

BRUNO DE SOUZA CARDOSO

**A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS  
RACIAIS NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS**

São Paulo

2013

BRUNO DE SOUZA CARDOSO

**A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS  
RACIAIS NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS**

Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Luiz Guilherme Arcaro Conci.

São Paulo

2013

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

---

## RESUMO

Estatísticas têm demonstrado que o princípio da igualdade, formalmente previsto na Constituição Federal do Brasil, não tem cumprido sua meta na prática, exigindo uma releitura do seu sentido, com a finalidade de que a sua aplicação se dê de forma material.

A situação de determinados grupos raciais em nosso país demanda cuidado, dada a condição de inferioridade que ostentam em relação aos grupos dominantes. Neste particular, exige especial atenção a condição do povo negro.

Com o objetivo de dar aos grupos raciais menos privilegiados oportunidades e condições em pé de igualdade com os demais grupos, faz-se necessária a adoção de uma postura pró-ativa por parte do Estado, o que se dá mediante adoção de ações afirmativas.

A adoção dessas ações afirmativas no Brasil passa necessariamente pela mudança no critério de acesso dos estudantes às universidades, meios notoriamente segregadores.

Partindo dessas premissas, buscará o presente trabalho defender a legitimidade das medidas legislativas que vêm sendo tomadas pelo Estado a esse respeito, assim como a recente posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a questão, ambas no sentido da aplicação do princípio constitucional da igualdade na sua acepção material, com vistas à redução das diferenças entre os diversos grupos raciais que compõem o nosso povo.

## **ABSTRACT**

Statistics have shown that the principle of equality, formally provided in the Federal Constitution of Brazil, has not fulfilled its goal in practice, requiring a reinterpretation of its meaning, in order to be applied in its material sense.

The situation of certain racial groups in our country requires attention, given the condition of inferiority that presents in comparison to the dominant groups. In particular, requires special attention the condition of black people.

Aiming to give to underprivileged racial groups the same opportunities and conditions that other groups have, it is necessary to adopt a proactive stance by the State, which occurs through adoption of affirmative action.

The adoption of these affirmative action in Brazil necessarily involves change in the criteria for student access to universities, that are notoriously segregational.

Based on these premises, this paper will seek to defend the legitimacy of the legislative measures that have been taken by the State in this respect, as well as the recent position taken by the Supreme Court on this issue, both towards the implementation of the constitutional principle of equality in its material sense, in order to reduce the differences between the various racial groups that make up our people.

*Dedico este trabalho à minha esposa*

*Lidia Cristina Jorge dos Santos*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE IGUALDADE FORMAL E MATERIAL	10
2.1. Histórico do conceito do princípio da igualdade	10
2.2. A igualdade formal	15
2.3. A igualdade material	17
3. A INSERÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DENTRO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE	24
4. AS COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES COMO BUSCA DO IDEAL DE IGUALDADE	32
4.1. Os argumentos favoráveis à medida	36
4.2. Os argumentos contrários à medida	43
4.3. As experiências dos outros países	48
4.4. A posição do Supremo Tribunal Federal	52
5. CONCLUSÃO	56
6. BIBLIOGRAFIA	58

## 1. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade claramente marcada pela desigualdade. Esta desigualdade manifesta-se de forma notória em relação aos grupos étnicos menos privilegiados quando confrontados com os grupos dominantes, de modo a gerar, ainda que muitas vezes sutil e silenciosamente, situação de segregação.

Nesse contexto, a situação do negro no Brasil nunca chamou tanta atenção dos estudiosos do tema como no cenário atual. Menores salários e índices de escolaridade, aliados a um maior índice de desemprego e de mortalidade, ser a maioria entre os pobres e indigentes, muito embora representem cerca de 45% da população do país, são apenas parte dos dados que demonstram que o povo negro se encontra, na prática, em situação de inferioridade perante o restante da população brasileira.

Sob o manto de uma suposta “democracia racial”, que se revela um mito na realidade, encobre-se grave desigualdade racial. O preconceito, vedado pelo ordenamento jurídico e condenado em discursos politicamente corretos, acaba sendo disfarçado, mostrando-se necessário um novo olhar a respeito da questão.

Com as estatísticas demonstrando a sutileza das modernas formas de violação à isonomia em razão do aspecto racial e havendo certo grau de inconsciência das pessoas que praticam atos racistas, que, por vezes, se mostram verdadeiros atos reflexos, inatos, praticados por força de costumes familiares ou sociais, revela-se extremamente dificultosa a prova da discriminação.

A partir dessa análise, percebe-se que questão da igualdade, que, no início, se preocupou única e exclusivamente com o aspecto formal do conceito, mais ligado à ideia de liberdade, segundo o qual bastava o Estado não interferir nas relações privadas, já não atende mais às necessidades da sociedade atual, demandando, atualmente, uma leitura do referido princípio sob o prisma do seu aspecto material ou substancial, conforme o qual o Estado passa a atuar ativamente nas relações privadas, com vistas à correção da distorção verificada em concreto.

Entendido isso, passa a ser imperiosa a efetivação de uma discriminação racial positiva ou inversa, de acordo com a qual a igualdade não seria mais apenas de oportunidades, mas também de condições, a fim de implementar na prática o que a Constituição Federal já previu de forma abstrata.

Assumem, assim, relevante papel as ações afirmativas, exatamente no sentido de tirar o Estado da sua postura liberal, da sua situação de inércia, de não interferência, no intuito de que aja positivamente em prol dos mais necessitados, em busca da concretização do ideal de igualdade como pensado pelo constituinte originário.

Partindo dessas premissas, a forma mais eficaz de obter o resultado prático pretendido é a modificação dos critérios de acesso ao ensino superior no país, sistema este que se revela como um grande perpetuador das desigualdades sociais. Noutras palavras, a reversão do quadro social que se apresenta passa necessariamente pelas mudanças de acesso ao nosso sistema educacional.

E a legitimação dessas mudanças, pela adoção do sistema de cotas raciais, dá-se em nossa ordem jurídica mediante aplicação do princípio constitucional da igualdade, não mais em seu aspecto formal, mas, sim, no seu conteúdo material.

É certo que o princípio da igualdade vem sendo utilizado pelos operadores do direito tanto para defender como para atacar o sistema de cotas. Não obstante essa constatação, o presente trabalho demonstrará que uma melhor leitura da Constituição brasileira vai ao encontro da primeira corrente.

## 2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

### 2.1. Histórico do conceito do princípio da igualdade

Historicamente, a desigualdade imperou em nossa sociedade até o advento do Estado Moderno. Encontrava fundamento nas leis, que legitimavam a perpetuação dos privilégios em favor das classes dominantes, as únicas que detinham poder e riqueza.

A sociedade era marcada por regimes despóticos em que os privilégios de uns contrastavam com a marginalização de outros, aumentando cada vez mais a desigualdade existente entre as diversas classes que a compunham, propiciando, inclusive, a existência de relações escravocratas.

O auge dessa situação de desigualdade foi atingido na Idade Média, período no qual o próprio pensamento filosófico deu suporte à ideia. Cláudio Vicentino<sup>1</sup> traça um panorama do que se verificava à época:

“[...] a sociedade feudal era composta por dois estamentos, ou seja, dois grupos sociais com *status* fixo: os senhores feudais e os servos. Os servos eram constituídos pela maior parte da população camponesa, vivendo como os antigos colonos romanos – presos à terra e sofrendo intensa exploração. Eram obrigados a prestar serviços ao senhor e a pagar-lhe diversos tributos em troca de permissão de uso da terra e proteção militar”

---

<sup>1</sup> VICENTINO, Claudio. História geral. 8ª ed. São Paulo: Scipione, 1997. p. 109.

Com o declínio do Estado Feudal, o surgimento da moeda, do comércio, das cidades e a ascensão da burguesia, tem início o Estado Moderno, marcado pela Revolução Industrial e pela defesa dos ideais iluministas. Essa nova classe social – a burguesia –, então enriquecida econômica e culturalmente, passa a reivindicar tratamento igualitário a todos os componentes da sociedade. Esse momento histórico é bem resumido nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>2</sup>:

“[...] a sociedade estatal ressent-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.”

Eis que a Revolução Francesa vem a influenciar a edição de duas importantíssimas normas no sentido da defesa dos ideais iluministas de igualdade. São estas a Constituição de Virgínia, de 12 de junho de 1776<sup>3</sup>, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, na França<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 32 et seq.

<sup>3</sup> Art. 1º: Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes.

<sup>4</sup> Art. 1º: Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

O Ministro Joaquim Barbosa<sup>5</sup> ilustra de forma concisa esse momento histórico:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII.

Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais.

Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no *rang*, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.

A partir daí, todas as Constituições que foram editadas pelas outras nações passaram a incorporar no seu rol de direitos e garantias fundamentais o princípio da igualdade. Essa influência também culminou na promulgação, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>6</sup>.

No Brasil, percebe-se claramente essa tendência a partir da Constituição de 1891. Desse momento em diante, já era possível falar na adoção do princípio da igualdade, em seu conteúdo formal, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>5</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 87.

<sup>6</sup> Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Isso fica claro nas palavras de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva<sup>7</sup>:

Com a formação do Estado liberal burguês a igualdade se viu reduzida a uma concepção puramente formal e tecnicista, restrita, basicamente, aos limites da ordem jurídica. Isto é, a igualdade era vista como um ideal a ser alcançado por todos os homens, mas se instrumentalizava apenas por intermédio da proibição de elaboração de leis que desigualasse os cidadãos ou que fossem aplicadas de forma desigual, sem que as preocupações com a desigualação, de fato, entre as pessoas fosse objeto de debate. A igualdade resumia-se no próprio exercício livre da autonomia da vontade (ainda que muitos não possuam condições materiais para esse exercício pleno).

No século XX, especialmente no período posterior ao término da 2ª Guerra Mundial, o Estado Liberal dá lugar ao Estado Social, este então preocupado com o bem estar da população, com foco na prestação de serviços públicos essenciais, na intervenção nas relações privadas e na preocupação da efetivação do ideal de igualdade na sua acepção material, iniciando-se um processo de releitura do princípio. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva<sup>8</sup> explora bem esse contexto:

A feição do Estado, antes 'liberal', onde os direitos fundamentais de liberdade pessoal, política e econômica constituíam um limite à intervenção estatal, mudou para sempre: surgem os direitos sociais como consequência direta das lutas dos trabalhadores, representando direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social. A gradual interação do Estado com a sociedade civil acabou por alterar a sua forma jurídica, os processos de legitimação e a estrutura da Administração.

(...)

A tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir por meio da limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais. (Taborda, 1998:257).

---

<sup>7</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. As ações afirmativas e os processos de promoção de igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 128.

<sup>8</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. As ações afirmativas e os processos de promoção de igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 127.

Com essa mudança no papel do Estado, o foco, antes na abstração da lei, passa a ser nas relações concretas, passando a figurar a efetiva igualdade como um dos objetivos a ser perseguido pela nação. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva mais uma vez trata com maestria a questão:<sup>9</sup>

Porém, a concepção liberal clássica da igualdade – bem expressa ideário da Revolução Francesa – revelou-se em descompasso com o Estado social. A idéia tradicional de que a igualdade resume-se a uma dimensão formal, expressa na vedação de privilégios pessoais e na proibição da hierarquização das classes é insuficiente para realizar a igualdade em todas as suas potencialidades. E são as próprias desigualdades prevalecentes nas relações políticas e socioculturais travadas entre os membros da comunidade social que denunciam a falência da visão liberal de sociedade.

É nesse contexto que o princípio da igualdade jurídica, a partir da década de 1960, passa por uma remodelação constitucional. Deixando de lado uma visão de Estado neutral – “que aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor” (Gomes, 2001:39), altera-se a concepção de igualdade a ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade passa a ser promotora da igualação. Portanto, revela-se assim a insuficiência da exigência formal de tratamento igual perante a lei como forma de alteração da composição do tecido social das relações travadas em sociedade, assentado em bases culturais e tradições seculares de exclusão e dominação.

Esse movimento ganha força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde fica clara a preocupação do Constituinte pátrio com a efetivação da igualdade em seu aspecto material, na linha do direito comparado e conforme a crescente tendência internacional no sentido da defesa da dignidade da pessoa humana como pilar de qualquer documento constitucional.

---

<sup>9</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. As ações afirmativas e os processos de promoção de igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 129.

## 2.2. A igualdade formal

Como adiantado no item anterior, o conceito de igualdade formal representou uma resposta do Estado Moderno contra os arbítrios e desigualdades até então perpetradas na sociedade, ambos legitimados pela lei.

Buscou-se, então, à época, impedir que a desigualação entre cidadãos pudesse partir da lei. Todos seriam iguais perante a lei, que, por sua vez, seria aplicada indistintamente a todos. Privilegiou-se uma ideia de liberdade, de autonomia de vontade.

Para um primeiro momento, de fato esse conceito foi considerado uma relevante evolução. O Ministro Joaquim Barbosa<sup>10</sup> relata de forma fiel essa afirmativa:

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.

Com o passar do tempo, todavia, verificou-se que o princípio da igualdade, em seu aspecto formal, beneficiou apenas a elite econômica, tendo sido a abstenção do Estado fator preponderante na manutenção do *status quo* da sociedade e de suas diversas camadas.

---

<sup>10</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 87.

A Ministra Carmen Lucia<sup>11</sup> demonstra a preocupação que existia com a adoção do modelo formal de igualdade:

(...) concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Daí porque, com o advento do Estado Social, passou-se a privilegiar o princípio da igualdade em seu aspecto material, em busca da efetiva promoção da igualação em sentido concreto, não mais de forma meramente abstrata e apenas como objetivo a ser alcançado.

---

<sup>11</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: LÊ, 1990.

### 2.3. A igualdade material

Por essa concepção de igualdade, o princípio já não se resume mais à proibição de exclusão. Tal constatação decorre do reconhecimento de que a igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Por isso, agora também faz parte do conceito a obrigação de inclusão, situação que, para ser implementada, exige atuação ativa do Estado nas relações sociais.

Assim, a igualdade material deve assegurar o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos perante os bens da vida. O princípio da igualdade, nessas condições, pode ser confundido com um nivelamento das oportunidades, tendo aplicação à redistribuição do acesso às várias posições na sociedade, não se limitando à atribuição dessas mesmas posições.

Existe, portanto, a necessidade de distribuições desiguais, a fim de colocar os menos favorecidos socialmente falando ao mesmo nível de partida dos mais privilegiados.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>12</sup> trata do ponto exatamente com esse enfoque:

O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos.

---

<sup>12</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: 205. p. 309.

A importância da igualdade de condições no ponto de partida, acima invocada, é de igual sorte enfatizada por Guilherme Machado Dray<sup>13</sup>:

(...) a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.

Sempre atento à questão da igualdade em seu conteúdo material, o Ministro Joaquim Barbosa<sup>14</sup> dá ênfase aos aspectos fáticos, econômicos e comportamentais que norteiam o tema:

Imperiosa, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação.

Para que seja aplicado na prática o princípio da igualdade em seu conteúdo material, portanto, revela-se mandatória a fixação de alguns privilégios jurídicos e benefícios materiais aos menos favorecidos.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup> é um dentre os que justificam o tratamento diferenciado acima mencionado:

---

<sup>13</sup> DRAY, Guilherme Machado. O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

<sup>14</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 88.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas. Revista Trimestral de Direito Público. n.º 1, 1993.

De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de *discrímén* e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional.

John Rawls, citado pelo Ministro Joaquim Barbosa<sup>16</sup>, é outro nome de peso a posicionar-se nessa linha:

(...) aduziu que esta é equidade e igualdade de oportunidades, possuindo dois princípios gerais: o primeiro consiste em que toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente válido de iguais liberdades básicas que sejam compatíveis com um esquema similar de liberdades para todos; e o segundo, de que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em igualdade de oportunidades; em segundo, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade. Em outras palavras, exige-se igualdade na repartição de direitos e deveres básicos, e mantém-se as desigualdades sociais e econômicas, de riqueza e de autoridade, se são justas, isto é, se produzem benefícios compensadores para todos.

Referida leitura decorre da interpretação contemporânea que se faz da nossa Constituição Federal. Atento a isso, o Ministro Ricardo Lewandowski<sup>17</sup>, em voto proferido no julgamento da ADPF nº 186, delineou com precisão a questão:

De acordo com o artigo 5º, caput, da Constituição, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal,

<sup>16</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. P. 131.

<sup>17</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 25/11/2012, às 18h45min.

especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 - de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito - não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

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 – é claro - 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.

Flávia Piovesan<sup>18</sup>, tratando do tema sob o manto dos direitos humanos e destacando a sua abordagem na esfera internacional, segue a linha dos que defendem a aplicação do princípio da igualdade em sua acepção material:

(...) do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades.

Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio) com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do “outro” em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a

---

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flavia. Temas de Direitos Humanos, ed. Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 130.

determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.

No mesmo sentido, mas também adentrando ao tema das políticas afirmativas, ao relacioná-las à aplicação do princípio da igualdade em seu aspecto material, muito pertinente a posição de Daniela Ikawa<sup>19</sup>:

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 universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si.

Da Constituição Federal do Brasil, cujo sentido de interpretação foi mencionado atrás, destacam-se os artigos 3º, III e IV, 7º, XX, 37, VIII, e 100, §§1º e 2º, normas que se alinham com o aspecto material do princípio da igualdade ao notoriamente tratarem de forma desigual situações desiguais:

---

<sup>19</sup> IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. pp. 150-152.

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

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

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

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

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão<sup>20</sup>;

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

---

<sup>20</sup> "Concurso público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de vaga. Inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal. § 2º do art. 5º da Lei n. 8.112/90. Lei n. 7.853/89. Decretos n.s 3.298/99 e 5.296/2004. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber se qual deles é o 'melhor'. A visão univalente - comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988" (RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008)

Fato é que nenhuma nação deixou a condição periférica para assumir o posto de potência econômica com uma política de exclusão. Nesses países considerados modelos, a igualdade deixa de ser um princípio e passa a ser um verdadeiro objetivo constitucional, não cabendo ao Estado se manter na posição de neutralidade, devendo, ao contrário, agir ativamente de modo a evitar a manutenção do *status quo* pela classe dominante, propiciando acesso e igualdade de condições aos menos favorecidos.

Outro fator no sentido da tese é que, como se vê no estudo de Daniel Sarmiento<sup>21</sup>, *as estatísticas têm demonstrado que as violações à isonomia são sutis, havendo um caráter inconsciente das pessoas que praticam atos racistas, mostrando-se extremamente dificultosa a prova da discriminação, daí porque ser necessária a efetivação da igualdade material, por meio da discriminação indireta.*

Essa tendência vem refletindo na atuação do próprio Poder Judiciário, até então reticente em questionar as posições do Executivo e do Legislativo, verificando-se o fortalecimento da jurisdição constitucional mediante adoção de postura ativista em diversos temas.

---

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade Étnico Racial, discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2006.

### 3. A INSERÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DENTRO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE

Agir afirmativamente significa ter consciência dos problemas e buscar formas de corrigi-los. Sempre terá em vista a promoção do conteúdo material do princípio da igualdade.

As ações afirmativas estão tratadas no art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, como:

medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais 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.

Na definição do Ministro Joaquim Barbosa<sup>22</sup>, ações afirmativas são:

políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Na visão da Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha<sup>23</sup>, já traçando um paralelo com a igualdade em seu aspecto material, representam *a atuação transformadora, igualadora,*

---

<sup>22</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 90.

*conforme o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.*

Enfim, as ações afirmativas estão diretamente ligadas a uma situação em se objetiva efetivar, na prática, a teoria que dá amparo ao princípio da igualdade material.

Na realidade, a implementação de ações afirmativas em resposta a cenários práticos de desigualdade revela-se mandatária como forma de se efetivar a previsão de igualdade constitucionalmente prevista.

Isso porque, as violações à isonomia têm se verificado, no mais das vezes, sutis, verdadeiras discriminação de fato, revelando um caráter quase inconsciente dos atos racistas, sendo de difícil prova os atos de discriminação.

Somam-se a essa constatação os dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>24</sup>, trazendo os números que demonstram como a desigualdade se observa na sociedade:

“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.

---

<sup>23</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990.

<sup>24</sup>[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindic sociais2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindic sociais2010/SIS_2010.pdf)

(...)

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 taxa de analfabetismo diminuiu na última década, passando de 13,3%, em 1999, para 9,7%, em 2009, para o total da população, o que representa ainda um contingente de 14,1 milhões de analfabetos.

Apesar de avanços, tanto a população de cor preta quanto a de cor parda ainda têm o dobro da incidência de analfabetismo observado na população branca: 13,3% dos pretos e 13,4% dos pardos, contra 5,9% dos brancos, são analfabetos.

Outro indicador importante é o analfabetismo funcional, que engloba as pessoas de 15 anos ou mais de idade com menos de quatro anos completos de estudo, ou seja, que não concluíram a 4ª série do ensino fundamental. Essa taxa diminuiu mais fortemente nos últimos dez anos, passando de 29,4%, em 1999, para 20,3%, em 2009, o que representa ainda 29,5 milhões de pessoas. O analfabetismo funcional concerne mais fortemente aos pretos (25,4%) e aos pardos (25,7%) do que aos brancos (15,0%). São 2,7 milhões de pretos e 15,9 milhões de pardos que frequentaram escola, mas têm, de forma geral, dificuldade de exercer a plena cidadania através da compreensão de textos, indo além de uma rudimentar decodificação.

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.

(...)

Em relação à população de 25 anos ou mais de idade com ensino superior concluído, a PNAD 2009 mostra que há um crescimento notório na proporção de pretos e de pardos graduados, com a ressalva de que o ponto de partida na comparação é 1999, com 2,3% tanto para pretos quanto para pardos. Isso posto, observa-se que a quantidade de pessoas que têm curso superior completo é hoje cerca de 1/3 em relação a brancos, ou seja: 4,7% de pretos e 5,3% de pardos contra 15,0% de brancos têm curso superior concluído nessa faixa etária (Gráfico 8.4).

(...)

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 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 (Gráfico 8.8 e Tabela 8.15).

(...)

A proteção das famílias e o desenvolvimento das crianças e adolescentes são pontos fundamentais de atenção para as políticas públicas. Vale destacar que famílias com pessoa de referência de cor preta ou parda, seja homem ou mulher, compõem, em maior proporção, casais com filhos menores de 14 anos. Além disso, um tipo de família considerado mais vulnerável – mulher sem cônjuge com filhos pequenos - é também composto, em maior proporção, por pessoa de referência de cor preta, 23,3%, e parda, 25,9%, enquanto a proporção para brancas é de 17,7% (Tabela 8.14). Essas configurações poderiam explicar os efeitos, em termos de melhoria da situação econômica tanto para pretos quanto para pardos na base da pirâmide

de rendimentos, a partir de políticas aplicadas nos últimos anos e que merecem aprofundamento para combater não só a miséria, mas também a pobreza, e melhorar a coesão social.”.

Esses dados são muito claros em apontar de que forma a exclusão social se revela na prática, haja vista a constatada situação de inferioridade de negros e pardos em relação a brancos no tocante a temas de relevo como acesso ao estudo, tempo de estudo, rendimento, posição profissional, dentre outros, sendo fundamento suficiente à aplicação do princípio da igualdade, em sua acepção material, por meio das ações afirmativas.

O Min. Marco Aurélio<sup>25</sup>, em sede doutrinária, na linha do que se defende no presente trabalho e atento aos dados sociais anteriormente destacados, é outro defensor da inclusão pela via das ações afirmativas:

“Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. (...).

É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação (...).

Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade. (...)

A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência - em que pese a igualdade de situações, a não ser pela cor - aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos shoppings

---

<sup>25</sup> MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 41

centers que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros”

Não é diferente a postura do também Min. Ricardo Lewandowski<sup>26</sup>, que, no voto proferido no julgamento da ADPF 186, enfatizou a necessidade de adoção das ações afirmativas, lembrando duas características essenciais do instituto, a pontualidade da medida e a sua utilização por tempo determinado:

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

Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, se faz necessário, muitas vezes favorecer uns em detrimento de outros. Esse favorecimento tem recebido da doutrina uma nomenclatura variada, ora sendo chamada de discriminação positiva, ora de discriminação inversa ou ainda de ação afirmativa (*affirmative action*), na sua versão anglo-saxã.

Reconhecida a necessidade de implementação de uma política de ações afirmativas quando verificada, na prática, situação de desigualdade vedada pela Constituição Federal, impõe-se a efetivação de uma discriminação indireta, segundo a qual os grupos menos privilegiados passam a receber tratamento diferenciado em relação aos grupos dominantes, com vistas ao equilíbrio entre os componentes da sociedade e até que isso venha a ocorrer.

---

<sup>26</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 15/12/12, às 15h.

Trata-se a ação afirmativa, então, de medida que visa promover a igualdade material, a justiça nas suas formas compensatória e distributiva, o pluralismo e o fortalecimento da identidade e autoestima do grupo favorecido.

Por esse conceito, não basta mais apenas proibir. É preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo. Além disso, não basta apenas coibir a discriminação do presente, sendo também impositivo eliminar os efeitos da discriminação do passado, em busca de uma modificação do *status quo* para o futuro.

O Min. Marco Aurélio<sup>27</sup>, em voto proferido no julgamento da ADPF 186, ressaltando que a igualdade é muitas vezes utilizada como forma velada de aristocracia, defende essa postura:

A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas –, nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao fazê-lo também em relação à criança e ao adolescente. Quanto ao artigo 208, inciso V, há de ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais. A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas. A meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” é apenas uma forma velada de aristocracia.

---

<sup>27</sup> In <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>, acesso em 14/12/12, às 15h30min.

Há de se eliminar, assim, as barreiras artificiais e invisíveis que emperram o avanço dos menos favorecidos, facilitando o surgimento de personalidades emblemáticas como exemplo às gerações mais jovens. Somente dessa maneira as futuras gerações conseguem equilibrar as ações, modificando o quadro de exclusão atualmente verificado na sociedade.

Em um primeiro momento, define-se quem precisa ser beneficiado com a política de ação afirmativa. Passa-se, então, a uma segunda fase de encorajamento. Culmina-se com a imposição de metas mínimas a serem observadas.

Importante enfatizar que as políticas de ações afirmativas não podem ser impostas ao beneficiário contra a sua vontade e que devem ser temporárias, transitórias, exatamente como consta no art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, dispositivo que revela que *essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.*

De igual sorte, devem as ações afirmativas estar em conformidade do princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão, como idealizado por Robert Alexy<sup>28</sup>, ou seja, devem se mostrar necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito.

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo.

#### 4. AS COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES COMO BUSCA DO IDEAL DE IGUALDADE

A necessidade de implementação de políticas de ações afirmativas, por meio da adoção de cotas raciais nas universidades, especialmente em favor do povo negro, passa pela constatação de que os critérios que levam ao ingresso no ensino superior são viciados, favorecendo a exclusão dos menos favorecidos, servindo à perpetuação do *status quo* das camadas sociais.

Essa constatação fica muito clara nas palavras de Oscar Vilhena Vieira<sup>29</sup>, que, ressaltando o ambiente segregador das universidades em confronto com o “bem público” educação, assim expõe:

(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas.

Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos:

Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do ‘bem público educação’ em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação.

Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa (...).

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376

Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história.

Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização.

(...) pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, (...), ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada.

O Min. Joaquim Barbosa<sup>30</sup>, nessa mesma linha, é ainda mais enfático, definindo a questão do acesso às universidades como uma “tirania legal”, mencionando a existência de um “esquema perverso” de distribuição de recursos públicos em matéria de educação, que legitimariam a exclusão social dos negros brasileiros:

Sim, é disso que se trata. Uma “tirania legal”, eis que formalmente ancorada em normas emanadas dos órgãos legislativos e executada por órgãos que supostamente encarnam a soberania popular.

No caso brasileiro, não é preciso muito esforço para se convencer disso. Vejamos.

No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de alguns fatores, dentre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação.

A Educação é a mais importante dentre as diversas prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado. Trata-se, como se sabe, de um bem escasso. O Estado alega não poder fornecê-lo a todos na forma tida como ideal, isto é, em caráter universal e gratuito. No entanto, esse mesmo Estado que se diz impossibilitado de fornecer a todos esse bem indispensável, institucionaliza mecanismos sutis através dos quais proporciona às classes privilegiadas aquilo que alega não poder oferecer à generalidade dos cidadãos.

---

<sup>30</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 99/100.

Com efeito, o Estado “financia”, com recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de acesso universal, a educação dos filhos das classes de maior poder aquisitivo, por meio de diversos mecanismos. Isto se dá principalmente através da “renúncia fiscal” de que são beneficiárias as escolas privadas altamente seletivas e excludentes.

Certo, não seria justo negar às elites (supostas ou verdadeiras) o direito de matricular os seus filhos em escolas seletivas, onde eles se sintam *chez eux*, longe da *populace*. O direito de escolher uma educação “diferenciada” para os filhos constitui, a nosso sentir, uma liberdade fundamental a ser garantida pelo Estado. O que é questionável é o compartilhamento do custo desse “luxo” com toda a coletividade: através dos tributos de que essas escolas são isentas, das subvenções diversas que lhes são passadas pelos Governos das três esferas políticas, pelo abatimento das respectivas despesas no montante devido a título de imposto de renda!

Esses são alguns dos elementos que compõem a formidável *machine à exclure* que tem nos negros as suas vítimas preferenciais.

Essa forma de “exclusão orquestrada e disciplinada pela lei” produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada, elitista, discriminatória e... *largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos*.

O Min. Joaquim Barbosa<sup>31</sup> vai além, neste particular reforçando a manifestação do já citado Oscar Vilhena Vieira, questionando o processo de seleção para ingresso nas universidades (vestibular) na origem, isto é, na impossibilidade do menos favorecido ter acesso ao ensino de qualidade na base em razão do “esquema perverso” acima argumentado:

O segundo aspecto ocorre na seleção ao ensino superior. Aí todos já sabem: os papéis se invertem. O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. O vestibular, este mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de “excluir”. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação (canalizados tanto para as instituições públicas quanto para as de caráter comercial, como já vimos) sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos. Em suma,

---

<sup>31</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 99/100.

trata-se de uma subversão total de um dos princípios informadores do Estado moderno, sintetizado de forma lapidar em feliz expressão cunhada pela Corte Suprema dos EUA: *“the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes”*.

Esta é, pois, a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados preponderantemente para as classes mais afluentes, restando aos pobres (que são majoritariamente negros) “as migalhas” do sistema.

Nesse diapasão, ganha força a ideia de igualdade no seu aspecto material, plenamente adequada às políticas de ações afirmativas implementadas pelo Estado com vistas ao ingresso dos grupos menos favorecidos nas universidades brasileiras.

#### 4.1. Os argumentos favoráveis à medida

São vários os argumentos utilizados pelos operadores e pensadores do direito no sentido da utilização do critério de cotas raciais como políticas de ações afirmativas para o ingresso nas universidades. Todos eles, de certo modo, estão intimamente ligados ao conceito de igualdade em seu conteúdo material.

Diz-se que a educação é um *direito universal* previsto na Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Sendo universal, deve o acesso a esse direito ser franqueado, na prática, a todos, não só à elite que costumeiramente o exerce.

Também é utilizado como argumento o ideal de *fraternidade* previsto nos dois diplomas acima mencionados.

Muito comum também é argumento que menciona a *autonomia da universidade* prevista no artigo 207 da Constituição Federal. O Min. Marco Aurélio<sup>32</sup>, em voto proferido no julgamento da ADPF 186, ressaltou esse aspecto:

Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria. A implementação por deliberação administrativa decorre, portanto, do princípio da supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no artigo 207, cabeça, dela constante, da autonomia universitária. Cabe lembrar que o Supremo, em visão evolutiva, já reconheceu a possibilidade de incidência direta do Diploma Maior nas relações calcadas pelo direito administrativo. Sobreleva notar, ainda, que a definição dos critérios de admissão no vestibular é

---

<sup>32</sup> In <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>, acesso em 14/12/12, às 15h30min.

disciplinado pelo edital, de acordo com os artigos 44, inciso II e parágrafo único, e 53, cabeça, da Lei nº 9.394/97.

Sempre no rol dos argumentos favoráveis está, de igual sorte, a *função da universidade*.

Dentro desse conceito, destaca-se a importância da *diversidade racial* no ambiente universitário, formadora de uma atmosfera mais rica e desafiadora, de forma a facilitar o surgimento de *personalidades emblemáticas*, como exemplo às futuras gerações. Na mesma linha, enfatiza-se a busca de formação de uma *elite diversificada*, como bem destacou o Min. Ricardo Lewandowski<sup>33</sup>, em voto proferido no julgamento da ADPF 186:

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente ou, nas palavras de Jürgen Habermas, conviver com o outro.

Seguindo, bons argumentos dos quais se valem os defensores das cotas raciais estão relacionados à promoção da *igualdade material*, das formas de *justiça compensatória e distributiva*, do *pluralismo* e do *fortalecimento da identidade e autoestima do grupo favorecido*.

Nessa linha, os ensinamentos de Nancy Fraser e Axel Honneth<sup>34</sup>:

---

<sup>33</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 15/12/12, às 15h.

<sup>34</sup> FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition? A politicalphilosophical exchange. London/NewYork: Verso, 2003. pp. 7-8

“Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre, e (não há muito tempo atrás) do empregador para o empregado.

Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistributivas igualitárias forneceram o caso paradigmático para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos.

Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas ‘políticas de reconhecimento’. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado, onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo.

Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, ‘raciais’ e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão.

De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar”.

No mesmo sentido, com foco na questão da *justiça distributiva*, valiosas as palavras de John Rawls<sup>35</sup>:

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que “As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.

---

<sup>35</sup> RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

Ainda sobre a *justiça distributiva* e sua aplicação na defesa das cotas raciais, o Min. Ricardo Lewandowski<sup>36</sup> discorreu sobre o tema e definiu o conceito respectivo em seu voto proferido no julgamento da ADPF 186:

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.

O mesmo Min. Ricardo Lewandowski<sup>37</sup> foi além em seu voto proferido na já citada ADPF 186, abordando a questão do pluralismo e sua relação positiva com a adoção das cotas raciais nas universidades:

Diante disso, parece-me ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais. Essa 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.

Some-se a todos os argumentos já destacados o fato de vivermos em uma sociedade notoriamente marcada pela *desigualdade de fato*, na qual o *preconceito* se verifica tanto pelo *fenótipo* quanto pela *classe social*, revelando-se necessário, sob a ótica do conteúdo material do princípio da igualdade, um *incentivo do Estado às minorias*.

---

<sup>36</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 15/12/12, às 15h.

<sup>37</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 15/12/12, às 15h.

Conhecida pela defesa das cotas raciais nas universidades, Daniela Ikawa<sup>38</sup>, partindo da constatação de falta das mesmas oportunidades às pessoas de diferentes raças, vê na política de ação afirmativa uma oportunidade com vistas à *desconstrução de hierarquias*, hierarquias estas que teriam sido construídas justamente em função das raças:

“O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las.

A mesma Daniela Ikawa<sup>39</sup>, defendendo que a entrevista efetuada no processo seletivo do estudante que se declara beneficiário da cota racial confere credibilidade às declarações firmadas pelo mesmo, argumenta no sentido da adoção da ação afirmativa, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença.

Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a

---

<sup>38</sup> IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 105-106.

<sup>39</sup> IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 129-130

predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”

As normas que tratam a matéria também se colocam no sentido da adoção da cotas raciais nas universidades, especialmente quando se estudam os Direitos Humanos em sua concepção internacional. Destaca-se, nesse contexto, a *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, da qual o Brasil é signatário, com a força de seus dispositivos devidamente garantida no plano interno pelo disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal<sup>40</sup>.

Finalmente, o *exemplo positivo dado por outras nações* que adotaram, com sucesso, as cotas raciais, e, principalmente, as estatísticas que demonstram, no Brasil, uma *maior dedicação e um melhor desempenho dos alunos cotistas*, situação que fica clara com a matéria do jornal Estadão<sup>41</sup> abaixo transcrita, são mais argumentos a dar amparo à política de ação afirmativa em questão:

Estudos realizados pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pela Universidade de Campinas (Unicamp) mostraram que o desempenho médio dos alunos que entraram na faculdade graças ao sistema de cotas é superior ao resultado alcançado pelos demais estudantes.

O primeiro levantamento sobre o tema, feito na Uerj em 2003, indicou que 49% dos cotistas foram aprovados em todas as disciplinas no primeiro

<sup>40</sup> § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>41</sup> <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso%2cde desempenho-de-cotistas-fica-acima-da-media%2c582324%2c0.htm> em 09/11/12, às 16h24min.

semestre do ano, contra 47% dos estudantes que ingressaram pelo sistema regular.

No início de 2010, a universidade divulgou novo estudo, que constatou que, desde que foram instituídas as cotas, o índice de reprovações e a taxa de evasão totais permaneceram menores entre os beneficiados por políticas afirmativas.

A Unicamp, ao avaliar o desempenho dos alunos no ano de 2005, constatou que a média dos cotistas foi melhor que a dos demais colegas em 31 dos 56 cursos. Entre os cursos que os cotistas se destacaram estava o de Medicina, um dos mais concorridos - a média dos que vieram de escola pública ficou em 7,9; a dos demais foi de 7,6.

A mesma comparação, feita um ano depois, aumentou a vantagem: os egressos de escolas pública tiveram média melhor em 34 cursos. A principal dificuldade do grupo estava em disciplinas que envolvem matemática.

Referidos dados estatísticos acabam por derrubar um argumento dos contrários às cotas, de que os cotistas não teriam condições de competir com aqueles que foram aprovados pelo “mérito” do vestibular, na medida em que, em universidades importantes e conceituadas do país, tiveram um desempenho melhor na comparação.

## 4.2. Os argumentos contrários à medida

A questão das cotas raciais ainda não é pacífica no meio jurídico. Embora em menor número, também existem consideráveis argumentos contrários à adoção da medida.

Mesmo aqueles que são favoráveis à implementação da política de ação afirmativa em pauta, ressaltam que a medida deve sempre respeitar o princípio da *proporcionalidade*, concebido em sua tríplice dimensão: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O Min. Ricardo Lewandowski<sup>42</sup>, reconhecidamente favorável às cotas raciais, enfatizou isso em seu voto proferido no julgamento da ADPF 186:

Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade.

Também costuma ser destacado até pelos partidários da adoção das cotas raciais o cuidado que se deve ter para não haver equívoco da seleção dos *critérios* a serem preenchidos pelos beneficiários da medida. O Min. Marco Aurélio<sup>43</sup> colocou luz nessa questão ao proferir seu voto no julgamento da ADPF 186:

Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. À toda evidência, na aplicação do sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios

---

<sup>42</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 15/12/12, às 15h.

<sup>43</sup> In <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>, acesso em 14/12/12, às 15h30min.

razoavelmente objetivos. Afinal, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos.

Os contrários à adoção das cotas são uníssomos em mencionar o *comprometimento do sistema meritocrático* como argumento da posição defendida. Segundo esse fundamento, a política de ação afirmativa em tela seria injusta com aqueles que obtiveram melhores resultados nas avaliações para ingresso nas universidades.

Outra crítica que se costuma fazer a respeito das cotas diz respeito aos seus beneficiários.

Questiona-se muito o fato de serem beneficiados apenas os pertencentes à *raça negra*. A discussão geralmente é levada para o fato de existirem *outras minorias* que necessitam do benefício e de que talvez o mais correto fosse *aliar o critério racial ao econômico*, levando-se em consideração a renda do beneficiário. Fala-se em *penalização de inocentes* e em *estigmatização dos beneficiários*. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann<sup>44</sup> discorre bem sobre o tema:

Talvez uma das interpretações possíveis para a quantidade de classificações raciais existentes no Brasil seja a intensa miscigenação ocorrida ao longo da história. E as múltiplas categorias de cor, aliadas à falta de objetividade na definição de uma pessoa como negra ou parda, remete-nos a um dos pontos

---

<sup>44</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?. In portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/seminario.../upload, acesso em 02/01/2013, às 18h30min.

de maior controvérsia nas propostas afirmativas em que a raça é o fator levado em consideração: **saber quem é negro no Brasil...**

Como já mencionado, políticas afirmativas que adotem somente o critério social, isoladamente, sem conjugá-lo com a baixa renda, terminariam por beneficiar, sobretudo, a classe média negra, que já conseguiu obter um mínimo de qualificação necessária e não seria a mais carente dos benefícios. Por outro lado, políticas afirmativas universalistas que não levem o critério racial em consideração dificilmente alcançariam os objetivos desejados, o de integrar os negros, escurecendo a elite, a curto ou médio prazo. Assim, a raça deve ser um fator levado em consideração, mas não de forma excludente.

Aliás, questiona-se o fato de ser possível falar ou não em raça humana e, sendo possível, como seria feita a divisão das diversas raças existentes. Novamente Roberta Fragoso Menezes Kaufmann<sup>45</sup> acirra o debate:

A palavra raça pode ser empregada das mais diferentes maneiras. Pode ter um sentido de fenótipo, a revelar um conjunto de características físicas, como cor da pele, cor e textura do cabelo, cor e formato dos olhos, formato do nariz e espessura dos lábios. Pode, ainda, significar uma região específica do planeta, como por exemplo, quando se fala em raça africana, raça oriental, raça ocidental. Ou, além, pode ter um sentido biológico, como a reunião de pessoas em grupo de indivíduos que possuam características específicas e distintas dos outros grupos. Até o final do século XIX, os cientistas promoveram diversas tentativas de classificar biologicamente as pessoas em raças distintas. Mas como afirma o geneticista Cavalli-Sforza: “Os resultados, muitas vezes contraditórios, constituem um bom indício da dificuldade do empreendimento. Darwin compreendeu que a dificuldade geográfica frustraria toda tentativa de classificar as raças humanas. Ele observou um fenômeno recorrente ao longo da história: diferentes antropólogos chegaram a contagens totalmente discrepantes do número de raças - de três a mais de cem.”.

Sobre a questão atinente à raça humana, Helio Schwartsman<sup>46</sup> também retrata o problema em utilizá-la como critério para a concessão das cotas:

---

<sup>45</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?. In portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/seminario.../upload, acesso em 02/01/2013, às 18h30min.

<sup>46</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/1206284-raca-e-genes.shtml> 26/12/2012, às 12h.

O caderno sobre cotas que a Folha publicou no domingo mostrou, com exemplos de carne e osso, que aquilo que vemos como características raciais não corresponde necessariamente à biologia. A análise de DNA encomendada pelo jornal revelou que a estudante que se declarou negra tinha menos genes de origem africana do que a que se definiu como "muito branca".

A razão para a confusão é que o Brasil é um país miscigenado e a cor da pele, que tomamos como principal indicador de raça, é definida por um conjunto de cinco a dez genes que operam pelo modelo de interação. Se um branco tem um filho com uma negra, é provável que a criança exiba um cor intermediária. Mas, quando os pais são ambos mestiços, o filho pode herdar múltiplas combinações desses genes, ampliando o leque de colorações possíveis.

A questão central é se é lícito ou não falar em raças humanas. E aqui o debate é acirrado. De um lado, há cientistas, encabeçados pelo biólogo Richard Lewontin, que sustentam que raças são meras construções sociais, fruto da imaginação de nossas mentes essencialistas sem significado biológico ou taxonômico.

Do outro lado, estão autores como Anthony Edwards e Richard Dawkins, para os quais as categorias raciais têm algum valor informativo, já que existe correlação entre a frequência dos diferentes alelos de um gene numa população e a sua distribuição geográfica. Em outras palavras, as pessoas se parecem com seus pais e tendem a herdar várias de suas características. É útil para um médico saber se o paciente é negro na hora de diagnosticar uma possível anemia falciforme ou outra doença de maior prevalência nesse grupo.

De fato, a questão da raça, em muitos casos, desperta um debate polêmico.

Eventuais distorções podem ocorrer em casos concretos, mas são compensadas pelos benefícios que uma política de ação afirmativa pode gerar aos realmente necessitados, grande maioria.

Enfim, os críticos da política afirmativa de cotas raciais também usam como argumentos a possibilidade de *discriminação reversa* pelo uso de critérios arbitrários na definição dos beneficiários, alertando para o risco de *criação de guetos*. Mais uma vez Roberta Kaufmann<sup>47</sup> destaca esses aspectos:

---

<sup>47</sup> In <http://www.robertafragosokaufmann.com/search?q=adpf+186> em 07/11/12, às 18h36min.

Não se discute, nesta ação, sobre a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para inclusão de minorias e para o aprimoramento do Estado Social-Democrático.

Não se discute, nesta ação, acerca do reconhecimento de que o Brasil adota o modelo de Estado Social, que em oposição ao modelo de Estado Liberal, prioriza a idéia de integração das minorias, de erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, de solidariedade, de harmonia, de prevalência do todo em relação ao individual.

Não se discute, nesta ação, sobre a existência de Racismo, de Preconceito e de Discriminação na sociedade brasileira, nem que tais medidas representam chagas que devem ser banidas, combatidas e punidas com o máximo de rigor, na órbita individual e na esfera coletiva.

O que se discute é se “a implementação de um Estado Racializado, ou, em outras palavras, se o Racismo Institucionalizado, nos moldes em que praticado nos Estados Unidos, em Ruanda e na África do Sul, será a medida mais adequada, conveniente, exigível e ponderada, no Brasil, para a finalidade à que se propõe: a construção de uma sociedade mais justa, igual e solidária.

Sob o pretexto de supostamente se institucionalizar o racismo, não se pode abrir mão de política que realiza os objetivos constitucionais, mesmo porque, como já demonstrado no presente trabalho, o racismo ainda existe em nossa sociedade, de forma velada.

### 4.3. As experiências de outros países

A principal referência no direito comparado a respeito do assunto está nos Estados Unidos da América, muito por conta do seu pioneirismo, aspecto destacado pelo Min. Joaquim Barbosa<sup>48</sup>:

O País pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas “ações afirmativas” foram, como é sabido, os Estados Unidos da América. Tais políticas foram concebidas inicialmente como mecanismos tendentes a solucionar aquilo que um célebre autor escandinavo qualificou de “o dilema americano”: a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

Não obstante a situação paradigma que se verifica nos Estados Unidos da América, alguns autores defendem que a situação lá ocorrida difere da verificada no Brasil, eis que lá o racismo era legalizado e a segregação era explícita, de modo que não haveria que se falar em pauta a ser seguida.

O fato é que, ante o manifesto racismo presente nos estados do sul do país, dois movimentos foram fundamentais naquela nação para o surgimento das ações afirmativas: o movimento social de luta por igualdade racial e o movimento pela universalização de acesso ao ensino superior.

Referidos movimentos foram fundamentais para o fim da segregação racial no país e, conseqüentemente, para a implementação das ações afirmativas. Contribuíram sobremaneira para o fim da aplicação da doutrina do *separate, but equal*.

---

<sup>48</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, 24. p. 90

Também tiveram contribuição relevante nesse processo as manifestações em favor dos direitos civis e em detrimento da segregação racial lideradas por Martin Luther King e Malcom X.

Daí em diante, a partir da década de 60 do século passado, medidas legislativas foram sendo paulatinamente tomadas em prol dos direitos civis dos negros e da inclusão destes por meio de ações afirmativas. Luiza Barros Rozas<sup>49</sup> bem ilustra esse contexto histórico:

Do ponto de vista histórico, a construção das ações afirmativas nos Estados Unidos está intimamente relacionada com o fim da segregação legal ou indireta. O sistema segregacionista norte-americano, conhecido como *Jim Crow*, envolvia leis que legitimavam a prática do racismo, pois estabeleciam a separação entre brancos e negros em diversas áreas da vida social. O movimento segregacionista nasceu na década de 1890 e atingiu o seu ápice no final da primeira década do século XX.

Durante esses trinta anos vigorou uma separação entre brancos e negros nas escolas e em diversas áreas das relações cotidianas. É válido ressaltar que, em 1863, durante a Guerra de Secessão, foi extinto o sistema escravista nos Estados Unidos, iniciando-se, dois anos depois, o período de Reconstrução, ocasião em que foram aprovadas as Emenda n.º 14 e 15, conferindo aos negros os direitos de cidadania.

Ocorre que, simultaneamente, foram aprovadas leis segregacionistas em alguns estados da região sul, legalizando o sistema do “*Jim Crow*”, que se consolidou principalmente em 1896, com o caso *Plessy versus Ferguson*, quando a Suprema Corte decidiu que leis estaduais discriminatórias eram autorizadas pela Constituição, desde que acomodações iguais fossem destinadas a cada um (doutrina do *separate, but equal*).

Foi apenas no século XX que o sistema segregacionista foi revisto. Em 1945, um negro chamado *Sweatt* tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, mas foi recusado porque uma lei estadual

---

<sup>49</sup> ROZAS, Luiza Barros. Cotas para negros nas universidades públicas e a sua inserção na realidade jurídica brasileira – por uma nova compreensão epistemológica do princípio constitucional da igualdade. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) – 2009 – p. 34/35.

determinava que somente brancos poderiam freqüentar a universidade. A Suprema Corte declarou que esta lei violava os direitos de Sweatt, garantidos pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis. Ocorre que, para Ronald Dworkin, na decisão real do caso Sweatt, a Suprema Corte aplicou a antiga norma segundo a qual a segregação era constitucionalmente permitida, desde que se oferecessem aos negros instalações “separadas, mas iguais”

Em 1954, no caso *Brown versus The Board of Education de Topeka*, a Suprema Corte declarou inconstitucional a existência de escolas públicas separadas para brancos e negros. A importância histórica deste julgamento deve-se ao fato de que ele impôs o fim à segregação racial nas instituições de ensino.

Ora, a doutrina do “*separate, but equal*”, embora, em tese, garantisse aos negros o mesmo que aos brancos, falhava em diversos aspectos, dentre eles a questão da diversidade na formação da sociedade, abalada em razão da exclusão de um grupo pelo outro.

O resultado positivo das ações afirmativas tomadas pelos Estados Unidos da América inspirou diversas nações ao redor do mundo.

A Índia também é um país com histórico de segregação racial e que adotou ações afirmativas com alguns resultados positivos. O Min. Ricardo Lewandowski<sup>50</sup>, em seu voto proferido no julgamento da ADPF 186, ressaltou a situação do país:

... não são uma criação norte-americana. Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras - e que se notabilizou pela existência de uma casta “párias” ou “intocáveis” -, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais

---

<sup>50</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>, acesso em 15/12/12, às 15h.

o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido Government of India Act.

A motivação que levou à edição desse diploma legal, cuja espinha dorsal consiste no combate à exclusão social, é assim explicada por Partha Gosh: “A necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Foi Mahatma Gandhi (...) o primeiro líder a se dar conta da importância do tema e a chamar a atenção das castas mais altas para esse antiquado sistema social que relega comunidades inteiras à degradante posição de ‘intocáveis’...”

A Constituição de Independência da Índia, que de modo geral seguiu o modelo do ‘Government of India Act’, de 1935, dispôs sobre discriminações positivas em favor das Scheduled Castes e das Scheduled Tribes (Scs & STs) que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia. Além disso, reservou, a eles, vagas no Parlamento, foram dadas vantagens em termos de admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir seu total desenvolvimento e assim por diante.

A Constituição, em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, mas categoricamente também estabeleceu que nada na Constituição ‘impediria o Estado de adotar qualquer disposição especial para promover o avanço social e educativo de qualquer classe desfavorecida, das Scheduled Castes ou das Scheduled Tribes’.

Se a situação da Índia ainda está longe do ideal em termos de inclusão social das diversas castas, é fato que o país caminha rumo a isso e o grande mérito para tanto pode ser creditado às políticas de ações afirmativas implementadas no país.

O mesmo pode ser dito da África do Sul, nação conhecida pela segregação racial denominada *apartheid* e que, graças à luta do povo negro liderada por Nelson Mandela, também caminhou positivamente no sentido da adoção das ações afirmativas.

#### 4.4. A posição do Supremo Tribunal Federal

Até o momento, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a questão das cotas raciais em quatro ações de controle concentrado.

As ADI 2848 e 3197 discutem a constitucionalidade da política de cotas raciais adotadas por duas universidades do Estado do Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF).

A **ADI 2848**, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), questionou um emaranhado de leis estaduais – 3254/00, 3708/01 e 4061/02 – que, resumidamente, estabelecia cotas de 50% para alunos da rede pública, sendo que, desse percentual, 40% seria destinado a alunos negros e 10% a deficientes. Referidas leis não eram suficientemente claras, levando a problemas de interpretação, situação que motivou a edição da lei estadual 4151/03, que substituiu as anteriores, motivando a perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, neste caso não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a tese.

A lei estadual 4151/03, acima mencionada, viria a ser objeto da **ADI 3197**, também ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM). Referida lei estabelecia cotas de 20% para alunos da rede pública, 20% para negros e 5% para deficientes ou outras minorias étnicas.

Embora pudesse se entender que os pardos estariam inseridos nos 20% das vagas destinadas aos alunos negros, a ação direta questionava a não inclusão desse grupo como beneficiário das cotas.

A petição foi distribuída em 2004 e pleiteou cautelarmente a suspensão do vestibular daquele ano. Todavia, tal pretensão só foi analisada em 2007 pelo Min. Sepúlveda Pertence<sup>51</sup>, que assim decidiu:

“Inegável o relevo de direitos e garantias fundamentais da questão, bem como os princípios constitucionais aparentemente em conflito, o que exige um debate amplo e maduro, especialmente tendo em vista as políticas públicas e suas consequências que a decisão do Supremo Tribunal Federal – seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade – acarretará. Esse o quadro, apesar da urgência típica que tal discussão exige do Tribunal, é prudente a reflexão mais profunda [...]”

No mesmo ano, a lei estadual 5074/07 modificou parcialmente a lei 4151/03, incluindo nos 5% de vagas para cotistas os filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares, inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

Logo após, a lei estadual 5346/08 instituiu novo sistema para as cotas, revogando expressamente as leis estaduais 4151/03 e 5074/07, de tal sorte que a ADI 3197 veio a perder seu objeto, não tendo havido, portanto, manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

---

<sup>51</sup> ADI 3197. Despacho do dia 08 de junho de 2007, p.639.

Prosseguindo, a **ADI 3330** discute os benefícios trazidos pelo ProUni, programa federal que consiste no financiamento do estudo em instituições privadas para estudantes que preencham certos requisitos de renda e/ou qualificação, formação, raça, dentre outros.

Nessa ação direta, contudo, são versadas mais questões atinentes às isenções tributárias e à autonomia da universidade do que à igualdade. Afora isso, não se discute o ponto relativo ao mérito do estudante, porquanto o programa não afasta a necessidade de aprovação no ENEM e no vestibular, de forma que referido caso acaba tendo pouca relevância para o presente estudo.

A demanda que realmente trouxe elementos significativos para o tema desenvolvido no presente trabalho é a **ADPF 186**.

Trata-se de ação proposta pelo partido político DEM contra ação afirmativa da Universidade de Brasília (UNB), que, valendo-se da autonomia universitária e visando à diversidade e à inclusão racial, estabeleceu cota de 20% para alunos negros e pardos, que seriam assim reconhecidos com base em autodeclaração e entrevista pessoal.

O DEM questionou essa medida basicamente com os argumentos de que a questão das cotas deve ser enxergada sob o prisma econômico e de que talvez não seja conveniente para o Brasil a adoção de um Estado racializado.

Após a convocação de audiência pública, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado na ADPF por unanimidade, em decisão que se caracteriza como importantíssimo precedente a respeito do tema.

O relator, Min. Ricardo Lewandowski, destacou o pluralismo e a diversidade dentro do ambiente universitário, lembrando a transitoriedade da medida; o Min. Luiz Fux enfatizou a questão da justiça compensatória, o dever de solidariedade e o objetivo do país de construir uma sociedade livre e justa; a Min. Rosa Weber ressaltou a igualdade material e a democratização da representatividade social no ambiente universitário; a Min. Carmen Lucia também mencionou a igualdade em seu voto, adicionando ser proporcional a medida, que atende aos ditames da função social da universidade; o Min. Joaquim Barbosa seguiu o voto do relator, acrescentando experiências positivas do direito comparado; o Min. Cezar Peluso demonstrou dados estatísticos para fundamentar a necessidade de busca dos objetivos constitucionais; o Min. Gilmar Mendes, como outros o fizeram, utilizou o princípio da igualdade em sua argumentação, ponderando, todavia, existirem pequenas distorções no sistema não suficientes para o reconhecimento de inconstitucionalidade; o Min. Marco Aurélio criticou o argumento da meritocracia e alertou que o programa deve vigorar por tempo determinado; o Min. Celso de Mello trouxe à discussão o ponto relativo aos tratados internacionais de direitos humanos no sentido da inclusão racial; e o Min. Aires Britto desenvolveu sua posição em cima da necessidade de correção dos erros históricos.

## 5. Conclusão

Analisados os diversos argumentos referentes à política de cotas para negros nas universidades públicas, é possível concluir que os aspectos positivos da reserva de vagas em muito superam os negativos.

Trata-se definitivamente de modalidade de ação afirmativa que vai ao encontro dos princípios constitucionais da igualdade, em seu conteúdo material, da proporcionalidade e da solidariedade.

Não só isso. Atende aos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas, na medida em que a inclusão social do negro passa necessariamente pela facilitação de seu acesso à universidade, em busca da erradicação da pobreza e da marginalização social e da redução das desigualdades sociais e regionais.

Nas sábias e coerentes palavras do Min. Joaquim Barbosa<sup>52</sup>, o acesso e a permanência na universidade da classe social marginalizada são capazes de produzir mudança cultural na sociedade, eliminando os efeitos ainda persistentes da discriminação legalizada que houve no passado:

---

<sup>52</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

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra (...). As ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os 'efeitos persistentes' da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada 'discriminação estrutural', espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados.

Necessário ressaltar, contudo, que o estabelecimento de cotas raciais para negros não dispensa as políticas de caráter universalista, de equidade de oportunidades. Ao contrário, o ideal é que as ações afirmativas sejam conjugadas com essas medidas universalistas.

Além disso, deve-se procurar, quando possível, aliar o critério racial ao socioeconômico, na tentativa de eliminar pequenas distorções que podem ocorrer na execução da política de ação afirmativa.

Independentemente disso, é fato que o modelo de Estado no qual vivemos não pode assistir ao cenário social atual do país sem tomar nenhuma medida no sentido de equilibrar as graves disparidades existentes, demonstradas estatisticamente, de modo que a política afirmativa de cotas raciais para negros se revela medida necessária, adequada e eficaz no intuito de realizar, na prática, o que nossa ordem jurídica prevê em suas normas.

## 6. Bibliografia

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo.

DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa dos negros nos Estados Unidos da América e no Brasil. Disponível em <http://www.robertafragosokaufmann.com>.

FRASER, Nancy. “*From Retribution to Recognition?* Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age” in *New Left Review*, issue: 212, vol. a, 1995. Disponível em: <http://www.questia.com/pm.qst>

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. As Ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo04.pdf>.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido nos autos da ADPF 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>.

MACIEL, Alvaro dos Santos, in [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8343#\\_edn6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343#_edn6).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_ Voto proferido nos autos da ADPF 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>.

\_\_\_\_\_ *Temas de Direitos Humanos*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in Revista Trimestral de Direito Público no 15/85.

\_\_\_\_\_ O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROZAS, Luiza Barros. Cotas para negros nas universidades públicas e a sua inserção na realidade jurídica brasileira – por uma nova compreensão epistemológica do princípio constitucional da igualdade. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) – 2009.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2006.

SCHWARTSMAN, Hélio. Raça e Genes, in <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/1206284-raca-e-genes.shtml>, acessado em 26/12/2012, às 12h.

SILVA, Marina Jacob Lopes da. “Igualdade e ações afirmativas sociais e raciais no ensino superior: o que se discute no STF? Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação da Professora Flávia Scabin. São Paulo, 2009.

VICENTINO, Claudio. História geral. 8ª ed. São Paulo: Scipione, 1997. p. 109

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376