum Estado Democrático “[...] se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta” o que fez com que os “[...] negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc.” continuassem, em função dessa omissão estatal, “em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos [...]”.

Assim, construiu-se a ideia de que o princípio da igualdade seria dirigido única e exclusivamente ao legislador e ao intérprete da lei, no sentido de ser-lhes vedado aplicar as normas com pessoalidade. Contudo, ter esse entendimento restritivo do princípio da igualdade pode gerar injustiças e incoerências, posto que, ao exigir que “[...] toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas.”<sup>35</sup>

O fato de que todos devem ser tratados de maneira igual pelo legislador, não pode significar que ele deva colocar todas as pessoas em uma posição jurídica igual, sem considerar, nesse desiderato, as particularidades que distinguem cada indivíduo, sob pena de editar leis inócuas. Por outro lado, [o legislador] não pode exigir que “todos sejam iguais em todas as características naturais ou condições de fato (ex: todos devem ter cor os olhos iguais, na prática impossível)”<sup>36</sup>. Nesse sentido, a lição de Alexy<sup>37</sup>:

Portanto, o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção.

---

<sup>33</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, p. 85-99, 1996 | Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado, v. 3, n. 10, p. 649-664, jul./set. 1996. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso: 04 de novembro de 2016.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 284.

<sup>35</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 394.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 395-396.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entende que o enunciado da igualdade deve vincular todas as instâncias<sup>38</sup>, ao passo que, no julgamento da ADPF nº 186/DF, a Corte Maior entendeu que o constituinte de 1988 não se ateve apenas a proclamar a igualdade de todos diante da lei; mas, sobretudo, a conferir aplicabilidade ao princípio, assegurando igualdade de fato e considerando, para este fim, as diferenças de cada um<sup>39</sup>:

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo, acidentais. Além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Ora, a igualdade material, fática ou substancial, que deve ser compreendida para além da concepção meramente formal de igualdade do Liberalismo, impõe uma nova visão ativa, dinâmica e coerente, na qual as desigualdades reais existentes na sociedade devem ser consideradas e enfrentadas, de modo que os indivíduos e grupos em situação de desigualdade sejam tratados de maneira distinta. Em outras palavras, “a igualdade material leva em consideração as desigualdades concretas existentes na sociedade, tratando de forma desigual as situações não iguais da sociedade<sup>40</sup>”.

Sobre a igualdade de fato e a atenção que o legislador e o aplicador do direito devem dar a ela, Joaquim Barbosa<sup>41</sup> adverte:

Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

É aí que, para viabilizar a igualdade material e proporcionar um tratamento isonômico de fato, o Estado pode se valer de políticas universalistas que utilizem a diferença das pessoas

---

<sup>38</sup> Cf. AgR nº AI 360.461/MG.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 4.

<sup>40</sup> SANTOS, Antônio Carlos Costa. **Cotas para negros na universidade. Uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988**. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007, p. 15.

<sup>41</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. In: Santos, Sales Augusto. **Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas**. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007, p. 2.

– o que num primeiro momento pode parecer algo negativo – para atribuir-lhes certa vantagem ou benefício temporários, de modo a permitir a superação das desigualdades e injustiças que sobre elas recaem – a aparente discriminação negativa se torna positiva<sup>42</sup>. Claro que, o segredo da correta compreensão do princípio da igualdade e da diferença entre suas duas nuances (formal e material) está “não na proibição de quaisquer diferenciações nem na possibilidade de quaisquer diferenciações mas na fundamentação do tratamento jurídico desigual”<sup>43</sup>, como bem apontado por Robert Alexy<sup>44</sup>:

Quando o art. 5, caput, determina a fórmula clássica, que todos os homens diante da lei são iguais, para o Brasil, então isso não significa que não pode ser diferenciado. Essa prescrição não prescreve, por exemplo, que pobres e ricos devam pagar impostos no mesmo montante. Isso mostra que diferenciações são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis.

Na verdade, a utilização de políticas de ação afirmativa, que promovem a igualdade material e levam à superação de desigualdades e injustiças históricas, como as cotas raciais para ingresso nas universidades públicas, integram o conceito de democracia, pois nesta, no entender de Boaventura de Sousa Santos, “[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza.”, assim, faz-se necessária “[...] uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”<sup>45</sup>.

As conclusões de Daniela Ikawa são no mesmo sentido a arrematam o ponto:

O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças (...) ao desconsiderar diferenças em identidade. (...) Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal. (...) O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas. (...) As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas

<sup>42</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>43</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 24.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51.

<sup>45</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio e Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si”.<sup>46</sup>

Portanto, tem-se que o tratamento diferenciado dispensado às pessoas desiguais se equipara formalmente com o tratamento igual dispensado aos iguais e não viola o núcleo vital do princípio da igualdade, ao contrário, o promove. A aplicação da máxima aristotélica resolve o conflito aparente entre as nuances formal e material do princípio da igualdade.

### **3.1.2 As ações afirmativas na constituição de 1988: o princípio da solidariedade e a determinação constitucional de reparação do art. 3º da Carta Magna.**

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988, apesar de não ser dotado de força normativa<sup>47</sup>, plasma em sua redação a ideia, oriunda do novo constitucionalismo brasileiro, de que não há, ainda, democracia social – tampouco racial – ou justiça social de fato, mas somente o compromisso constitucional de alcançá-los através de mudanças gradativas na sociedade e redução das desigualdades sociais, econômicas, regionais etc.<sup>48</sup>;

Esse compromisso pode ser percebido em diversos dispositivos da Constituição. Todos eles dialogam, completam e dão efetividade ao princípio da igualdade.

No julgamento da ADPF/DF 186, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, apontou que o inciso I do art. 3º da Carta Maior evidencia, embora de maneira implícita, a necessidade de se reparar os danos sofridos pelas pessoas negras no passado, para, então, satisfazer o comando constitucional e construir uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, apontou o ministro, as cotas raciais servem como meio para o Estado, na qualidade de ente interventor, garantir que todos tenham acesso à educação em igualdade de condições. Trata-se do postulado da solidariedade combinado com o ideal de justiça compensatória.

No entender de Philippe Perrenoud “a solidariedade é uma construção social e cultural, uma conquista frágil da civilização contra o egocentrismo e o egoísmo”. O sociólogo

---

<sup>46</sup> IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. pp. 150-152 *apud* ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 36 do voto.

<sup>47</sup> Cf. ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, DJ de 8-8-2003.

<sup>48</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, p. 85-99, 1996 | Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado, v. 3, n. 10, p. 649-664, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso: 04 de novembro de 2016. Pag. 288

suíço indica, ainda, que há necessidade da construção de uma consciência coletiva acerca da solidariedade, da feita que ela é fato social construído a partir das lutas individuais e sociais.<sup>49</sup>

A solidariedade, portanto, constituindo-se como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, deve envolver toda sociedade, abrindo espaços de diálogo e não sendo encarada como simples dever de fazer caridade.

A lição de Cármen Lúcia é contundente:

Verifica-se, na Constituição de 1988, que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são verbos de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. (...) Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição Federal assegura como direito fundamental de todos.<sup>50</sup>

Ora, o art. 3º da Carta Maior, a um primeiro olhar, define objetivos a serem perseguidos pela República, mas, ele vai além: reconhece que a nação não dispõe de todos os meios para o exercício da liberdade, portanto não pode ser justa. E se justa não é, mantém vivas desigualdades e preconceitos que a impendem de ser solidária. O princípio da solidariedade é uma determinação constitucional para que o Estado, fazendo uso de políticas públicas, alcance o princípio da igualdade logo adiante esculpido no art. 5º da Constituição.

Em outras palavras, a construção de uma sociedade justa e solidária (princípio da solidariedade) e a busca pela redução das desigualdades sociais e regionais estão associadas à concretização do princípio da igualdade material (igualdade de fato), legitimando, portanto, a adoção de políticas afirmativas (ações afirmativas ou discriminações positivas), por parte do Estado, e que promovam “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

---

<sup>49</sup> PERRENOUD, Philippe. **As competências a serviço da solidariedade.** *Apud* CASALI, Guilherme Machado. **O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da república federativa do Brasil.** Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

<sup>50</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, p. 85-99, 1996 | Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado, v. 3, n. 10, p. 649-664, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso: 04 de novembro de 2016. pag. 93-94.

### 3.2 SE A SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE [DO GRUPO] QUE SE PRETENDE COMBATER É ORIUNDA DE PROCESSOS CULTURAIS DE EXCLUSÃO.

As ações afirmativas, como já explicado, somente se justificam se empregadas para reparar ou mitigar uma situação de vulnerabilidade de algum grupo e incluí-lo no meio social.

Algumas das sociedades contemporâneas ocidentais vivenciaram o horror da escravidão e, conseqüentemente, do preconceito, da estigmatização e da marginalização das pessoas negras e de outras minorias étnicas. A ideia de supremacia das raças, por muito tempo embasada em teses científico-biológicas, fomentou uma percepção pejorativa de grupos historicamente escravizados e subjugados e, hoje, alimenta (não sozinha), ainda, grande parte do preconceito e das desigualdades. Assim, falar do princípio da igualdade como garantia unicamente formal, desconsidera as diferenças das pessoas e permite que injustiças se perpetuem.

Com vistas a analisar a existência dessa vulnerabilidade para, só então, julgar idôneo ou não o critério racial, o STF decidiu, inicialmente, por afastar “[...] o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério [...]”, da feita que, no entender do Ministro Relator, “[...] se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais [...]”, intencionalmente subjugados.

#### **3.2.1 O afastamento do conceito biológico de raça pelo Supremo Tribunal Federal. A discriminação em função da marca e não da origem.**

A revolução do pensamento científico, especificamente no que concerne às ciências naturais, contribuiu significativamente para criação e estabelecimento do conceito de raça ao longo da história: surge o racismo<sup>51</sup> No entanto, é a partir da publicação das obras de Charles Darwin – *Origem das Espécies* e “*On Races of Man*” – que a definição de raça ganhou maiores contornos e passou a ser utilizada para fundamentar a tese da existência de raças,

<sup>51</sup> “(...) uma visão racista postula que existem “características hereditárias” nos seres humanos que permitem dividi-los em um pequeno número de raças cujos membros compartilham “certos traços e tendências” entre si que não compartilham com nenhum membro de outra raça. Tais traços e tendências formariam a “essência racial” dos grupos humanos; “essência racial” que vai além das características fenotípicas (características visíveis, como cor da pele, tipo de cabelo etc.)” OLIVEIRA FILHO, Pedro de; SANTOS, Isabella de Oliveira; SOARES, Michelle Beltrão. **Racialismo e antirracismo em discursos de estudantes universitários**. Rev. psicol. polít., São Paulo, v. 10, n. 19, p. 25-40, jan. 2010. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-549X2010000100004&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000100004&lng=pt&nrm=iso)>. acesso em 14 mar. 2017.

dentro da espécie humana, baseadas em diferenças de ordem física e fenotípica, bem como a superioridade de umas sobre as outras. É o darwinismo social.

Muito antes disso, Imanuel Kant publicou diversos ensaios acerca do conceito de raça, com destaque ao intitulado “*Of the Different Human Races*”, de 1775, em que defendia a importância de se encontrar um conceito biológico de raça para servir de base à teoria do monogenismo<sup>52</sup>. Joana Inês Pontes<sup>53</sup> afirma que Kant “[...] considera a raça branca superior em talento às raças 'não-brancas' (*nonwhite*) e desenvolve uma teoria racista monogenética que procura explicar de que forma o clima, as condições de vida e as dietas podem causar aparentes diferenças nos grupos humanos [...]”.

A tese do racismo fomentou e fortaleceu a ideia de superioridade racial, posto que os pensadores racialistas afirmavam que, pelo fato de haver diferenças de ordem racial entre os seres humanos, não haveria espaço para qualquer teoria que pregasse a igualdade entre todos – o que dirá uma política pública de ação afirmativa.<sup>54</sup>

Atualmente, os avanços da genética põem em questão a existência de raças dentro da espécie humana. Assim, as ciências naturais que ajudaram a definir o conceito biológico, hoje, tendem a negá-lo e a desconstruí-lo.

No entanto, essa inclinação atual de abandono do referido conceito não implica necessariamente descartar a existência dessa classificação como uma construção humano-cultural, podendo, como bem afirmou o ministro relator, “[...] vincular-se a diversas perspectivas ideológicas, políticas e econômicas em torno da questão racial, como no caso da implementação de políticas de ações afirmativas em universidades brasileiras.”<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> “(...) hipótese segundo a qual a humanidade constitui uma única espécie, descendente de um ancestral comum. (Como hipótese ou teoria científica, o monogenismo tornou-se largamente aceito a partir de meados do século XIX, em decorrência da teoria darwiniana da evolução, sendo também um princípio hoje praticamente inquestionado da antropologia social e cultural.)” Disponível em: <<http://www.klickeducacao.com.br/bcoresp/bcorespmostra/0,5991,POR-3893-h,00.html>> Acesso em: 14 de março de 2017.

<sup>53</sup> PONTES, Joana Inês. **Kant e o conceito biológico de “raça”: pode a teoria monogenética racial de Kant ter futuro?** Disponível em: [http://www.academia.edu/3839673/KANT\\_E\\_O\\_CONCEITO\\_BIOL%C3%93GICO\\_DE\\_RA%C3%87A\\_](http://www.academia.edu/3839673/KANT_E_O_CONCEITO_BIOL%C3%93GICO_DE_RA%C3%87A_) Acesso em: 14 de março de 2017.

<sup>54</sup> SILVA, Kalina Vanderlei. **Dicionário de conceitos históricos**. 2.ed., 2ª reimpressão. – São Paulo: Contexto, 2009.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

O historiador e jurista português Antônio Manuel Hespanha<sup>56</sup>, citado pelo ministro Ricardo Lewandowski no bojo de seu voto, aponta o início da construção da ideia de raça do ponto de vista social e cultural a partir da imposição de um modelo ocidental branco de convívio jurídico e político sobre outros povos e culturas, o que gerou a taxação de pessoas e sociedades como inferiores:

(...) a questão étnica apresenta analogias muito fortes com a questão gênero. Em ambos os casos, o argumento relativamente ao direito (ocidental) é o mesmo. Ele está pensado por brancos (...), fundado na sua cultura (na sua visão do mundo, na sua racionalidade, na sua sensibilidade, nos seus ritmos de trabalho, nos seus mapas do espaço, nos seus conceitos de ordem, de belo, de apropriado, etc.) e prosseguindo, portanto, os seus interesses. Conceitos jurídicos formados na tradição cultural e jurídica ocidental (...) foram exportados como se fossem categorias universais e aplicadas a povos a que eles eram completamente estranhos, desagregando as suas instituições e modos de vida e aplicando-lhes os modelos de convívio jurídico e político do ocidente. Isto não teria a ver apenas com as diferenças culturais originais, mas também com a conformação da mentalidade ocidental e nativa por séculos de experiência colonial europeia. Esta teoria começado por 'construir' os conceitos de raça (como a história prova que aconteceu) e, depois, teria habituado a cultura ocidental a relações desiguais com as outras culturas, consideradas como culturas inferiores, sujeitas à tutela educadora dos europeus

Sendo uma grande referência nos estudos que envolvem questão racial, Oracy Nogueira<sup>57</sup> desenvolveu muitos trabalhos sobre o tema no Brasil e nos Estados Unidos, criando a tese de preconceito de origem e preconceito de marca. Para esse importante autor, é preciso compreender que o preconceito racial é uma “(...) disposição desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica.”. Quando esse preconceito de raça é relacionado à aparência do indivíduo – traços, fisionomia, sotaque e características fenotípicas em geral – estar-se-á diante do preconceito de marca. Quando, por outro lado, o fato de uma pessoa pertencer ou descender de determinado grupo étnico ensejar discriminação, entende-se configurado o preconceito de origem.

Enquanto nos EUA é predominante o preconceito de origem, que discrimina pela ancestralidade e pelas origens do indivíduo, no Brasil impera o preconceito de marca, em que a cor da pele, a aparência e o fenótipo constituem o motivo da discriminação, daí não ser

---

<sup>56</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 238-239 apud ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 36 do voto.

<sup>57</sup> NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem**. In: BASTIDE, Roger & FERNANDES, Florestan (orgs.), *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo, Anhembi e Unesco, 1955, p. 292.

necessário definir quem é negro, índio, pardo etc, considerando que, aqui, a discriminação, como já dito, é de marca e não de origem.

Na verdade, o preconceito racial existente no Brasil, apesar de seu passado escravocrata, nunca se manifestou através de um ódio racial coletivo, como ocorreu nos Estados Unidos, em que organizações racistas ensejavam ódio e praticavam crimes contra afroamericanos – Ku Klux Klan, Conselhos de Cidadãos Brancos, etc.

Assim, a análise do dilema das ações afirmativas deve fundar-se em estudos sociológicos, históricos e antropológicos acerca das questões raciais do país.

A Ministra Rosa Weber<sup>58</sup>, em seu voto, constatou que “[...] a concepção de branco e não branco varia de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo ou da mesma família, e atua – insidioso e abominável como qualquer forma de discriminação -, mediante a preterição. Assim, no seu sentir, “[...] ao concorrer em igualdade de condições, a pessoa “escura” será sempre preterida por uma pessoa mais “clara”, e na hipótese de demonstração, pela pessoa mais 'escura', de inegável superioridade em inteligência e habilidades, o que se permite é que se lhe abra 'uma exceção’”.

O entendimento da ministra se alinha ao que conceitua Oracy Nogueira<sup>59</sup>, da feita que a percepção do que se entende por negro, pardo, índio ou branco, está repleta de subjetividade e pode variar muito segundo o grau de mestiçagem de um grupo para outro, de uma classe social para outra etc. Tudo gira em torno da escala de aparência racial do indivíduo.

onde o preconceito é de marca, serve de critério o fenótipo ou aparência racial; onde é de origem, presume-se que o mestiço, seja qual for sua aparência e qualquer que seja a proporção de ascendência do grupo discriminador ou do grupo discriminado, que se possa invocar, tenha as “potencialidades hereditárias” deste último grupo e, portanto, a ele se filie, “racialmente”.

Onde o preconceito é de marca, como no Brasil, o limiar entre o *tipo* que se atribui ao grupo discriminador e o que se atribui ao grupo discriminado é indefinido, variando subjetivamente, tanto em função dos característicos de quem observa como dos de quem está sendo julgado, bem como, ainda, em função da atitude (relações de amizade, deferência etc.) de quem observa em relação a quem está sendo identificado, estando, porém, a amplitude de variação dos julgamentos, em qualquer caso, limitada pela impressão de ridículo

ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem.

Assim, a concepção de branco e não-branco varia, no Brasil, em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região.

<sup>58</sup> ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 10 do voto da Ministra Rosa Weber.

<sup>59</sup> NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem**. In: BASTIDE, Roger & FERNANDES, Florestan (orgs.), *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo, Anhembi e Unesco, 1955, p. 293-294.

Thomas Skidmore<sup>60</sup>, ao analisar o tema, lembra que:

(...) tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores – renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir, dando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil mas indisfarçável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que o Brasil escapara da discriminação racial, embora ela nunca tenha sido oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade birracial americana. As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a 'mitologia' que predominava na elite brasileira a respeito das relações raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual

A Suprema Corte, ao afastar o conceito biológico de raça para enfrentar aquele que foi construído histórico-culturalmente, fez cair por terra o argumento de que considerar válidas as ações afirmativas seria corroborar com a já superada ideia de raça biológica. Afinal, “se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las”.<sup>61</sup>

Assim, conforme aponta o Ministro Ricardo Lewandowski, “os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la”. Ou seja, “[...] a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la”<sup>62</sup>.

### 3.2.2 As diferenças etnicorraciais como fatores de exclusão e marginalização.

A perpetuação da discriminação racial dos negros e pardos, histórico-culturalmente construída, endossou a consciência de inferioridade desses grupos e os lançou à margem da sociedade, alheios às oportunidades e sem nenhuma perspectiva. Além disso, as características físicas, a marca, como Oracy Nogueira denomina, e a consciência delas, faz com que os próprios membros do grupo subjugado se vejam em posição inferior com relação aos outros, o que contribui para a exclusão.

<sup>60</sup> SKIDMORE, Thomas E. **Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro** (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296 *apud* ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 23 do voto.

<sup>61</sup> IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**, cit. pp. 105-106.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 21.

Ademais, o número ínfimo de negros e pardos que exercem cargos ou funções importantes na sociedade, que são formadores de opinião e estão nos círculos de decisão e poder, é fruto desse processo histórico de exclusão que, por sua vez, resulta da discriminação de marca perpetuada há gerações e pouco combatida pelo Estado de maneira eficaz.

Nessa linha, o Ministro Relator da ADPF/DF nº 186 trouxe em seu voto apontamentos estatísticos e teóricos feitos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE<sup>63</sup> que evidenciam o abismo de desigualdade que existe entre as pessoas de cor preta, parda e indígena em relação a outros grupos não discriminados, apesar do crescente resgate da identidade racial destas pessoas:

Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD mostram um crescimento da proporção da população que se declara preta ou parda nos últimos dez anos: respectivamente, 5,4% e 40,0% em 1999; e 6,9% e 44,2% em 2009 (Gráfico 8.2 e Tabela 8.1).

Provavelmente, um dos fatores para esse crescimento é uma recuperação da identidade racial, já comentada por diversos estudiosos do tema.

(...)

No entanto, independentemente desse possível resgate da identidade racial por parte da população de cor preta, parda ou de indígenas, a situação de desigualdade que sofrem os grupos historicamente desfavorecidos subsiste. Uma série de indicadores revelam essas diferenças, dentre os quais: analfabetismo; analfabetismo funcional; acesso à educação; aspectos relacionados aos rendimentos; posição na ocupação; e arranjos familiares com maior risco de vulnerabilidade. Por se tratar de uma pesquisa por amostragem, como já destacado, na PNAD, as categorias com menor representação não são incluídas nas tabelas desagregadas por Unidade da Federação.

(...)

Quando se observam as taxas de analfabetismo, de analfabetismo funcional e de frequência escolar, verifica-se uma persistente diferença entre os níveis apresentados pela população branca, por um lado, e as populações preta ou parda, por outro. A média de anos de estudo é uma outra maneira de se avaliar o acesso à educação e as consequentes oportunidades de mobilidade social. A população branca de 15 anos ou mais de idade tem, em média, 8,4 anos de estudo em 2009, enquanto pretos e pardos têm, igualmente, 6,7 anos. Em 2009, os patamares são superiores aos de 1999 para todos os grupos, mas o nível atingido tanto pela população de cor preta quanto pela de cor parda, com relação aos anos de estudo, é atualmente inferior àquele alcançado pelos brancos em 1999, que era, em média, 7,0 anos de estudos. A proporção de estudantes de 18 a 24 anos de idade que cursam o ensino superior também mostra uma situação em 2009 inferior para os pretos e para os pardos em relação à situação de brancos em 1999.

Enquanto cerca de 2/3, ou 62,6%, dos estudantes brancos estão nesse nível de ensino em 2009, os dados mostram que há menos de 1/3 para os outros dois grupos: 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos (Gráfico 8.3 e Tabela 8.4). Em 1999, eram 33,4% de brancos, contra 7,5% de pretos e 8,0% de pardos. (...)

Além das diferenças educacionais, a PNAD desvenda fortes diferenças nos rendimentos. Considerando os anos de estudo (Gráfico 8.5), vê-se que as disparidades concernem a todos os níveis. Faixa a faixa, os rendimentos-hora de

<sup>63</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais – 2010**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsois2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsois2010/SIS_2010.pdf)> *apud* ADPF 186, Rel. Min. Lewandowski, pg. 23-26 do voto.

pretos e de pardos são, pelo menos, 20% inferiores aos de brancos e, no total, cerca de 40% menores. Comparando com a situação de dez anos atrás, houve melhora concentrada na população com até 4 anos de estudo, pois, em 1999, os rendimentos-hora de pretos e de pardos com esse nível de escolaridade representavam, respectivamente, 47,0% e 49,6% do rendimento-hora de brancos, passando a 57,4% para os dois grupos em 2009.

(...)

A desigualdade entre brancos, pretos e pardos se exprime também na observação do “empoderamento”, relacionado ao número de pessoas em posições privilegiadas na ocupação. Na categoria de empregadores, estão 6,1% dos brancos, 1,7% dos pretos e 2,8% dos pardos em 2009. Ao mesmo tempo, pretos e pardos são, em maior proporção, empregados sem carteira e representam a maioria dos empregados domésticos.

Esses dados evidenciaram para a Corte que os fatores de exclusão das pessoas negras, pardas e indígenas, e sua consciência dela, resulta do preconceito de marca construído historicamente e estão intrinsecamente ligados, numa relação de causa e consequência, à desigualdade social que existe na sociedade.

Assim, tem-se que os programas de ação afirmativa em sociedades com esse tipo de exclusão muito acentuada constituem uma forma idônea e mínima de compensar essa discriminação tão forte, arraigada e, inclusive, de alguma maneira, “institucionalizada” em função da omissão Estatal.

Outra questão muito debatida no julgamento e especialmente enfatizada pela arguinte foi a de que o critério etnicorracial de diferenciação no Brasil não se fazia válido ante a impossibilidade de se determinar quais indivíduos pertencem à raça alvo do benefício por conta do processo de miscigenação da população. Essa objeção, segundo a Suprema Corte, não é jurídica, da feita que, para se auferir a constitucionalidade da medida, importa saber apenas se o critério etnicorracial é juridicamente possível. O ponto é perceber que a discriminação e a exclusão no Brasil se dão por conta da cor e da condição econômica. Elucidativos, nessa linha, são as colocações de Fátima Bayma<sup>64</sup>:

No caso americano, foi adotado o sistema “Jim Crow”, no qual valia a chamada “regra da gota de sangue”, ou seja, “one drop rule”, em que uma gota de sangue negro já era o suficiente para que o indivíduo fosse classificado como tal, ainda que na aparência fosse branco. O sistema de classificação de raça era bi racial, e como não havia classificações intermediárias, era-se branco ou negro.

Desse modo, a ancestralidade era um fator mais importante do que a aparência física, de forma que se podia chamar de negro alguém de pele clara e olhos azuis, no caso de essa pessoa ter um ancestral negro e viver em um lugar tipicamente de população negra.

Já no caso brasileiro, a miscigenação é um traço da cultura da nação que nos diferencia do sistema bi racial e do preconceito institucionalizado na sociedade

<sup>64</sup> BAYMA, Fátima. **Reflexões sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais em Universidades Públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas.** Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ensaio/v20n75/06.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v20n75/06.pdf). Acesso em: 04 de novembro de 2016.

americana, o qual, mais especificamente na década de 1960, tornou imperativa a adoção de políticas afirmativas para negros. Registre-se que é essa miscigenação que diferencia a discriminação no Brasil da americana, em relação à população negra.

Assim, este trabalho pressupõe que é possível distinguir pessoas pela raça ou cor – o próprio STF admitiu essa possibilidade no julgamento da ADPF 186 –, o que faz sentido, pois, “no Brasil, a discriminação racial é um fenômeno que tem a sua razão de ser no fenótipo do indivíduo e não em sua cadeia de ancestralidade. Costuma-se afirmar que aqui se pratica o racismo (e estampa), ao invés do racismo de origem.”<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> AUDIÊNCIA PÚBLICA. ADPF 186/DF. Realizada em 03 de mar de 2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < [www.stf.jus.br/arquivo/cms/.../anexo/Notas\\_Taquigraficas\\_Audiencia\\_Publica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/.../anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf)>. Acesso em: 04 de novembro 2016.

#### **4 SE A MEDIDA DISCRIMINATÓRIA PROPOSTA É IDÔNEA E CAPAZ, INCLUSIVE DO PONTO DE VISTA DA PROPORCIONALIDADE, DE CORRIGIR A DISTORÇÃO IDENTIFICADA.**

A sistemática deste trabalho, como já explicado, consiste em analisar os argumentos utilizados pela Suprema Corte quando do julgamento da ADPF nº 186/DF, especificamente os contidos no voto do relator, e organizá-los em três grandes critérios de justificação na qual as ações afirmativas devem ser submetidas – tal como as cotas raciais o foram no caso – para serem consideradas constitucionais ou não, qual sejam: (i) se a discriminação realizada guarda compatibilidade com os preceitos constitucionais e não é proibida por ela (ii) se a situação de vulnerabilidade existencial que se pretende combater é oriunda de processos culturais de exclusão; e, por fim, se (iii) a medida discriminatória proposta é capaz, inclusive do ponto de vista da proporcionalidade, de corrigir a distorção identificada.

Os dois primeiros critérios foram analisados no capítulo dois, de modo que o terceiro critério será organizado neste capítulo, por condensar a extensa conclusão do STF acerca da constitucionalidade das ações afirmativas baseadas em critério racial.

##### **4.1 A PROMOÇÃO DAS JUSTIÇAS COMPENSATÓRIA E DISTRIBUTIVA PELAS AÇÕES AFIRMATIVAS.**

Duas teorias têm sido muito utilizadas, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, para justificar a implementação das medidas de carácter afirmativo: a Justiça Distributiva e a Justiça Compensatória.

No que concerne à Justiça Distributiva, Daniel Sarmento<sup>66</sup> entende que a histórica situação de desvantagem na qual os negros se encontram justifica o estabelecimento do tratamento jurídico especial dispensado a eles, com vistas a distribuir melhor os bens disponíveis na sociedade e promover a equidade.

Pois bem. A interpretação do STF, começando pelo entendimento esposado pelo relator, se fundou, ainda, no citado princípio da justiça distributiva, criado por Aristóteles e reformulado por John Rawls, o que possibilitou interessantes debates na Corte, inclusive

---

<sup>66</sup> SARMENTO, Daniel; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. **Igualdade, direitos sociais e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

acerca da necessidade de as ações afirmativas não serem ações isoladas, mas integrarem programas maiores, mais amplos e mais justos de distribuição das riquezas da sociedade.

No entender de Rawls<sup>67</sup>, a ideia contemporânea de justiça distributiva, baseada numa teoria de justiça que tem a equidade como centro, possibilita a conversão da igualdade formal em igualdade material (e de possibilidades), através de uma distribuição equânime dos bens.

Por essa ótica, a realocação mais igualitária e justa dos recursos em benefício da sociedade, através de uma ação estatal positiva, possibilita a superação das desigualdades sociais do plano fático, e, de quebra, compensa injustiças históricas.

Ademais, apontou o Ministro Ricardo Lewandowski, a Constituição Federal contemplou em seu texto os princípios da justiça distributiva ou compensatória ao propiciar a criação de mecanismos compromissados com a correção dessas desigualdades, superando o plano das ideias das normas programáticas e partindo para o plano fático das políticas de ação afirmativa. Assim, tem-se que o princípio da igualdade, nessa perspectiva, considera as pessoas e os grupos sociais de acordo com sua posição na sociedade – se vulneráveis ou não, se excluídos ou não.

Claro que, sob a ótica da justiça distributiva, chama a atenção o relator ao fato de que a “[...] inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.”<sup>68</sup>

Registre-se que autores como José Cláudio Monteiro de Brito Filho afirmam que o ministro relator confunde os conceitos de justiça distributiva e justiça compensatória ao considera-los como sinônimos, “[...] o que não é adequado e pode levar ao equívoco de se pensar que as ações afirmativas destinam-se a compensar desigualdades e discriminações passadas [...]”<sup>69</sup>.

A Justiça Compensatória, por outro lado, funda-se na necessidade de reparação de injustiças cometidas pelo Estado ou pela sociedade no geral em desfavor de grupos

---

<sup>67</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. Ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenitta Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

<sup>68</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. 3. Ed. São Paulo: LT, 2014, p. 21.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 121

minoritários ou historicamente estigmatizados. A lógica é bem simples: se um grupo ou ente lesiona outro, surge o dever de reparar esse dano, não obstante o passar do tempo.

Assim, justiça distributiva e justiça compensatória são instrumentos que trazem fundamento as ações afirmativas e devem ser aliadas a outros fundamentos e objetivos como: o fomento ao pluralismo de ideia e de pessoas, principalmente nas instituições de ensino, a superação dos preconceitos e estereótipos pejorativos contra os negros e indígenas.

#### 4.2 A VALIDADE DO CRITÉRIO RACIAL PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR: PRINCÍPIO DA MERITOCRACIA VS PRINCÍPIO DO PLURALISMO DE IDEIAS E DE CULTURA.

Importa fazer menção ao argumento utilizado na ADPF 186/DF de que as cotas raciais violariam o tão caro princípio republicano do mérito, segundo qual o acesso ao ensino se dará “segundo a capacidade de cada um”. Luis Felipe Ferreira<sup>70</sup> entende que há duas acepções desse princípio, vejamos:

De início, convém refinar o que se entende pelo princípio do mérito: se “mérito da chegada” ou “mérito da trajetória”. O mérito da chegada se refere ao resultado “na linha de chegada”, ao resultado absoluto, sem serem levadas em consideração as condições iniciais dos competidores (exemplos clássicos são os vestibulares e os concursos públicos). Já o mérito da trajetória se refere ao resultado relativo, considerando-se mais meritório não quem tenha obtido o melhor desempenho absoluto, mas quem tenha obtido o melhor desempenho levando-se em conta os recursos à disposição de cada competidor; em outras palavras, busca-se quem tenha conseguido o máximo de resultado com o mínimo de recursos, sendo, portanto, um exame mais complexo que envolve a análise da própria história de vida dos competidores.

Para o citado autor, se se considerar mérito o de trajetória – em que a obtenção do resultado leva em conta os recursos à disposição dos competidores e sua situação –, as medidas de ação afirmativa não conflitam com o princípio meritocrático, “ao contrário, o fomentariam ao levarem em consideração fatores pertinentes ao trajeto, a exemplo da discriminação.”<sup>71</sup> Por outro lado, se o conceito de mérito for o de chegada – refere-se ao resultado final, sem qualquer referência às condições iniciais –, estar-se-á diante de um conflito aparente entre princípios em que um, no caso concreto, deverá ser restringido.

O art. 206, I, III e IV da Constituição Federal de 1988, determina que a “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão

---

<sup>70</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 92.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 93.

democrática do ensino público”, serão os princípios norteadores e propiciadores do acesso ao ensino no país. Doutra banda, o art. 208, V, da Carta Maior preconiza que o acesso aos níveis mais altos do ensino e da pesquisa se dará “segundo a capacidade de cada um”.

Ora, vê-se que o constituinte, ao passo que elege o princípio meritocrático como o crivo na qual se submetem todos os que querem acessar os níveis mais elevados de ensino, estabelece os princípios da gestão democrática e do pluralismo de ideias, que fomentam a abertura e a expansão desse mesmo ensino. É evidente que esse balanceamento da Constituição, ao mitigar a meritocracia em função dos citados princípios, objetiva, de modo mais amplo, prestigiar o princípio da igualdade fática.

E isso não implica abolir o mérito como principal condição para o acesso, mas sim, com vistas a promover maior justiça, permitir que mais pessoas e grupos, inclusive os minoritários, tenham acesso ao ensino superior, ao aliá-lo a outros critérios que corrijam desigualdades. Trata-se claramente da aplicação da ponderação para resolução de conflito entre os princípios com vista a promover outro – a igualdade.

Nesse sentido, José Cláudio Monteiro<sup>72</sup> faz apontamentos interessantes:

É que, não obstante o mérito seja o elemento, pode-se dizer, principal, do dispositivo, ele claramente não é único, pois, caso assim fosse, isso teria sido dito de forma expressa, embora, de outra banda, esteja óbvio que a menção à capacidade tenha sido feita para diferenciar dos níveis mais básicos do ensino que ou são universais (o fundamental), ou com pretensões de universalização (o médio), ou seja, para indicar que o ensino superior é um recurso escasso e que só será acessível a quem detiver capacidade para tal. Deve ser considerado, dessa feita, que no ensino superior o mérito será levado em conta, mas nada impede que isso seja feito observando o fato de que, havendo integrantes de grupos que, por determinadas circunstâncias, estão em desvantagem no acesso a bens determinados, um deles o ensino, é possível a conclusão de que outras condições podem ser impostas para que exista igualdade real nas chances de acesso ao bem ensino superior, e isso não será alcançado simplesmente criando - em verdade, mantendo - situação em que apenas os mais bem aquinhoados, económica e socialmente, têm de fato acesso a ele.

Em outras palavras, mesmo que, por determinação constitucional, o mérito ainda seja o elemento principal para acesso ao ensino, deve se ter em mente, que os grupos em situações de desvantagens na competição – no sistema meritocrático, basicamente, há uma competição pelas vagas – precisam ser levados em conta e outros critérios que reconheçam essas diferenças sejam estabelecidos, sempre com o intuito de promover a igualdade real.

O Supremo, além de considerar idôneo o critério racial, entende que ele tem força para mitigar o princípio do mérito (de chegada), não apenas por que é grande ferramenta de

---

<sup>72</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. 3. Ed. São Paulo: LT, 2014, p. 83

correção de injustiças e desigualdades históricas, mas também porque representa o fomento ao pluralismo de ideia, princípio tão perseguido pelo ensino público superior.

O próprio ministro relator afirmou que a adoção do critério racial e socioeconômico objetiva antes de tudo assegurar que “a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.”<sup>73</sup>

As medidas de ação afirmativa significam a valorização da diversidade étnica e regional do país, além de fomento ao pluralismo de ideias e relações sociais, principalmente no âmbito da universidade, mesmo que, num primeiro momento, tais medidas forcem a inclusão de novos grupos. Assim, cumprirão “[...] uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social<sup>74</sup>”, com vistas a um “[...] benefício geral na medida em que se supõem vantagens comparativas a sociedades que promovem o pluralismo.”<sup>75</sup>

Ademais, as Universidades, principalmente as públicas, exercem o importante papel na sociedade de integrar e sistematizar o conhecimento científico. No entanto, pelo menos no Brasil, serviram ainda como centro de formação das elites, contribuindo para a conservação do arcabouço hegemônico e treinando o seletivo grupo de pessoas destinadas a ocupar os cargos de relevo e poder no país; são profundas as raízes da exclusão<sup>76</sup>.

Assim, acertado o entendimento da Suprema Corte de que o grande beneficiado com tais programas não é necessariamente quem usufrui delas individualmente, mas sim todo o meio acadêmico, pois o espaço da universidade, para alcançar o que se propõe, precisa desmitificar preconceitos, romper paradigmas e compilar o máximo de ideias possíveis – e

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 3

<sup>74</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. **Implementação do direito à igualdade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, a. 5, n 21, p. 139-145, out/dez. 1997, p. 143.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>76</sup> “O produto dessa formação da elite política foi de certa maneira a adoção de algumas soluções que estiveram diretamente ligadas à fundação do Estado brasileiro, tais como a opção monárquica, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável. Aliada a essas consequências, constatava-se a íntima relação dessa elite política com a burocracia estatal, de tal modo que embora existisse distinção formal e institucional entre as tarefas judiciárias, executivas e legislativas, essas, em grande parte do tempo, estiveram confundidas na pessoa dos mesmos executantes, e a carreira judiciária se tornava parte integrante do itinerário que levava ao Congresso e aos conselhos de governo”. CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de Sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 197.

fazê-las coexistir, claro – sempre com vistas na “construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.<sup>77</sup>”.

#### 4.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MODULADOR DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A Suprema Corte, para formar seu convencimento a respeito da idoneidade das ações afirmativas de cunho racial, como medida capaz de cumprir o papel para qual foram designadas, precisou verificar sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, o princípio da proporcionalidade vem sendo usado pelo STF como importante instrumento na resolução de colisões entre princípios, baseando-se em diversas teorias e premissas tais como: exigência de racionalidade da decisão judicial, proibição do excesso de uma lei em relação ao seu fim e da proteção deficiente e a identificação da proporcionalidade com a razoabilidade<sup>78</sup>.

É cediço que os princípios, na visão de Alexy, são mandamentos de otimização que devem ser satisfeitos em maior escala, em sua totalidade, sem restrições ou bloqueios. Qualquer decisão que implique impor empecilhos à prevalência de um princípio só se legitima no caso concreto, havendo uma justificativa plausível ou um outro princípio que precisa prevalecer. Deve-se, ainda, esgotar todas as alternativas à essa restrição; daí, como consequência lógica, surge o dever de proporcionalidade. É o que defende Luis Felipe Ferreira<sup>79</sup>:

Há, portanto, o dever de se realizar um princípio qualquer de forma ótima, sem sacrifícios desnecessários ou injustificados. Seguindo-se essa linha, é de certo modo intuitivo que uma intervenção em um princípio não será “legítima” ou “necessária” se não houver uma razão que a justifique e que essa razão seja “mais importante” que a limitação ao princípio em questão. Também se pode inferir que, se houve outro meio para se atingir aquilo que se pretende sem a restrição ou com restrição menor ao princípio em questão, a restrição mais gravosa “sacrifica desnecessariamente” a realização do princípio limitado. Dessa maneira, da própria estrutura dos princípios se deduz o “dever de proporcionalidade” ou “máxima da proporcionalidade”. A máxima da proporcionalidade é uma consequência lógica da estrutura dos princípios da forma como é estabelecida pela teoria dos princípios.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 32

<sup>78</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>79</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 45.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três grandes acepções, qual sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Cada uma dessas nuances do princípio apresenta peculiaridades que precisam ser observadas no caso concreto para, só então, se chegar à conclusão de sua proporcionalidade ou não.

Inicialmente, a análise da adequação de uma medida está ligada sobretudo na observância da “proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”<sup>80</sup>, bem como se ela é capaz de contribuir com eficácia na realização do objetivo constitucional à qual foi destinada.

O exame da necessidade implica fazer uma comparação com outras medidas e táticas, a fim de saber se esta que se emprega é realmente a mais coerente, menos danosa e eficiente ao que se propõe.

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito deve considerar o peso dos princípios, afastando aquele que não serve para o caso e fazendo o outro prevalecer; trata-se do sopesamento para resolução das colisões entre princípios.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao analisar a proporcionalidade das medidas que estabelecem tratamentos jurídicos desiguais, condensou as três acepções do princípio na averiguação, ante a necessidade de modulação do entendimento, da natureza transitória dessas políticas de ação afirmativa e na proporcionalidade, em sentido estrito, entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

#### **4.3.1 A necessidade de que as Políticas de Ação Afirmativa sejam temporárias**

Considerando que a discriminação racial no Brasil é uma construção histórico-cultural que se funda, como anteriormente trabalhado, no preconceito de marca e não no de origem, já que o conceito biológico resta há muito superado, não há porque se falar na perpetuação das medidas de ação afirmativa no tempo.

Portanto, a partir do momento em que os processos de exclusão oriundos das fortes amarras dos preconceitos forem corrigidos e as medidas de ação afirmativa cumprirem o papel constitucional a elas designadas, dando efetividade ao princípio da igualdade, principalmente na sua acepção material, devem a discriminação positiva ser cessada.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 3

A própria Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (promulgada pelo Decreto nº 65.810/1969), apesar de não trazer determinação expressa acerca da transitoriedade das medidas de ação afirmativa, menciona que as políticas, “[...] após terem sido alcançados os seus objetivos”, não devem persistir no tempo.

A literatura do tema aponta no sentido de que, de fato, as medidas de ação afirmativa não podem ser perpétuas, porém também não devem estar vinculadas a prazo de duração previamente estabelecido, sob pena de não se conseguir corrigir a distorção:

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. Isso leva à conclusão de que são medidas temporárias, com uma duração limitada no tempo. Certo. Mas essa conclusão não significa que os programas de ação afirmativa deverão, sempre, trazer um termo final no ato de sua instituição. É que, em alguns casos, e isto é comum para as ações afirmativas, as medidas adotadas não serão capazes de, rapidamente, ou em tempo previamente determinado, produzir o acesso a bem específico em condições de igualdade entre os integrantes de determinado grupo vulnerável e o restante da comunidade. Nesse caso, não há sentido em pretender que, desde a instituição, já seja fixado o tempo que perdurará o programa; no máximo, o que pode ser feito é prever que em determinado prazo o programa seja reavaliado, para que seja decretado o seu término, caso a igualdade tenha sido alcançada, ou para ajustes, caso necessário ou, então, como já defendi no passado, mas agora de forma menos rígida, prevista uma condição para o encerramento do programa, em definitivo ou, até, de forma provisória, quando o objetivo da medida for completado.<sup>81</sup>

Só tem sentido “[...] atribuir às medidas de ação afirmativa o caráter de ‘temporárias’ se se entender que são temporárias aquelas medidas que, após ter sido atingido o seu objetivo, não deverão permanecer”, porém, “[...] qualquer norma jurídica que não mais atenda às razões que a sustenta não deve permanecer.”<sup>82</sup>

Em consonância com os apontamentos da doutrina, o STF entendeu que as políticas de ação afirmativa baseadas em discriminação positiva são se legitimam se a distorção ou exclusão histórico-cultural ainda persistir; é uma relação de condição. Se assim não fosse, as medidas se tornariam privilégios permanentes destinados a grupos específicos que prejudicariam a coletividade e seriam, por óbvio, incompatíveis com a Carta Maior.

---

<sup>81</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. 3. Ed. São Paulo: LT, 2014, p. 69.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 84

### **4.3.2 O princípio da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.**

Ora, para que as políticas de reserva de vagas que utilizam critério racial sejam reputadas constitucionais é necessário que, além de não serem proibidas pela Carta Magna e limitadas no tempo, obedeçam ao princípio da proporcionalidade, especificamente quanto a razoabilidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

Isso significa que na verificação da proporcionalidade deve-se analisar o grau de afetação do princípio da igualdade formal e a qualquer dos outros princípios, ao passo que constatar se houve, de fato, a promoção do princípio da igualdade material. Verificar se houve razoabilidade na medida visa, sobretudo, dar justificativa para a restrição de princípios pelo sopesamento.<sup>83</sup>

Trata-se, como afirmado, de um juízo de ponderação entre os postulados e objetivos que estão em ‘conflito’: de um lado, a necessidade de programas afirmativos para integrar o negro e, de outro lado, a violação aos direitos dos demais cidadãos que não foram beneficiados com essas medidas. Assim, condiciona-se a validade da medida estatal, aferindo-se a sobrepujança dos benefícios logrados com as prestações, perante os ônus que elas acarretem.

No caso submetido ao STF – cotas raciais estabelecidas pela UnB – a reserva de 20% das vagas para candidatos negros e de um “pequeno número” dessas vagas para indígenas, no prazo de 10 anos, foi considerada providência adequada, idônea e proporcional ao atingimento das metas que se propunha.

Auferir a proporcionalidade no presente caso, significa perceber se a utilização das medidas observa estritamente os comandos da Constituição e persegue os valores que ela definiu como certo, sem criar, contudo, outras formas de discriminação injustificada, mas, tão-somente, propiciar que os grupos historicamente excluídos tenham maiores oportunidades de acesso.

A decisão da Corte<sup>84</sup> em julgar constitucional as medidas de ação afirmativa baseadas em critério racial levou em conta “[...] a correção de desigualdades sociais, historicamente

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016

determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica.”, tendo em vista que ela [a política de ação afirmativa] “[...] não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho cuidou de analisar o julgamento da ADPF n° 186/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, compilando os argumentos utilizados, principalmente os do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto foi seguido por todos os ministros, e os sistematizando em três grandes critérios de justificação pública na qual as políticas de ações afirmativas precisam ser submetidas para se aferir sua constitucionalidade.

O primeiro critério consiste em verificar a compatibilidade das medidas com a Constituição, especificamente quanto ao princípio da igualdade. Este, por sua vez é classificado em formal – igualdade de todos perante a lei – e material – igualdade de condições. A análise objetivou perceber que as Ações Afirmativas, apesar de, em um primeiro momento, não serem compatíveis com a igualdade formal, promovem a igualdade material e, por obvio, realizam justiça. Outro argumento nesse critério é o de que, por tais medidas, se dá efetividade aos objetivos constitucionais constante no art. 3° da Carta Maior, de erradicação das desigualdades e promoção de uma sociedade justa, fraterna e solidária (princípio da solidariedade), ao passo que se alinha ao determinado pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

O segundo critério de justificação criado pelo Supremo Tribunal Federal se funda na constatação da vulnerabilidade do grupo alvo das políticas afirmativas, da feita que estas só se justificam se empregadas para reparar danos e integrar os que foram excluídos socialmente. Para tanto, o STF decidiu afastar o conceito biológico de raça – cientificamente superado – para então utilizar aquele construído historicamente. E assim o fez por considerar que a exclusão dos negros, pardos e indígenas no Brasil se deu em função do preconceito de marca, desenvolvido durante mais de um século de escravidão, e não no de origem, que considera a ancestralidade.

Por fim, o último critério sistematizou as conclusões da Suprema Corte quanto a idoneidade das políticas de ações afirmativas de cunho racial. Para o ministro relator, tais medidas são instrumentos eficazes para reparar os danos sofridos pelos grupos étnicos excluídos ao longo do tempo (justiça compensatória) ao passo que promovem a distribuição mais justa e equânime dos bens e recursos produzidos pela sociedade no geral (justiça distributiva).

No entanto, apontou o STF, a chave para se declarar idônea ou não uma medida afirmativa é verificar sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, entre os

meios empregados e os fins perseguidos, e, por consequência, se são capazes de cumprir o papel para qual foram criadas. Em outras palavras, criou-se os critérios de justificação pública na qual foram e devem ser submetidas as medidas de ação afirmativa para serem reputadas compatíveis com a Carta Maior, se estas objetivarem a “[...] correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica<sup>85</sup>”

Seguindo a linha da Corte Maior, entendemos que ações afirmativas são medidas que precisam ser temporárias, sob pena de se criar benesses definitivas que privilegiam grupos específicos, muito embora, elas devam durar o suficiente para corrigir a distorção identificada.

Ora, passados quase seis anos do julgamento da ADPF nº 186/DF (26 de abril de 2012), que declarou constitucionais as ações afirmativas de cunho racial, é de se perceber que o caminho da construção de uma sociedade mais justa e igualitária é longo e cheio de desafios, da feita que ainda há resistência e dificuldades para implementação das políticas. Porém, ao menos em nossa visão, é extremamente difícil negar a necessidade dessas medidas no país, tão marcado pela desigualdade social secular, em que a própria Constituição, sensível à essa realidade, determinou a perseguição dos princípios da igualdade e da solidariedade sem, contudo, descuidar-se da proporcionalidade.

A possibilidade de uma política pública falhar parcialmente ou não ser eficaz como se esperava não deve ser motivo para considerá-la inadequada ou desproporcional. O Supremo ponderou isso bem, inclusive durante a fase de audiências públicas, em que as experiências das universidades demonstraram que os objetivos das cotas têm sido alcançados, quer seja com a maior inserção de negros, pardos e indígenas no meio acadêmico, quer seja com o fomento da pluralidade e diversidade de ideias nesses espaços.

Claro que, no nosso sentir, mesmo declarando a constitucionalidade das cotas, o STF não pôde – e não pode – decidir sobre como tais medidas devam ser operacionalizadas no plano prático, cabendo às universidades – e ao Poder Executivo, no geral –, fundados na autonomia universitária e, sobretudo, na razoabilidade, estabelecer parâmetros objetivos e coerentes com os fins que se pretende. Na verdade, a proporcionalidade deve nortear todo o processo, desde a criação das medidas até sua implementação.

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, p. 46.

Nesse sentido, buscou-se nesse trabalho não apenas sistematizar os tão já conhecidos “argumentos pró-cotas”, mas demonstrar como e porquê o STF reconheceu a idoneidade dessas medidas como instrumentos capazes de corrigir distorções da sociedade e equacionar melhor os bens produzidos e o acesso a eles.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2ª ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* (Coleção Os Pensadores – Vol. 2). Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2ª Edição. 2010.

BAYMA, Fátima. *Reflexões sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais em Universidades Públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas*. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ensaio/v20n75/06.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v20n75/06.pdf). Acesso em: 04 de novembro de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em 04/11/2016.

BRASIL. *Síntese de Indicadores Sociais – 2010*: Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinte\\_seindicisociais2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinte_seindicisociais2010/SIS_2010.pdf)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. 3. Ed. São Paulo: LT, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. Teatro de Sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 197.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DUARTE, Allan Coelho. *A Constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 18 de janeiro de 2017.

DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GOMES, Joaquim Barbosa. As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Anais do Seminário Internacional as Minorias e o Direito. Brasília, v. 24, 2003 a.

\_\_\_\_\_. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: Santos, Sales Augusto. Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Tradução Maurício de Andrade. Coimbra: Almedina, 2007.

IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

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

NOGUEIRA, Oracy, Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem. In: BASTIDE, Roger & FERNANDES, Florestan (orgs.), Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo. São Paulo, Anhembi e Unesco, 1955.

OLIVEIRA FILHO, Pedro de; SANTOS, Isabella de Oliveira; SOARES, Michelle Beltrão. Racialismo e antirracismo em discursos de estudantes universitários. Rev. psicol. Polít.. São Paulo, v. 10, n. 19, p. 25-40, jan. 2010. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519)>. Acesso em: 14 mar. 2017

PERRENOUD, Philippe. As competências a serviço da solidariedade. Tradução Guilherme Machado Casali, Pátio: Revista Pedagógica, Porto Alegre. *apud* CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da república federativa do Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <[www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica)> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, a. 5, n 21, p. 139-145, out/dez. 1997.

PONTES, Joana Inês. Kant e o conceito biológico de “raça”: pode a teoria monogenética racial de Kant ter futuro? Disponível em: [http://www.academia.edu/3839673/KANT\\_E\\_O\\_CONCEITO\\_BIOL%3%93GICO\\_DE\\_RA%3%87A\\_](http://www.academia.edu/3839673/KANT_E_O_CONCEITO_BIOL%3%93GICO_DE_RA%3%87A_) Acesso em: 14 de março de 2017.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. Ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenitta Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REVISTA VEJA. Lei que mudou a história dos negros dos EUA faz 50 anos. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/lei-que-mudou-a-historia-dos-negros-dos-eua-faz-50-anos/>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, p. 85-99, 1996 | Gênese: Revista de Direito Administrativo Aplicado, v. 3, n. 10, p. 649-664, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso: 04 de novembro de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio e Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. Igualdade, direitos sociais e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Kalina Vanderlei. Dicionário de conceitos históricos. 2.ed., 2ª reimpressão. – São Paulo: Contexto, 2009.

SKIDMORE, Thomas E. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TRAMONTINA, Robison; SILVA, Rogério Luiz Neri da. O debate em torno das cotas raciais como critério para o ingresso no ensino superior: Considerações acerca da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186. Disponível em: <[http://www.academia.edu/14849045/O\\_DEBATE\\_EM\\_TORNO\\_DAS\\_COTAS\\_RACIAIS\\_COMO\\_CRI%3%89RIO\\_PARA\\_O\\_INGRESSO\\_NO\\_ENSINO\\_SUPERIOR\\_Considera%3%A7%3%B5es\\_acerca\\_da\\_A%3%A7%3%A3o\\_por\\_Descumprimento\\_de\\_Preceito\\_Fundamental\\_ADPF\\_186](http://www.academia.edu/14849045/O_DEBATE_EM_TORNO_DAS_COTAS_RACIAIS_COMO_CRI%3%89RIO_PARA_O_INGRESSO_NO_ENSINO_SUPERIOR_Considera%3%A7%3%B5es_acerca_da_A%3%A7%3%A3o_por_Descumprimento_de_Preceito_Fundamental_ADPF_186)>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.