



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

HERLA KALINA COURA MOREIRA

**DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: AÇÕES AFIRMATIVAS EM
BENEFÍCIO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL**

**POSITIVE DISCRIMINATION: AFFIRMATIVE ACTIONS
TO BENEFIT THE BRAZILIAN BLACK POPULATION.**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
/Menção em Direito Constitucional, apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra*

*Orientadora: Maria Benedita Malaquias Pires
Urbano*

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

Ao pai celestial.

Aos meus pais, Antonimario e Conceição, pelo legado da educação.

À minha orientadora, Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, cujas aulas e bibliografia despertaram meu interesse pelos aspetos inerentes ao Direito Público.

RESUMO

Esta dissertação versa acerca das políticas de ação afirmativa no Brasil, notadamente aquelas destinadas à população negra, que passaram a ostentar notoriedade no país, a partir da Conferência de Durban contra o Racismo, em 2001. A discriminação e o preconceito caracterizam a nação brasileira desde a antiguidade até aos dias atuais. Dados compilados para a presente pesquisa apontam que a discriminação racial se encontra intimamente atrelada à discriminação social, sendo o princípio racialista norteador das relações sociais brasileiras. Desenvolveu-se uma pesquisa sobre o conceito da igualdade e suas variações, enaltecendo o seu aspecto material ou substancial indispensável para a efetiva concretização de políticas públicas dessa natureza, pois a questão sob análise se faz à luz de pressupostos embasados em ideais de justiça social. O itinerário dissertativo almejou explicitar a compatibilidade jurídica pátria com a aplicabilidade das referidas políticas, demonstrando como é suscitado nos discursos favoráveis e contrários à sua utilização. Vislumbrou-se que as adoções das cotas raciais conjugadas com as cotas sociais possibilitam o acesso à educação e ao mercado de trabalho e, portanto, a inserção do negro em sociedade. O presente empreendimento dissertativo propõe-se, ainda, a expor alguns contributos para o aperfeiçoamento deste instituto, objetivando uma sociedade mais democrática, equitativa e humana. Destarte, este estudo apresenta como escopo o aprofundamento do debate sobre as políticas de reserva de vagas para os negros, apresentando o sistema de cotas como uma medida jurídica de discriminação positiva destinada a efetivar os direitos humanos.

Palavras-Chave: Ações Afirmativas – Política de Cotas Raciais – Princípio da Igualdade – Negros - Justiça.

ABSTRACT

This dissertation deals with affirmative action policies in Brazil, especially those aimed at the black population, which became known in this country since the Durban Conference against Racism in 2001. Discrimination and preconception characterized Brazilian nation since ancient times until present day. Data was compiled for the present study pointed out that racial discrimination is intimately linked to social discrimination, being the racist principle guiding Brazilian social relations. Research was developed to the concept of equality and its variations, highlighting its material or substantial aspect, indispensable for the effective concretization of public policies of this nature, because the question under analysis is made based on ideals of social justice. This dissertation pretend explicit the legal compatibility of the country with the applicability of these policies, demonstrating how is caused in the favorable speeches and those contrary to its use. It was envisaged that the adoption of racial quotas, combined with social quotas, make it possible to access education and the labor market and, therefore, the insertion of black people in society. The present dissertation proposes also to expose some contributions to the improvement of this institute, proposing a more democratic, equitable and human society. This study presents as a scope into the debate on the reservation polices of vacancies for black people, presenting the quota system as a legal measure of positive discrimination destined to perform the human rights.

Palavras-chave: Affirmative actions - Racial quota policies – Principle of equality – Black People – Justice.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

p. ex. – Por exemplo

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

Unb – Universidade de Brasília

ÍNDICE

I - INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – IGUALDADE	3
1.1. Notas introdutórias	3
1.2. Da igualdade formal à igualdade material.....	7
1.3. Igualdade como princípio constitucional na Constituição de 1988.....	11
1.4. Igualdade: discriminação positiva e concretização da justiça	18
CAPÍTULO II – ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	26
2. A gênese das ações afirmativas.....	26
2.1. Ação afirmativa na Índia	26
2.2. Ação afirmativa nos Estados Unidos da América	33
2.3. Posicionamento da Suprema Corte norte-americana	47
2.3.1. O Caso Brown v. Board of Education of Topeka	48
2.3.2. O caso Regents of the University of California v. Bakke	52
2.4. O conceito das ações afirmativas	56
CAPÍTULO III - AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL	64
3.1. Fundamentos das ações afirmativas	64
3.2. Autorização do Ordenamento Jurídico Pátrio para a utilização das Ações Afirmativas.....	75
3.3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF).....	84
3.4. Polêmicas suscitadas pelo debate das políticas afirmativas	88
3.4.1. A ação afirmativa compensa injustiças passadas?.....	89
3.4.2. A ação afirmativa ofende a meritocracia?	91
3.5. Discriminação racial e a inserção dos negros em sociedade	96
II – CONCLUSÃO.....	109
III – BIBLIOGRAFIA	113

I - INTRODUÇÃO

É cediço que, hodiernamente, vivemos ainda em uma sociedade distante da concretização efetiva dos ideais de justiça e equidade, sendo, portanto, a busca pela igualdade um desejo incessante perante a existência humana.

Deste modo, almejando reformar e reestruturar a sociedade mediante a eliminação das discriminações e, conseqüentemente, da desigualdade social, houve a importação, do direito norte-americano, *da affirmative action*. As ações afirmativas, assim denominadas no Brasil e, por vezes, com nomenclaturas distintas em outros países, estão arraigadas às condições sociais inerentes à atualidade ou aos aspectos históricos peculiares à determinada nação. Portanto, as singulares do passado, bem como as do presente, suscitam fortes embates, positivos ou negativos, acerca da implementação do instituto.

Assim, o objetivo deste trabalho é demonstrar que a utilização das políticas de ações afirmativas no Brasil configura-se como instrumento hábil de promoção social, alicerçado no emprego da igualdade material para se reduzir as desigualdades existentes, sobretudo as praticadas contra os negros.

O capítulo I versa sobre o princípio da igualdade e suas singularidades, pois é o ponto nevrálgico da determinação da constitucionalidade de políticas públicas dessa natureza, haja vista que a questão sob análise se faz à luz de pressupostos embasados em ideais de justiça social. Em conformidade com o exposto se contemplou um breve histórico a respeito do princípio em comento, assim como a sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente e, por fim, a igualdade diante da discriminação positiva, enaltecendo o seu aspecto material ou substancial, indispensável para a justa medida da desigualação a ser corrigida e para a efetiva concretização da justiça. Entende-se, conseqüentemente, que as políticas afirmativas constituem como uma avançada tentativa de concretização da igualdade.

O capítulo II analisa a gênese das medidas de *descrímen positivo*, destacando o seu desenvolvimento na Índia e nos Estados Unidos. O país norte-americano foi estudado com maior profundidade em virtude da influência no instituto sob análise, onde se vislumbrou as suas primeiras políticas de ações afirmativas e o relevante posicionamento

da Suprema Corte. A última parte desse capítulo trouxe a definição das políticas afirmativas, evidenciando a diversidade dos conceitos existentes.

O capítulo III inicia-se apresentando os debates travados em duas arenas distintas quanto à natureza jurídica das políticas de discriminação positiva: se se trata de justiça compensatória ou distributiva e, a seguir, se utiliza da análise dos seus objetivos e a devida influência em sociedade.

Por fim, a segunda parte desse capítulo investigou a compatibilidade do uso das ações afirmativas com o ordenamento jurídico pátrio, considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Corroborando com o supramencionado, enfrentaremos o embate entre a aceitação da implementação das ações afirmativas, em virtude do histórico preconceito aliado às disparidade sociais existentes em um Brasil que se enquadra como Estado prestacionista e, por outro, o entendimento de vedação do instituto em comento pelo fato de ser incompatível com a Constituição da República Federativa Brasileira, independentemente de previsão legal, em estrita observância à supremacia do princípio da igualdade jurídica.

Ademais, analisou-se a ligação existente entre discriminação racial e discriminação social e a eficácia do instrumento pesquisado na efetiva inserção do negro em sociedade, suscitando os divergentes argumentos inerentes a tal medida.

Portanto, o presente empreendimento dissertativo alicerça-se no estudo jurídico das ações afirmativas, como instrumento destinado a efetivar a busca pela igualdade.

CAPÍTULO I – IGUALDADE

1.1. Notas introdutórias

Neste capítulo buscaremos demonstrar o significado do princípio da igualdade, a sua origem, assim como as suas nuances e subdivisões.

Inicialmente, cabe ressaltar que antes de examinarmos a institucionalização da igualdade em termos jurídicos é imprescindível que ela seja filosoficamente assimilada como um valor que posteriormente foi elegido pelo Direito para ser implantado em sociedade, baseado nos anseios de justiça e segurança social. Em conformidade com o exposto, compreende-se que a gênese dos estudos associados à igualdade atrela-se à Aristóteles e Platão onde, na época, se considerava que a igualdade possuía como pressuposto a existência de uma desigualdade natural dos seres humanos, a qual embasava a segregação dos homens entre fortes e fracos, ignorantes e sábios, governados e governantes, etc., assim como a justificativa da submissão do escravo ao senhor. Tal pensamento filosófico propiciou a crença de que alguns haviam nascido para comandar, outros para obedecer, evidenciando “*convicções expressivas de uma desigualdade natural convertida em desigualdade social*”¹

Apenas no século XVIII, Jean Jacques Rousseau, sendo contrário à escravidão, mediante reflexão sobre o tema sustentou que todos os homens são livres e iguais e que as desigualdades são provenientes das convenções implementadas pela sociedade, não havendo um homem detentor de qualquer autoridade natural sobre os outros.²

Logo, faz-se *mister* mencionar que o reconhecimento do princípio da igualdade ocorreu na progressão do Direito Constitucional moderno. O *Bill of Rights*, dos Estados Unidos, em 1776, propiciou robustez jurídica, constituindo em seu artigo 1º que “*todos os Homens são, por natureza, igualmente livres e independentes*”. Em sentido análogo, como reação às injustiças e aos tratamentos extremamente desumanos, em 1789, a Revolução Francesa³ também se enquadrrou como marco na exaltação do princípio da igualdade,

¹ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.2, jul./dez. - 2003, pp. 210, 211. Disponível em: <file:///C:/Users/Coura/Downloads/47-92-1-SM.pdf>. Acesso em: 15.06.2017.

² *Ibidem*, pp. 211, 212.

³ Artigo 6º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “*A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua*

sendo esse, ressalte-se, um dos seus princípios basilares. Vale consignar que à medida que as declarações americanas caracterizavam-se por serem mais concretas, a Declaração francesa de 26 de agosto de 1789 é mais abstrata, mais universalizante.⁴

Vale, ainda, ressaltar a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pois configura-se como o documento base da luta universal contra a opressão e a discriminação, onde defende a igualdade e a dignidade das pessoas, além de reconhecer que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.⁵

No mesmo sentido, em âmbito mundial, também foi elaborada, em 1969, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, definindo em seu artigo 1º o que vem a ser discriminação racial, buscando, deste modo, assegurar os valores vinculados à igualdade, com base no respeito à diferença.⁶

Ressalte-se que as medidas normativas supraditas objetivavam, essencialmente, inibir a violação sistemática de princípios fundamentais, especialmente ao princípio da igualdade, violado com base em legislação, ideologia e condutas corriqueiras detentoras de teor discriminatório, responsáveis, portanto, por caracterizar a História mundial. Assim, os relatos históricos evidenciam uma discriminação marcada por situações de domínio, onde um indivíduo sobrepõe-se a outro, inserindo-o em condição desvantajosa e segregando-o socialmente.

Em vista disso, distintamente do protagonizado no passado, hoje há a necessidade de se conferir proteção especial e singular a indivíduos pertencentes a determinados

formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.” Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 18.06.2017.

⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Saraiva: São Paulo. 2010. pp. 145 a 148.

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social. Portal Brasil. Cidadania e Justiça. 04 nov. 2009. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>. Acesso em: 18.06.2017

⁶ Artigo 1º, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial: “*Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.*” Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> Acesso em: 18.06.2017.

grupos, em virtude da sua situação de vulnerabilidade, ou seja, “(...) a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos.”⁷

Deste modo, hodiernamente, podemos afirmar que tanto perante a Constituição brasileira de 1988, quanto diante do direito internacional, consolida-se o valor da igualdade, considerando as diferenças inerentes à diversidade e constatando que a observância dos direitos fundamentais, explicitamente em declarações de direitos, trata-se de recente episódio. Porém, antiga é a discussão que engloba a questão da igualdade⁸, pois tal princípio “(...) figura entre os temas mais latos e equívocos de quantos a Filosofia, a Ciência Política e o Direito fizeram objeto de suas reflexões, desde a época da Antiguidade aos nossos dias.” Em cada época, retoma-o, imbuídos da esperança de interpretá-lo com menos incerteza, comprovando-se, entretanto, a existência da renovação de antigas dificuldades.⁹ Foi nesse sentido que Friedrich Ludwig Gottob Frege, matemático e filósofo alemão, afirmou que “A igualdade desafia a reflexão com questões a seu respeito que não são fáceis de responder.”¹⁰

Deste modo, em sentido análogo, também ocorre no âmbito jurídico e social.

Amarthya Sen¹¹ reflete acerca da igualdade mediante a análise de dois questionamentos. Vejamos:

Duas questões centrais para a análise ética da igualdade são: (1) Por que a igualdade? (2) Igualdade de quê? Estas duas perguntas são distintas, mas completamente interdependentes. Não podemos começar a defender ou criticar a igualdade sem saber do que afinal estamos falando, isto é, igualdade de que características (p.ex., rendas, riquezas, oportunidades, realizações, liberdades, direitos)? Possivelmente não podemos responder à primeira pergunta sem lidar com a segunda. Isso parece suficientemente óbvio.

Mas se de fato respondermos à segunda pergunta, ainda necessitamos enfrentar a primeira? Se argumentamos com sucesso em favor da igualdade de x (seja qual for este x –

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, p. 186.

⁸ Proveniente do Latim “*equalitas*”. Etimologicamente, significa: relação entre coisas iguais; qualidade daquele ou daquilo que é igual; ausência de diferenças. Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/igualdade/> <https://www.significados.com.br/igualdade/>. Acesso em: 15.01.2017.

⁹ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado..., p. 210.

¹⁰ FREGE, Friedrich Ludwig Gottob. Sobre o sentido e a referência. Tradução Sérgio R. N. Miranda. Universidade Federal de Ouro Preto. *FUNDAMENTO – Rev. de Pesquisa em Filosofia*. v. 1, n. 3, maio – ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n3/vol1n3-2.pdf>. Acesso em: 23.03.2017.

¹¹ SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Editora Record: Rio de Janeiro. 2001. p. 43.

algum resultado, algum direito, alguma liberdade, algum respeito ou alguma outra coisa), então já argumentamos defendendo a igualdade naquela forma, tendo x como o padrão de comparação. De modo similar, se rebatemos a pretensão de igualdade de x, então já argumentamos contra a igualdade naquela forma, com x como o padrão de comparação. Não há, nesta perspectiva, nenhuma pergunta “*que vai além*”, “*mais profunda*”, a ser respondida sobre por que – ou por que não – a “*igualdade*”. A pergunta (1), nesta análise, assemelha-se muito com a pergunta “*mais ordinária*” (2).

Bobbio,¹² por sua vez, adverte: “(...) *no caso de igualdade, a dificuldade de estabelecer esse significado descritivo reside sobretudo em sua indeterminação, pelo que dizer que dois entes são iguais sem nenhuma outra determinação nada significa na linguagem política; é preciso que se especifique com que entes estamos tratando e com relação a que são iguais, ou seja, é preciso responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem?; e b) igualdade em quê?*”

Compreende-se que a igualdade, em determinadas ocasiões, não deverá ser assimilada com a mesma exatidão, devendo respeitar e considerar as especificidades e diferenças existentes. “*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.*”¹³ Assim, pode haver duas coisas que mesmo não se apresentando materialmente iguais, possam resultar em igualdade.¹⁴

Deste modo, as ações afirmativas, cuja definição será esmiuçada adiante, estão intimamente associadas ao princípio da igualdade, assim como à ideia de justiça. Segundo Flávia Piovesan¹⁵, a concretização da aludida igualdade implica, conjuntamente, no combate à discriminação e na promoção da igualdade, sendo extremamente necessária a existência de políticas de combate à discriminação.

Neste capítulo vislumbraremos a igualdade e suas relevantes singularidades, demonstrando a árdua missão de se estabelecer a justa medida da desigualação a ser sanada, sendo, portanto, objeto das ações afirmativas a avançada tentativa de concretização do princípio da igualdade na sociedade.

¹² BOBBIO, Noberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora ediouro. 1997. pp. 11, 12.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 185.

¹⁴ GOMES, Fábio Soares. A questão da igualdade e a política de cotas. *Dissertação de Mestrado*. Salvador. 2008, p. 94.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, pp. 185, 186.

1.2. Da igualdade formal à igualdade material

Neste tópico vislumbraremos que o princípio da igualdade subdivide-se em outros dois princípios, são eles:

- Princípio da igualdade formal: refere-se ao princípio da igualdade perante a lei;
- e
- Princípio da igualdade material: refere-se ao princípio da redução das desigualdades.¹⁶

Incipientemente, releva destacar que a crise do princípio da igualdade surgiu durante a passagem do Estado liberal ao Estado social, quando o positivismo lógico-formal compreendia unicamente a norma, enquanto o positivismo sociológico, mais crítico e atento às mudanças sociais e históricas, exergava a norma, como também a realidade. Disso ocasionou que o supradito princípio, permanecendo idêntico no texto constitucional, sofreu, entretanto, uma alteração interpretativa substancial, notória principalmente nas Constituições de Weimar¹⁷ e Bonn. Tal variação traduzia-se na nova versão de que a igualdade atrelava também o legislador, proibindo-lhe a elaboração de leis em que “*o essencialmente igual fosse tratado de modo desigual e o essencialmente desigual, de maneira igual.*” Assim, determinou-se, por via hermenêutica, um limite considerável à ação do Estado em termos jurídicos. Em suma, constatava-se a proporcionalidade na aplicação social do Direito, o reconhecimento de que no âmbito jurídico a igualdade sempre estará aliada à desigualdade para se alcançar, então, a igualdade justa.¹⁸

Ao tratar do assunto em tela, configura-se inevitável a menção ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira, sendo ele o responsável por consagrar a igualdade de todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza.

Entretanto, devemos buscar não apenas essa aparente igualdade formal (consolidada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material. Devido

¹⁶ VERUCCI, Florisa. O direito da mulher em mutação – Os desafios da igualdade. Belo Horizonte: Del Rey. 1999, p.57 *apud* VILAS-BÓAS, Renata Malta. Ações afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003. p. 20.

¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica...*, pp. 201, 211.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado..., p. 221.

ao fato de que, no Estado social ativo, concretizador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real diante dos bens da vida, distintamente daquela somente formalizada em face da lei.¹⁹

Desta forma, para alcançarmos uma efetiva igualdade é necessário que a igualdade e a desigualdade sejam aliadas até que se atinja uma estabilidade, um equilíbrio. Consoante aduz Alexy²⁰: *“Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente’ não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade. (...) A igualdade – tanto quanto a desigualdade – entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade – ou uma desigualdade – em relação a determinadas características.”*

Em sentido semelhante, o direito, pautado por uma moralidade pós-convencional²¹, compreende a igualdade como *“exigência da igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade da aplicação do direito, isto é, a igualdade das pessoas perante a lei; mas equivale também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo a qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual.”*²²

Conforme o aludido, remetendo-se à justiça formal o brocardo latino *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que for devido) consagra que todos os inseridos em uma mesma categoria devem ser tratados do mesmo modo, sendo uma forma de se estabelecer a própria distribuição igualitária na sociedade humana.

Por outro lado, a busca pela igualdade substancial ou material, por vezes utópica, vincula-se à memorável lição aristotélica, assaz de vezes repisada, devendo-se tratar

¹⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª Edição. Editora Saraiva. 2016. p. 1172.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2015, p. 399. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexey-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>. Acesso em: 09.06.2017.

²¹ Segundo Souza Cruz: *“numa metáfora poder-se-ia dizer que na moralidade pré-convencional o indivíduo está apressando as regras do jogo. Na etapa convencional, ele está apto a jogá-lo. Finalmente, na fase pós-convencional ele se torna capaz de criticar tais regras.”* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p.214 *apud* RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado democrático de Direito*. Curitiba: Juruá Editora. 2010. p. 217.

²² HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. Ed. Tradução de Fávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. V. 2. 2003. *apud* RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade....* p. 218.

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.²³ “*Em última análise a igualdade enraíza-se na ideia ou premissa de que todos os seres humanos são iguais quanto à sua dignidade humana e, conseqüentemente, iguais em todas as dimensões que a dignidade assume na sua vida.*”

Trata-se, portanto, de vestuto conceito, entretanto, antiga também é a contenda que o engloba, pois, incessantemente, indaga-se: o que é igualdade? Igualdade em quê? O que é devido para cada indivíduo?

Celso de Mello,²⁴ ao definir igualdade, aduz que “*O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos*”.

Pois, segundo Amartya Sen,²⁵ “*Os seres humanos são diversos, mas diversos de diferentes modos.(...) Variações relacionadas com sexo, idade, dotes genéticos, e muitos outros traços, nos dão poderes bastante divergentes para fazer da liberdade um constituinte de nossas vidas, mesmo quando temos o mesmo pacote de bens primários.*”²⁶

Trata-se, portanto, da necessidade de se empregar a igualdade sob a concepção material, considerando as singularidades sociais existentes, bem como determinadas condutas inerentes ao convívio humano, como é a situação da discriminação.

²³ Inspirada por Aristóteles, *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa, também retrata a ideia da igualdade material: “*A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.*” BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5ª edição. Edição Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999. p. 26. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 23.03.2017.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição, 24ª tiragem. São Paulo-SP: Malheiros Editores. 2014. pp.12,13.

²⁵ SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada...*, p. 141.

²⁶ Martim de Albuquerque, acerca da existência da diferença entre os homens, acrescentou que: “*O princípio da igualdade ou o princípio da discriminação, noção entendida como menos abstracta e, sobretudo, mais técnica que a noção de igualdade, não nega as diferenças objectivas entre os homens. O problema consiste em saber que diferenças são de considerar quando está em jogo o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.*” Albuquerque, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina. 1993. p. 332.

Deste modo, a igualdade material, almejando conferir uma efetiva igualdade real para a universalidade das pessoas, permite a utilização de discriminações positivas, onde o princípio que versa acerca da isonomia trata igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, ou preferenciais, o que se distingue do ocorrido no arbítrio, pois não se pode desequiparar indivíduos e situações quando não exista elemento dissemelhante.²⁷

Destarte, é necessário atentar que a desigualdade imposta através do regime legal precisa vincular-se diretamente com o fator diferencial elegido. Assim, caso não estejam correlacionados, a diferença estabelecida fere o princípio da isonomia. Pois, a lei não pode atribuir efeitos valorativos ou depreciativos, com base em critério especificador, desconexos ou contraditórios quanto os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais englobados neste ordenamento.²⁸ Entretanto, a correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, “*pura*”, livre da introdução de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas.²⁹

Portanto, deve-se investigar, de um lado, aquilo que é escolhido como critério discriminatório e, de outro lado, se existe justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, conceder o específico tratamento jurídico criado em função da desigualdade afirmada.³⁰

Por fim, cabe a constatação de que premente é a necessidade contemporânea de se perseguir, cada vez mais, a igualdade sob o seu aspecto material ou substancial e não apenas a ideia obsoleta e retrógrada da igualdade formal, caracterizada pela estaticidade e neutralidade. Aquela, carrega consigo a promoção da igualdade prevista constitucionalmente e a consequente possibilidade de se atenuar a existência de uma

²⁷ Portanto, “(...) aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que dessemelhou as situações.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, p. 32.

²⁸ *Ibidem*, p. 42.

²⁹ *Exemplificandi gratia*, Celso de Mello diz que “Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se correlaciona juridicamente com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, pp. 39, 40.

³⁰ *Ibidem*, p. 38.

sociedade marcada por fortes assimetrias, ao passo que confere oportunidades iguais, pautada na necessidade de se estabelecer um ambiente menos sectário e mais igualitário. No entanto, medidas igualitárias que desconsideram as diferenças existentes, além de descumprir a orientação principiológica trazida pelo artigo 5º, *caput*, da Carta Constitucional, denota extrema insensibilidade à realidade que lhe é imanente, pois perpetua relatos históricos de desequilíbrio, evidenciando notória estagnação social.

Desta feita, conclui-se que as políticas de ação afirmativa desempenham papel fundamental diante da proposta democrática, pois atuam como medidas de efetiva tentativa de concretização da igualdade material ou substancial, em total consonância com o ordenamento jurídico vigente.

1.3. Igualdade como princípio constitucional na Constituição de 1988

A princípio, cabe destacar que foi nos Estados Unidos que o princípio em comento estreou com o célere texto da Declaração da Independência, anterior à declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. O documento americano, por sua vez, assegurava que todos os homens haviam nascidos iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis³¹, evidenciando notório traço da aplicação dos princípios filosóficos do direito natural.³²

Porém, a igualdade civil moderna nasceu com a Revolução Francesa, assim como com a filosofia política e jurídica que a antecedeu. Assim, se faz *mister* mencionar a relevância da primeira Constituição revolucionária da França, de 03.09.1791, que incorporou ao seu texto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789 e no artigo 111 daquela Constituição previa a igualdade de todos perante a lei ao assegurar que: *“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum.”*³³

³¹ “São verdades inconstestáveis para nós; todos os homens nascem iguais; o Criador lhes conferiu certos direitos inalienáveis, entre os quais os de vida, o de liberdade e o de buscar a felicidade; para assegurar esse direitos se constituíram homens-governo cujos poderes justos emanam do consentimento dos governados; sempre que qualquer forma de governo tenda a destruir esses fins, assiste ao povo o direito de mudá-la ou aboli-la.” *Declaration of Independence: A Transcription*. America’s Founding Documents. Disponível: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> Acesso em: 03.11.2016.

³² BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado..., p. 220. Disponível em: <file:///C:/Users/Coura/Downloads/47-92-1-SM.pdf>. Acesso em: 03.11.2016.

³³ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado..., p. 212.

Em um recorte histórico, a questão da isonomia obteve relevo em quase todas as constituições brasileiras. Analisemos algumas delas:

- Constituição Federal de 1934: Configura-se como pioneira ao descaracterizar diversas distinções e, conseqüentemente, ampliar a ideia de isonomia na ordem constitucional, assumindo, portanto, a existência de questões tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade e as repudiando formalmente.³⁴
- Constituição Federal de 1937: o elemento supramencionado foi excluído e restringiu-se a mencionar apenas a igualdade perante a lei.³⁵
- Constituição Federal de 1946: consolidou o princípio da igualdade ao repetir e limitar-se aos usuais dizeres vinculados à igualdade perante a lei. Ressalte-se, evidenciou a proibição da propaganda de preconceitos de raça ou classe.³⁶
- Constituição Federal de 1967: Manteve-se a orientação da Carta anterior, mas se ampliou os parâmetros da igualdade, inserindo a previsão legal da punição para o preconceito de raça.³⁷ “*Houve, neste momento, uma transposição do nível formal para um nível positivo do princípio da igualdade.*”³⁸

Dentre as constituições supracitadas,³⁹ merece destaque o legislador constituinte de 1988, pois, entre outros motivos, estabeleceu a isonomia de modo amplo, evidenciando

³⁴ Artigo 113, I, Constituição Federal de 1943: “*Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.*” *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. (1934). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 03.11.2016.

³⁵ Artigo 122, 1º, Constituição de 1937: “*Todos são iguais perante a lei*”. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. (1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 03.11.2016.

³⁶ Artigo 141, § 1º, Constituição Federal de 1946: “*Todos são iguais perante a lei*”; §5º: “*(...) Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou classe.*” *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. (1946) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 03.11.2016.

³⁷ Artigo 150, §1º: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.*” *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. (1967). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 03.11.2016.

³⁸ AMARAL, Luiza. *A evolução dos princípios da isonomia e igualdade na legislação brasileira*. Disponível em: <https://luizaamaral.jusbrasil.com.br/artigos/252308951/a-evolucao-dos-principios-da-isonomia-e-igualdade-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 03.11.2016.

³⁹ Para aprofundamento, cf. GROFF, Paulo Vargas. *Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras*. Brasília. 45. n. 178. abr./jun. 2008. Disponível em:

proibições e punições para determinados estereótipos negativos.⁴⁰ *Exempli gratia*, o artigo 5º, XLI,⁴¹ ao assegurar a punição para qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e das garantias fundamentais, bem como o aludido artigo, em seu inciso XLII,⁴² ao aduzir a criminalização da prática do racismo, inserindo-o, ineditamente, no rol dos crimes inafiançáveis.

A Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988 ao instituir princípios democráticos e consagrar direitos fundamentais de modo inusitado, enquadrou-se, portanto, como um marco histórico e jurídico. A começar por seu preâmbulo⁴³, onde elege a igualdade e a justiça como valores supremos de uma nação, assumindo uma profunda missão constitucional. Além disso, trouxe significativas mudanças alicerçadas no respeito à igualdade e à democracia, propiciando a construção de um Estado Democrático de Direito⁴⁴, apto a patrocinar uma ampla igualização, mediante a participação legítima de todos os cidadãos.⁴⁵

Em consonância com o aludido, compreende-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito ocasiona um novo modo de se encarar a igualdade, não mais uma igualdade formal ou material, mas sim uma igualdade que propicie inclusão nos procedimentos democráticos de criação legítima do Direito, visando gerar, para todos,

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>. Acesso em: 03.11.2016.

⁴⁰ Contribuindo com o exposto, vale mencionar que a igualdade enquadra-se como uma eficácia transcendente, onde toda situação englobando desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deverá configurar-se como não recepcionada, caso não demonstre compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama. Portanto, constata-se nítido o rompimento com o ordenamento anterior detentor de preceitos incompatíveis e o surgimento de um Estado novo. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5ª Edição. Editora Atlas S.A. 2005. p. 181.

⁴¹ Artigo 5º, XLI, Constituição Federal de 1988: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03.11.2016.

⁴² Artigo 5º, XLII, Constituição Federal de 1988: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03.11.2016.

⁴³ “No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 foi instituído um Estado Democrático, com o fim de assegurar os seguintes valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, baseada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias: (...) a igualdade; a justiça”. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*..., p. 146.

⁴⁴ Artigo 1º, Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)” *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03.11.2016.

⁴⁵ Bobbio faz-nos a seguinte alegação: “Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia.” BOBBIO, Noberto. *Igualdade e Liberdade*..., p. 8.

condições de participação autônoma na sociedade, onde cada indivíduo deve ser enquadrado com intérprete da Carta Magna e coautor perante os processos legiferante e hermenêutico.⁴⁶

Em regra, as constituições apenas têm consagrado a igualdade no seu sentido jurídico-formal: *igualdade perante a lei*.⁴⁷ Embora deva-se buscar não apenas aquela, pois a solução acerca da igualdade não depende de critérios puramente formais⁴⁸, mas primordialmente, a igualdade material, pois almeja corrigir as desigualdades existentes em sociedade, adequando o direito às singularidades dos cidadãos.

A *lex mater*, no *caput* do seu artigo 5º,⁴⁹ inserido no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegura a inigualável importância do princípio da igualdade formal, demonstrando que no que se refere ao “*compromisso com o dogma da igualdade, a Carta constituiu-se num verdadeiro divisor de águas*”.⁵⁰ Analisemos:

“*Artigo 5º - Todos são iguais perante da lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)*”⁵¹

Segundo Daniel Sarmiento⁵², a isonomia garantida pela Constituição de 1988 não é apenas formal, pois não representa apenas um limite, mas também verdadeira meta para o Estado, devendo agir positivamente para promovê-la, almejando a diminuição para

⁴⁶ RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 213.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª edição. Malheiros Editores: São Paulo-SP. 2009. p. 211. Cf MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, p. 9.

⁴⁸ Albuquerque, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência...*, p. 336.

⁴⁹ Devido à sua elevada relevância, o princípio da igualdade foi aclamado, em posição de notório destaque, no *caput* no dispositivo constitucional, distintamente do ocorrido com as demais garantias individuais, espreiadas pelo artigo em comento.

⁵⁰ MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Editora Brasília Jurídica. 2005. p. 47.

⁵¹ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03.11. 2016.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais nos Concursos do Ministério Público: o papel do CNMP*, p. 3. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/22-politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp/politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 03.11.2016.

patamares mais dignos dos níveis extremos de desigualdades peculiares a sociedade brasileira.

O artigo 3º, por sua vez, estabelece norma detentora de elevado teor programático⁵³, ainda que a vertente material do princípio da igualdade garanta efetiva concretização de direitos aos excluídos socialmente. No mesmo sentido, dentre os objetivos fundamentais elencados pela República Federativa do Brasil, no inciso IV,⁵⁴ do artigo supracitado encontra-se o que visa “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*” Já o inciso III⁵⁵ do mesmo dispositivo objetiva reduzir as desigualdades sociais e regionais, evidenciando a busca pela igualdade material.

Assim, o Brasil enquadra-se como um país compromissado com a eliminação de toda e qualquer forma discriminatória tendente a malferir o bem-estar social, objetivando proporcionar um ambiente menos sectário e mais igualitário, já que a Carta Magna vigente vincula-se intimamente com a observância da dignidade da pessoa humana⁵⁶ e dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, vários outros dispositivos, dissipados pela Constituição brasileira, acabam por reforçar as medidas igualitárias típicas de tal princípio. *In verbis*: “a) artigo 4º, VIII (“*repúdio ao terrorismo e ao racismo*”); b) artigo 5º, I (*igualdade entre homens e mulheres*), XXXVII (*ausência de júízo ou tribunal de exceção*), XLI (*punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*) e XLII (*o racismo é crime inafiançável e imprescritível*); c) artigo 7º, XX (*proteção do mercado de trabalho da mulher*), XXX (*proteção de diferença de salários*), XXXI (*proibição de qualquer discriminação ao trabalhador portador de deficiência*), XXXII (*proibição de*

⁵³ Corroborando com o aludido, Canotilho assegura que o valor das normas constitucionais programáticas é idêntico as demais disposições da Constituição, não se enquadrando pois, como simples eficácia programática (ou diretiva), visto que qualquer norma inserida na Constituição deve ser considerada obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. CANOTILJO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 1998. pp. 1050, 1051.

⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03.11. 2016.

⁵⁵ Artigo 3º, III: “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03.11. 2016.

⁵⁶ Segundo Barroso, “*O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.*” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Edição. Saraiva. 2014. p. 382. Cf MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 125.

distinção das atividades no mercado de trabalho) e XXXIV (igualdade entre o trabalhador permanente e o avulso), d) artigo 12, §§ 2º e 3º (Em regra, não haverá distinção legal entre brasileiros natos e naturalizados, exceto as previsões constitucionais, por exemplo, os cargos privativos de brasileiros natos); e) artigo 14, caput (a igualdade de valores mediante o exercício do sufrágio universal e do voto) f) artigo 19, III (vedação de distinções entre brasileiros); g) artigo 23, II (proteção das pessoas portadoras de deficiência) e X (combate as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos desfavorecidos); h) artigo 24, XIV (proteção aos portadores de deficiência); i) artigo 37, I (igualdade entre brasileiros e estrangeiros no acesso a cargos, empregos e funções públicas) e VIII (proteção ao portador de deficiência no acesso a cargos e empregos públicos); j) artigo 43, caput (garantia de proteção ao consumidor); k) artigo 146, III, “d” (tratamento diferenciado favorecido as microempresas e empresas de pequeno porte); l) artigo 150, II (vedação de tratamento desigual aos contribuintes em situação equivalente); m) artigo 183, § 1º e artigo 189, parágrafo único (igualdade perante a concessão de uso e título de domínio); n) artigo 194, parágrafo único, I (universalidade na seguridade social); o) artigo 196 (garantia universal do direito à saúde); p) artigo 206, I (igualdade no ensino); q) artigo 208, III (atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência); r) artigo 226, §5º (garantia da igualdade na sociedade conjugal); s) artigo 231, §2º (proteção aos índios), etc. Corroborando com o aludido, também, os artigos 170, 193, 196 e 205 garantem a igualdade de condições quanto ao acesso a bens fundamentais, configurando, nítida preocupação do legislador com a concretização da justiça social.”⁵⁷

Ademais, é preciso atentar que o princípio da igualdade opera em dois planos distintos. Vejamos:

⁵⁷ Quanto a isonomia, Luís Roberto Barroso acrescenta que “A Constituição aboliu inúmeras situações de tratamento discriminatório, e.g., prevendo que homens e mulheres exercem igualmente os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, vedando o tratamento desigual entre filhos havidos no casamento e fora dele e reconhecendo a união estável como entidade familiar. Algumas aplicações específicas do princípio da isonomia deverão ser objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como a constitucionalidade da adoção de cotas raciais nas universidades públicas e a legitimidade da extensão do regime de união estável às uniões homoafetivas.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Editora Saraiva. 2009. p. 323.

“(…) De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.”⁵⁸

No mesmo sentido, Celso de Mello⁵⁹ destaca que o preceito magno da igualdade é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Ressalte-se que, de fato, não apenas a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela submete-se ao dever de conferir tratamento equânime às pessoas.⁶⁰

Relevante, ainda, mencionar a classificação estabelecida por Alexandre de Moraes⁶¹ para apontar a *tríplice finalidade limitadora* inerente ao princípio da igualdade: limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular.

O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal. O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Em especial, o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. (Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao STF (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao STJ (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional...*, p. 181.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, p. 9.

⁶⁰ Conforme leciona Robert Alexy: “(...) o enunciado geral da igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: “O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 397.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional...*, p.181.

uniformização de jurisprudência a todos os tribunais). Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.⁶²

Assim, tal princípio não se limita a igualizar os cidadãos diante da norma constitucional, mas consagra, também, que a lei não poderá ser editada e aplicada em desarmonia com a isonomia.⁶³

Por fim, verifica-se que o constituinte de 1988 considerou a desigualdade inerente à realidade social brasileira⁶⁴, devendo esta ser fortemente combatida, mediante a inserção de políticas positivas, detentoras de caráter público ou privado, voltadas para a concretização da igualdade material. Portanto, na Lei Maior brasileira, sob diversos aspectos, é notório o anseio pela contínua construção de uma sociedade equânime.

1.4. Igualdade: discriminação positiva e concretização da justiça

Preliminarmente é necessário elucidar as diferenciações existentes entre discriminação negativa e discriminação positiva. Vejamos:

“(...) cumpre-nos fazer a distinção entre discriminação negativa e discriminação positiva. A primeira refere-se ao conceito amplamente divulgado que determina tratar-se de forma diferenciada um determinado grupo social ou um conjunto de pessoas que

⁶² No mesmo sentido, Celso de Mello menciona: “Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, p. 18.

⁶³ Paulo Bonavides afirmou que aplicado o critério diferenciador da igualdade relativa, de cunho aristotélico, era indispensável estabelecer quais pressupostos fáticos autorizariam o legislador conferir tratamento jurídico diferenciado. Segundo o autor, “esse pressuposto fático teria que ser procurado na “essencialidade” ou “relevância” contida na mutabilidade de um quadro histórico dinâmico, ou seja, no relativismo de um critério valorativo, variável de acordo com o padrão dos valores imperantes na comunidade ou vivos na consciência coletiva, os quais serviriam de apoio para valorar cada situação concreta ou real defrontada pelo legislador.” BONAVIDES, Paulo. *O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado...*, p. 221.

⁶⁴ Levando em consideração que “Uma palavra não é um cristal, transparente e imutável, é a pele de um pensamento vivo e pode variar grandemente de cor e conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que é usado.” Partindo desta citação de Oliver Wendel Holmes, Rogério Soares sustenta que “na constituição, talvez mais que em qualquer outra lei”, o sentido da palavra “só pode ser alcançado através da descoberta do mundo-de-vida político e social a que está ordenada.” URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 45.

*possuem características em comum, com o objetivo específico de menosprezá-las, dando a elas atributos e qualificações negativas. Caminhando no sentido inverso, a discriminação positiva refere-se a determinadas ações que visam equiparar pessoas ou grupos sociais que estão discriminados negativamente para que possam integrar a sociedade de forma igualitária. Para se promover a discriminação positiva utilizamos as ações afirmativas.*⁶⁵

Deste modo, compreende-se que o termo “discriminação”, apesar de nos remeter a uma significação negativa, nem sempre vincula-se às situações discriminatórias ou vexatórias, podendo-se discriminar positivamente, através das políticas de ações afirmativas, a depender do contexto em que insere-se.

Ademais, o estudo acerca da igualdade sempre confere margem para diversos questionamentos: Quem se enquadram como iguais e quem são os desiguais? Qual justificação possibilita conferir tratamento jurídico distinto para determinados indivíduos?

É cediço que a isonomia, visando o bem comum, por um lado institui tratamentos igualitários e por outro, evidencia desigualizações. Assim, as prerrogativas vinculantes a determinada singularidade serão atribuídas em decorrência de situações instituídas positivamente, bem como viáveis perante os preceitos basilares da ordem constitucional, sob o entendimento de que “*temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.*”⁶⁶

É, também, nesse sentido que Gomes Canotilho e Vital Moreira, definem, com maestria, o princípio da igualdade quando afirmam que o mesmo enquadra-se “*como direito subjectivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza defensiva, (...) positiva (...) e correctiva...*”. Segundo os autores, o princípio da igualdade possui uma natureza defensiva, devido o fato de pretender proteger os cidadãos contra um eventual tratamento desigual não fundamentado, por parte das entidades no exercício de poderes públicos. Já a natureza positiva se evidencia na plena realização do princípio da igualdade implicar, por vezes, a execução de medidas, por parte do Estado, que ajudem na obtenção da pretendida uniformidade entre todos, que é, no fundo, a efetivação real do

⁶⁵ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 28.

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. A construção multicultural da igualdade e da diferença. *Oficina do CES*. nº 135. Rio de Janeiro de 1988, p. 61. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>. Acesso em: 09.03.2017.

princípio da igualdade. Por fim, a natureza corretiva quer dizer, por vezes, que é necessário implementar medidas (de ação afirmativa) que objetivem corrigir desigualdades de fato.⁶⁷

Assim, são situações de desequiparação estabelecidas constitucionalmente, *in verbis*: “a) artigo 5º, L: (será assegurado condições às presidiárias para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação); b) artigo 7º, XVIII e XIX (respectivamente, licença-maternidade e licença-paternidade); c) artigo 12, § 3º (distinção entre brasileiros natos e naturalizados para o preenchimento de determinados cargos); d) artigo 37, V (estabelece exclusividade no exercício de funções de confiança ao servidor ocupante de cargo efetivo na Administração Pública); e) artigo 143, §§1º e 2º (serviço militar obrigatório); f) artigo 170, IX (dispensa tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte); g) artigo 230, § 2º (garantia aos idosos quanto a gratuidade dos transportes coletivos urbanos)”, etc.

Destarte, em conformidade com os exemplos excogitados, constata-se que a lei erigiu fator diferencial, em diversos setores sociais, ou seja, elegeu, nas diversas situações pontos diferenciais a que conferiu relevância, visando discriminar em determinados casos, impondo efeitos correlacionados e, portanto, desiguais entre si. Sendo assim, compreende-se que “(...) a Constituição brasileira carrega em seu bojo várias determinações que são situações típicas de ações afirmativas.”⁶⁸

À vista disso, se por um lado, o constituinte da Carta de 1988 repudiou, através do artigo 3º, IV, qualquer forma de discriminação, por outro, instituiu desigualações, em nome da igualdade real, impondo, entretanto, limites expressos, mediante o artigo 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”⁶⁹

Diante do exposto, é notória a constatação de que a isonomia configura-se como o mais relevante princípio garantidor dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, devido ao fato de ser imposta constitucionalmente. Após a edição da lei, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela elaboradas em consideração à diversidade das situações.⁷⁰

Martim de Albuquerque, embasado em jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, relativa à igualdade assegura que “Da noção de justiça distributiva decorre a

⁶⁷ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*. 2007. I (Artigo 1.º a 107.º). p. 337.

⁶⁸ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 55.

⁶⁹ MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 49.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, pp. 45, 46.

exigência de serem tratados de modo idêntico os que se acham em situações idênticas, e de modo dissemelhante os que se acham em situações dissemelhantes. Pode falar-se numa aparente desigualdade. Na verdade, o princípio da igualdade não exige uma parificação absoluta. Impõe sim, que a disciplina jurídica seja igual quando são uniformes as condições objectivas das hipóteses reguladas, e desigual sempre que falte tal uniformidade.”

Esta ideia encontra-se expressa pelo recurso a fórmulas diversas mas próximas e complementares entre si – tratamento igual para aquilo que é *essencialmente* igual e desigual para aquilo que é *essencialmente* desigual. Regulação igual para o que for *substancialmente* igual, isto é, normas comuns a todas as situações que *objectivamente* não requeiram ou não consintam regras diferentes e vice-versa. Tratamento *semelhante* aos que se acham em condições semelhantes.⁷¹

Por conseguinte, temos a discriminação positiva, capaz de propiciar igualdade aos desiguais, ao considerar os aspectos em que os indivíduos estão desigualados, imprimindo o devido respeito quanto às suas singularidades. Trata-se, portanto, da relativização do princípio da igualdade para se atingir o bem comum.

Canotilho⁷², de modo mais aprofundado, compreende que ser igual perante a lei não significa apenas igual aplicação da lei. A lei, por si, deve tratar igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade volta-se ao próprio legislador, atrelando-o à criação de um direito igualitário para todos. Mas, indaga o jurista: “*o que significa criação de direito igual?*”. Segundo ele, a possível solução desta difícil questão vincula-se a: “a) criação de direito igual (*princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal*)”: “(...) o princípio da igualdade, limitado a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo”; “b) Criação de direito igual = exigência de igualdade material através da lei”: *Exige-se a igualdade material através da lei, devendo tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual. “Diferente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações.”*; “c) Igualdade justa: a igualdade pressupõe um juízo e um critério de valoração”: “(...) o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?” Conforme o autor, uma possível resposta

⁷¹ ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência...*, p. 333.

⁷² CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 426-429.

vincula-se à proibição geral do arbítrio, onde há violação do princípio da igualdade quando a desigualdade de tratamento enquadra-se como arbitrária.⁷³

Corroborando acerca da vedação ao arbítrio, Alexandre de Moraes⁷⁴ aduz que “(...) o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que esqueçamos, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.”

Por sua vez, Pimenta Bueno, contribui com o supracitado ao mencionar que “(...) qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”⁷⁵ Nada obstante, caso as diferenciações evidenciadas legalmente se coadunem com os princípios e garantias assegurados constitucionalmente, inegável, portanto, a implementação dos discrimens.⁷⁶

Além das hipóteses supramencionadas alhures, bem como das demais estabelecidas expressamente na Constituição de 1988, o *busílis* da questão consiste em

⁷³ Acerca do arbítrio, Paulo Bonavides menciona que “As possibilidades diferenciadoras são inúmeras, constituindo um largo espaço aberto para ser livremente preenchido. Encontrarão, porém, um limite intransponível posto pela ordem constitucional ao vedar o arbítrio. Faltando ao legislador, quando regula matéria fática, uma base de evidência objetiva, lógica, derivada da natureza das coisas, para legitimar a distinção normativa que se pretenda estabelecer, aí estará configurado o arbítrio. Faz-se mister, pois, como ressalta a jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça, lembrada por Leibholz, que a norma não seja arbitrária. Sê-lo-á se a base discriminativa não encontrar justificação “na natureza mesma e nas exigências das relações que a lei é chamada a regular”. BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado..., p. 221.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional...*, p. 180.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, p. 42. Cf. Albuquerque, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência...*, pp. 334, 335.

⁷⁶ Em sentido semelhante, Alexandre de Moraes menciona que “A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.” MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional...*, p. 181.

conhecer o limite da desigualdade incapaz de gerar inconstitucionalidade. Segundo Celso de Mello, para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, é necessário que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Deste modo, cabe elucidar que a Lei não deve enquadrar-se como fonte de privilégios ou perseguições, mas como um instrumento regulador da vida social que requer tratamento equitativo para todos os cidadãos. Trata-se do conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou assimilado pelos sistemas normativos vigentes.⁷⁷

Em conformidade com o aludido, concretamente, diante dos problemas que assolam a realidade brasileira, configura-se inconcebível que os negros, parcela expressiva da população do país *sub examine*, sejam, em sua vasta maioria, inviabilizados do exercício dos direitos garantidos constitucionalmente, devido a prática do racismo e da discriminação racial. Portanto, é premente a necessidade da eliminação de alguns preconceitos cuja persistência secular tolda, em sua totalidade, o desfrute de uma vida digna em virtude, tão somente, das características naturais e da carga histórica que lhes são peculiares.⁷⁸

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade...*, p. 10.

⁷⁸ Pode-se justificar a existência da desigualdade e da exclusão através do mencionado por Boaventura: “Se Marx é o grande teorizador da desigualdade, Foucault é o grande teorizador da exclusão. Se a desigualdade é um fenómeno sócio-económico, a exclusão é sobretudo um fenómeno cultural e social, um fenómeno de civilização. Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de

Ressalte-se que o constituinte originário de 1988 claramente almejou instituir a igualdade na realidade brasileira, entretanto nossa sociedade conserva-se carente de justiça e igualdade. Trata-se não apenas de um país marcado por extrema desigualdade social, mas também caracterizado pelo atroz e perceptível fator racial. Infelizmente, a era escravagista ainda reflete na atualidade, de modo velado e camuflado de uma utópica miscigenação, ainda que o racismo seja socialmente inerente e permanente em nossas vidas, bem como nas relações sociais estabelecidas no Brasil.⁷⁹

Nesse sentido, Flávia Piovesan⁸⁰ aduz que, hodiernamente, o combate à discriminação configura-se como insuficiente caso não se verifiquem medidas voltadas para a promoção da igualdade. É preciso aliar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Assim, para garantir e assegurar a igualdade não é necessário apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, pois são imprescindíveis estratégias promocionais destinadas a estimular a inserção e a inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. *“Logo não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação.”*⁸¹

verdade, cria o interdito e o rejeita. Estabelece um limite para além do qual só há transgressão, um lugar que atira para outro lugar, a heterotopia (...)”. SANTOS, Boaventura de Sousa. A construção multicultural da igualdade e da diferença. *Oficina do CES*. nº 135. Rio de Janeiro de 1988. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>. Acesso em: 09.03.2017.

⁷⁹ Em sentido análogo, assinala Carmen Lúcia Antunes Rocha: *“em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc., continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.”* GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ*. 24. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf> Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, p. 189.

⁸¹ No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lucia concluiu 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.”* ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. in *Revista Trimestral de Direito Público*. nº 15/85, p. 86 *apud* GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série*

Conclui-se que as políticas de ações afirmativas, ao conferir tratamento desigual aos socialmente excluídos, não ferem o princípio da igualdade, nem tampouco deixam de perseguir a eliminação das desigualdades, como um dos seus objetivos. Como elucidado por Joaquim Barbosa, trata-se de um mecanismo sociojurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social.⁸²

Atualmente, o Estado eximiu-se da neutralidade que lhe era peculiar e passou a comportar-se de modo ativo⁸³, visando a concretização da igualdade assegurada constitucionalmente, onde constatamos a existência de dispositivos normativos alicerçados em uma igualdade que discrimina, levando em consideração as singularidades dos indivíduos inerentes a determinados grupos sociais. Assim, os possíveis percursos para se alcançar a almejada justiça social estão cada vez mais vinculados à existência de uma igualdade substantiva e não apenas formal, embasada em um tratamento desigual que culmina em uma equiparação garantida por um eficaz instrumento de inclusão social, qual seja: ações afirmativas. Sem se olvidar, portanto, que *“a igualdade constitui tão só um ponto de partida ou, antes, um ponto de chegada.”*⁸⁴

Ao cabo das considerações mencionadas, onde se aspirou inserir algumas noções relevantes para se assimilar a compostura do assunto em tela, pode-se adentrar no âmago do conteúdo. Elucidações posteriores serão realizadas no decorrer deste trabalho.

Cadernos do CEJ. 24. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 15.01.2017.

⁸² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ*. 24. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 15.01.2017.

⁸³ O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, mediante comparação da Constituição de 1988 com as demais constituições brasileiras, afirmou que a Carta atual ultrapassa a igualização estática, meramente negativa (ao proibir a discriminação), para alcançar uma igualização eficaz, dinâmica. *“Não basta não discriminar. É preciso viabilizar, e a Carta da República oferece base para fazê-lo, as mesmas oportunidades”*, concluiu. *“Só existe a supremacia da Carta quando, à luz desse diploma, vingar a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”*, acrescentou o ministro. *Meritocracia sem igualdade é forma velada de aristocracia, afirma ministro Marco Aurélio*. Notícias STF. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206035>. Acesso em: 03.03.2017.

⁸⁴ Albuquerque, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência...*, p. 331.

CAPÍTULO II – ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

2. A gênese das ações afirmativas

2.1. Ação afirmativa na Índia

A Índia configura-se como a maior sociedade multiétnica⁸⁵ do mundo, sendo também a mais fragmentada, visto que ostenta forte e notória segmentação de castas, de ordem religiosa, regional e étnicas, apresentando extrema desigualdade em virtude da divisão e exclusão social dos “*dalits*” ou “*intocáveis*”. Assim, perante uma sociedade plural, o Estado, geralmente, enfrenta demandas oriundas de vários segmentos (religiosos, tribais e de gênero) pleiteando justiça em sociedade⁸⁶.

Em decorrência do exposto, o país indiano é detentor de políticas de ações afirmativas por mais tempo do que qualquer outra nação⁸⁷⁻⁸⁸, apesar da existência de divergência doutrinária e havendo quem considere que o seu advento tenha ocorrido nos

⁸⁵ Em conformidade com estudo internacional acerca das sociedades multiétnicas, destacou-se que as desigualdades eram multidimensionais: “*Todas as sociedades multiétnicas exibem uma tendência de os grupos étnicos se engajarem em diferentes ocupações, possuírem níveis (e, frequentemente, tipos) diversificados de educação, receberem pagamentos distintos e ocuparem posições diferentes na hierarquia social. Myron Weiner, “The Pursuit of Ethnic Inequalities Through Preferential Policies: A Comparative Public Policy Perspective”. Robert B. Goldmann; A. Jeyaratnam Wilson (orgs.). From Independence to Statehood: Managing Ethnic Conflict in Five African and Asian States. London. Frances Pinter. 1984. p. 64 apud SOWELL, Thomas. Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais. É realizações Editora. Rio de Janeiro, 2004, p.20.*”

⁸⁶ GHOSH, Partha S. *Positive Discrimination in India: A Political Analysis*. Ethnic Studies Report, Vol. XV, No. 2, July 1997, p. 135. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India> Acesso m: 18.12.2016.

⁸⁷ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 41.

⁸⁸ Posteriormente, almejando a melhoria das condições de tais integrantes, em alguns estados foram aprovadas leis destinadas a garantir acesso igualitário às instalações públicas, inclusive templos hindus, bem como ingresso preferencial em cargos do governo. Em resumo, políticas de preferências para os intocáveis começam à época da colonização britânica, tendo maior expansão após a independência nacional da Índia. *Ibidem*, p. 50.

Estados Unidos da América⁸⁹. Segundo Lewandowski, “elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado há séculos (...) por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social”⁹⁰. Corroborando com o aludido, as medidas de favorecimento aos grupos minoritários discriminados começaram a ser aplicadas na Índia através dos colonizadores britânicos no fim do século XIX e tiveram sua continuidade assegurada pela Assembléia Constituinte após a conclusão do processo de independência de 1947.⁹¹

Vale consignar que, em 1935, mediante a atuação das lideranças políticas do século passado, dentre as quais a do líder indiano Mahatma Gandhi, foi aprovado o emblemático *Government of India Act*⁹². Entretanto, como destacado alhures, apenas após a sua independência, a Índia consagrou em sua Constituição o princípio das “*políticas de reservas*”, medidas destinadas para a proteção e promoção dos integrantes de grupos historicamente discriminados.

No mesmo sentido, Partha Gosh⁹³ explica que a motivação para edição desse diploma legal vincula-se à necessidade de se combater a exclusão social. Vejamos:

“A necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Foi Mahatma Gandhi, hindu devoto e adepto ao sistema de castas, o primeiro líder a atentar para a importância do tema e a invocar a consciência das castas mais altas para esse

⁸⁹ Vale ressaltar que a recente literatura e diversos estudiosos do tema sob análise visualizam nos Estados Unidos a principal referência para o debate sobre ações afirmativas atreladas à questão racial brasileira.

⁹⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Compatibilidade do sistema de reserva de cotas étnico-raciais nas universidades públicas com a Constituição de 1988, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF nº 186/DF*. A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Edição comemorativa. Brasília: Secretaria de Documentação. 2013. p. 124. No mesmo sentido, Carvalho conclui que “*A primeira formulação, portanto, das ações afirmativas, não surgiu das Ciências Sociais e Políticas ocidentais, mas da intelectualidade indiana que militava pela descolonização.*” CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar. 2011. p. 184.

⁹¹ DAFLON, Verônica Toste. Políticas de Reserva: o Modelo Indiano de Ação Afirmativa e suas contribuições para o Debate Brasileiro. Iuperj. *Reunião Brasileira de Antropologia*. Jun./2008. Porto Seguro-BA, pp. 3, 4. Disponível em: http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2004/Verônica%20Toste.pdf. Acesso em: 09.06.2017.

⁹² Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1935/2/pdfs/ukpga_19350002_en.pdf. Acesso em: 27.12.2016.

⁹³ GHOSH, Partha S. Positive Discrimination in India: A Political Analysis. *Ethnic Studies Report*. Vol. XV. n. 2, July 1997. pp. 136-138. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India>. Acesso em: 28.12.2016.

obsoleto sistema social que rejeita 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'."

Alguns dispositivos constitucionais que visavam as discriminações positivas são:

"Artigo 17: Abolição da 'intocabilidade' e fazer desse tipo de discriminação uma prática punível por lei.

Artigo 46: Promoção da educação e do interesse econômico.

Artigo 16 e 335: Tratamento preferencial na questão do emprego no setor público.

Artigos 330 e 332: Reservas de vagas no 'Lok Sabha' (parlamento da Índia) e nas Assembleias Estaduais."

Deste modo, em 1947, após a sua independência foram adotadas políticas preferenciais visando beneficiar os denominados "intocáveis", mediante medidas corretivas das desigualdades sociais procedentes do regime de castas⁹⁴ e da hierarquia de

⁹⁴ Nos tempos coloniais, os ingleses possuíam uma lista ou tabela contendo os nomes das castas consideradas intocáveis, sendo, portanto, essa a origem da expressão "castas tabeladas", eufemismo de dalits. SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 47.

“origem divina”.⁹⁵ No ano subsequente, Ambedkar conseguiu inserir, na Constituição inicial da Índia independente, a necessidade de cotas para os intocáveis (*dalits*) e os grupos tribais, nas instituições de ensino e nos serviços públicos, almejando compensar vastos períodos de exclusão e desigualdade.⁹⁶

Promulgada em 1949, a Constituição Indiana reconhece a proibição de atos discriminatórios embasados no sexo, religião, casta, raça, etc., garantindo, em seu preâmbulo⁹⁷, igualdade de status e oportunidades. Vale destacar a ressalva feita, expressamente⁹⁸, pelo texto constitucional de modo que qualquer proibição da discriminação não poderá impedir a atuação estatal quanto aos marginalizados, inclusive perante o acesso de tais grupos a instituições de ensino, mesmo que privadas.⁹⁹

Em conformidade com o exposto, após a independência, as políticas de discriminação positiva passaram a englobar a própria constituição nacional, no entanto a autorização constitucional coexista de modo conflituoso com a afirmação geral de igual oportunidade e de não discriminação.¹⁰⁰

Ainda, é imprescindível, evidenciar a importância da Décima Quarta Emenda da Constituição Indiana que, possuindo o mesmo número da Constituição estaduniense e

⁹⁵ D’ADESKY, Jacques. *A singularidade do Debate em Torno da Política de Ação Afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: Proposta. mar./maio 1998. n. 76. p. 23, *apud* MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 65.

⁹⁶ CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil...*, p. 184.

⁹⁷ “[...] WE, THE PEOPLE OF INDIA, having solemnly resolved to constitute India into a 1 [SOVEREIGN SOCIALIST SECULAR DEMOCRATIC REPUBLIC] and to secure to all its citizens: JUSTICE, social, economic and political; LIBERTY of thought, expression, belief, faith and worship; EQUALITY of status and of opportunity; [...] Preâmbulo da Constituição da Índia. *The Constitution of India*”. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/india/const.html>. Acesso em: 21.01.2017.

⁹⁸ “15. [(4) Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.] *The Constitution of India*”. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/india/const.html>. Acesso em: 21.01.2017.

⁹⁹ “15 [(5) Nothing in this article or in sub-clause (g) of clause (1) of article 19 shall prevent the State from making any special provision, by law, for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes or the Scheduled Tribes in so far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause (1) of article 30.] *The Constitution of India*”. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/india/const.html>. Acesso em: 21.01.2017. Segundo Paulo Lucena de Menezes, guarda semelhança a situação evidenciada no sistema legal canadense, perante o § 2º do artigo 15 do *Charter of Rights*, denominado *affirmative action clause*. Vale consignar que tal dispositivo foi incorporado em decorrência da influência do debate sobre ação afirmativa nos Estados Unidos. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2001. p. 129.

¹⁰⁰ SILVÉRIO, Valter Roberto. *Thomas E. Weisskopf, Affirmative action in the United States and India: a comparative perspective*. Nova York, Routledge. 2004. p. 304. *Tempo soc.* vol.18no.2 São Paulo Nov. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200017. Acesso em: 19.02.2017.

determinando tratamento igualitário para os indivíduos, difere-se desta, pois designa explícitas exceções para o benefício dos intocáveis, dos grupos tribais em desvantagem que não pertençam ao sistema hindu de castas e de “*outras classes atrasadas*”.¹⁰¹

Compilando as informações explicitadas, assenta-se que tais políticas afirmativas estão supedaneadas em dois momentos, quais sejam: a promulgação da constituição indiana, em 1949, e a inclusão das outras classes atrasadas como beneficiários das reservas afirmativas.

Ademais, dentre as diversas denominações, as ações afirmativas, também conhecidas por sistema de reservas, enquadra-se como um sistema de cotas projetado para superar a discriminação contra as castas mais baixas¹⁰². As políticas de preferências de âmbito nacional visavam a elevação dos níveis socioeconômicos das castas tabeladas e das tribos tabeladas¹⁰³, através da “*discriminação positiva*” nos empregos, nas admissões à universidades, na representação parlamentar e em outros benefícios tencionados para sobrepujar os padrões históricos e de atraso.¹⁰⁴ Diante do aludido, extrai-se o entendimento de que as políticas de caráter protetivo são oriundas, essencialmente, do setor público, sendo, portanto, o governo protagonista das ações afirmativas indianas, em especial, perante a educação superior.¹⁰⁵

Tais políticas afirmativas estão alicerçadas na reparabilidade, seja quanto aos elementos históricos, seja quanto à proveniência geográfica. Trata-se, portanto, do anseio

¹⁰¹ Ressalte-se que a intitulação “*outras classes atrasadas*” ocasionou a inclusão de diversos outros grupos na classificação retromencionada. Assim, a categoria multifária fez com que mais pessoas conseguissem os ambicionados direitos a tratamento preferencial do que os intocáveis ou os membros oriundos de grupos tribais, para os quais os benefícios foram efetivamente criados. SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 24. Cf: Ovichegan, Samson K. *Faces of Discrimination in Higher Education in Índia: Quota policy, social and the Dalits*. New York: Routledge. 2015. p. 5. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=k7-gBgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gsbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 13.03.2017.

¹⁰² “*Na Índia as quatro castas amplas de hindus são subdivididas em muitas subcastas, que são a realidade viva em localidades específicas do país.*” SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 73.

¹⁰³ Corroborando com aludido, cabe enfatizar que a discriminação contra os intocáveis (“*classes tabeladas*”) se enquadra dentre as piores sofridas por qualquer grupo, em qualquer sociedade. SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 43.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Segundo Silvério, “*a partir dos anos de 1990, as reservas de vagas e/ou posições no setor público e nas assembleias chegaram a atingir cerca de 50% dos lugares de alguns estados ou províncias, de acordo com o percentual dos grupos elegíveis na composição populacional total indiana. Esse percentual decorre da ampliação do escopo das reservas para incluir outras classes “baixas” (Other Backward Classes – OBCs), que representam mais de 25% e que, somadas aos 16% de Dalits e 8% de Adivasis, perfazem cerca de 50% do total da população indiana.*” SILVÉRIO, Valter Roberto. *Thomas E. Weisskopf, Affirmative action in the United States and India...*, p. 304.

de, efetivamente, se democratizar a representatividade em diversos âmbitos sociais de modo a eliminar a perpetuação dos movimentos tradicionais e propiciar a pluralidade, através da construção de líderes a serem exemplos refletidos nos grupos minoritários. Segundo Bijral¹⁰⁶, em conformidade com os princípios originais da medida em comento, na Índia, seus aspectos relevantes básicos são elencados como:

- “1. Permissão da igualdade de oportunidades para as classes excluídas e subestimadas em termos acadêmicos – admissão em escolas, bolsas de estudo; e carreiras – aumentos de salários de promoção, etc.*
- 2. Originalmente, a ação afirmativa voltou-se contra a discriminação racial, mas, posteriormente, foi estendida para incluir a discriminação baseada no sexo, deficiência, etc.*
- 3. Deveria ser aplicada por um período fixo de tempo até que os marginalizados recuperassem os seus direitos na sociedade.”*

Apesar da ação afirmativa basear-se, em sua essência, em uma medida democrática que almeja eliminar a discriminação, suas lacunas e conseqüentes falhas evidenciam severas críticas. Conforme alguns autores, com relação à Índia, a recepção e aplicação desta medida pode ser analisada através da chamada discriminação reversa, sendo constatada quando a maioria se sente discriminada em oposição à minoria. Por exemplo, determinada casta indiana próspera objetiva ser reconhecida como *“classe atrasada”*, visando ser agraciada com as prerrogativas inerentes às políticas afirmativas em vigor, ante a impossibilidade de ascensão na posição social que ocupa, visto que o sistema de reserva se perpetua, enquanto deveria ser detentor de período determinado¹⁰⁷. Assim, com cotas consideradas reservadas para os marginalizados, a maioria tem de suportar o peso das vagas apertadas e, portanto, altamente competitivas, culminando em diversos candidatos meritórios perdendo oportunidades acadêmicas e de carreira. Trata-se, portanto, do fenômeno *“Brain Drain”* que assola o país retromencionado, onde indivíduos

¹⁰⁶ BIJRAL, Quleen Kaur. *Affirmative Action: The System Of Reservations And Quotas In India*. The Logical Indian, 07 oct. 2015. Disponível em: <https://thelogicalindian.com/story-feed/awareness/affirmative-action-the-system-of-reservations-and-quotas-in-india/>. Acesso em: 22.04.2017.

¹⁰⁷ *“Qualquer política “temporária” cuja duração é definida pelo objetivo de conseguir alguma coisa, que jamais foi alcançada antes em lugar algum do mundo, poderia ser mais adequadamente caracterizada como eterna.”* SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 21.

irresignados são forçados a trabalhar no estrangeiro em virtude de um sistema de cotas com prevalência de castas do que do mérito.¹⁰⁸

Destarte, grande parte da população indiana, objetivando obter as vantagens inerentes ao sistema de reservas, se enquadram como membros de “*outras classes atrasadas*”, ultrapassando o montante dos intocáveis.¹⁰⁹

Conforme explicitado, alguns alegam, ainda, que a manutenção de tal conduta governamental é uma excrescência, vitimando a democracia indiana e estimulando a perpetuação da discriminação reversa, pois se antes a minoria foi discriminada, hodiernamente, a maioria tem se submetido a diversas situações discriminatórias, concluindo que “*a ação afirmativa na Índia produziu benefícios mínimos para os mais necessitados, e ressentimentos e hostilidades máximos contra eles por parte de outros.*”¹¹⁰

Assim, alguns estudiosos reconhecem como possíveis soluções para contenda em discussão a necessidade de imposição de limite temporal¹¹¹ para aplicabilidade das ações afirmativas, bem como o estabelecimento da capacidade financeira para beneficiar os marginalizados, como também investir em educação de base, através de um ensino primário universal gratuito, qualificando os indivíduos para competir com a maioria baseando-se no critério meritório do que na casta, evitando, conseqüentemente, perenizar a cultura das castas e malferir inocentes que dificilmente obteriam êxito através do mérito¹¹².

No entanto, subscrevo do entendimento de Antonio Minhoto¹¹³, pois ele assegura que, na Índia, a quantidade de grupos potencialmente agraciados com instrumentos inclusivos é elevado, sendo o desempenho dos beneficiários diante das estruturas,

¹⁰⁸ BIJRAL, Quleen Kaur. *Affirmative Action: The System Of Reservations And Quotas In India*. The Logical Indian, 07 oct. 2015. Disponível em: <https://thelogicalindian.com/story-feed/awareness/affirmative-action-the-system-of-reservations-and-quotas-in-india/>. Acesso em: 22.04.2017.

¹⁰⁹ “*Desta forma, as cotas para funções no governo ou para ingresso na universidade não têm sido normalmente preenchidas pelos intocáveis, ao passo que raramente isso tem acontecido com os membros de “outras classes atrasadas”.*” SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 26.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹¹¹ Ressalte-se que o desdobramento da ação afirmativa é praticado pelo estado indiano por quase 70 (setenta) anos. Sistema esse que, inicialmente, objetivava durar apenas uma década – até 1960. Cf. CHOUDHURY, Chandrahass. *Affirmative action for all in India: Many of the societal disabilities are rooted in the ancient hierarchical structures and prejudices of the caste system*. Aljazeera. 29 aug. 2015. Oponion/politics. Disponível em: <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2015/08/affirmative-action-india-150829083614239.html>. Acesso em: 22.04.2017.

¹¹² BIJRAL, Quleen Kaur. *Affirmative Action: The System Of Reservations And Quotas In India*. The Logical Indian, 07 oct. 2015. Disponível em: <https://thelogicalindian.com/story-feed/awareness/affirmative-action-the-system-of-reservations-and-quotas-in-india/>. Acesso em: 22.04.2017.

¹¹³ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas: a ação afirmativa e os negros no Brasil*. Editora Boreal: Birigui-SP. 2013. pp. 72, 73.

organizações ou instituições em que venham a auferir acesso especial configura-se como um ponto chave para o modelo indiano. Alega também que determinados grupos necessitam de contínuo auxílio e proteção para inclusão social¹¹⁴, embora o entendimento comum seja associado as políticas inclusivas detentoras de caráter temporário.

Em sede conclusiva, constata-se que o modelo indiano é extremamente *sui generis*,¹¹⁵ detentor de notória singularidade evidenciada através de políticas protetivas destinadas a determinados grupos que não seguem um único critério, mas fusiona-se os parâmetros sociais, econômicos e religiosos para a aquisição de uma classificação, visto que a inclusão em determinado grupo minoritário não ocorre pela auto-classificação, mas mediante a análise do local de nascimento, local de residência e origem familiar. Neste caso, distintamente da realidade brasileira e norte-americana, o negro apenas é parte integrante da população, pois “*as castas se dividem por razões que se postam além ou fora da cor da pele.*”

Deste modo, tais grupos beneficiários não possuem qualquer correlação com os grupos minoritários característicos do ocidente, sendo considerado um modelo único.¹¹⁶

2.2. Ação afirmativa nos Estados Unidos da América

Inicialmente, é fundamental enaltecer que os Estados Unidos da América configuram-se como referência em inúmeros aspectos, seja quanto à economia, seja diante da relação com a política, ou, ainda no que concerne ao direito. Em consequência do aludido, as suas práticas aliadas aos seus problemas são copiados, irrestritamente. Deste modo, é imprescindível que se analise com acuidade a doutrina, bem como a história do *affirmative action*, cujo efetivo desenvolvimento ocorreu na nação norte-americana, pois poderá evitar fracassos e efeitos danosos, decorrentes de mero deslumbramento, bem como

¹¹⁴ Conforme Silvério, “*As ações afirmativas na Índia desde o início tomaram a forma de reserva de vagas e/ou posições às quais os candidatos dos grupos elegíveis (Dalits e Adivasis) podem ter acesso sem competir com candidatos de grupos não-elegíveis. O tamanho da cota é geralmente determinado pela representação percentual do grupo elegível no conjunto da população indiana.*” SILVÉRIO, Valter Roberto. *Thomas E. Weisskopf, Affirmative action in the United States and India...*, p. 304. Tempo soc. vol.18no.2 São Paulo Nov. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200017 Acesso em: 19.02.2017.

¹¹⁵ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas...*, p. 71.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 71 a 74. Acrescenta que “*A organização da sociedade em castas aparta a sociedade indiana dos modelos ocidentais em geral, amplamente influenciados pelo liberalismo e, portanto, fundados na valorização do sempenho individual, do mérito, da liberdade e da ascensão social por intermédio da própria dedicação e do próprio esforço.*”

poderá ocasionar ações mais eficazes, almejando-se alcançar a igualdade de oportunidades¹¹⁷.

Numa perspectiva diacrônica, remontando às práticas históricas de atos discriminatórios insensíveis à raça, Dworkin¹¹⁸ constata que “*Um dos problemas mais graves da sociedade americana é a estratificação racial de facto que quase sempre exclui os negros e outras minorias dos escalões mais altos do poder, da riqueza e do prestígio; e a antiga discriminação racial, bem como o círculo vicioso que rouba às crianças negras os líderes negros bem sucedidos a quem seguir como exemplo, contribui substancialmente para essa estratificação.*”

Assim, é cediço que, nos Estados Unidos, mesmo com a ocorrência da abolição da escravatura, não se concedeu ao negro a possibilidade de inserção na sociedade como um igual¹¹⁹. A cultura do isolamento imperava e a contratação dos indivíduos oriundos da raça em comento, por décadas, ocorria apenas para exercer funções subalternas¹²⁰. Vale aduzir que os Estados Unidos possuíam sua estrutura sócio-econômica alicerçada em um sistema escravocrata, subseqüentemente sucedido por uma inexcrupulosa segregação racial detentora de amparo legal¹²¹, denominada “*separate but equal*”.¹²²

¹¹⁷ De acordo com Sabrina Moehlecke, usar os Estados Unidos como protótipo em termos de relações e instrumentos raciais nos revela situações contraditórias. Ao mesmo tempo em que as ações, conquistas e resultados auferidos no país norte-americano demonstram relevante exemplo de um Movimento Negro forte e organizado e do sucesso no tratamento dessa questão. As probabilidades de experiências equivalentes ocorrerem no Brasil são muito contestadas, pois o tipo de racismo lá vivente, em meio a sua história de segregação, de discriminação explícita e legal, é distinto do brasileiro assim como são diferentes a organização da população negra, a situação política e econômica à época de implantação das políticas de ações afirmativas, a estrutura social, dentre outros aspectos. MOEHLECKE, Sabrina. Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior. *Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2000, p. 21.

¹¹⁸ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. 2ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2016. p. 605.

¹¹⁹ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 167.

¹²⁰ De acordo com a constatação de Dworkin, “*Em todas as dimensões nas quais nossa sociedade está estratificada – renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade – os negros estão sub-representados nos níveis mais altos, e a estratificação racial de facto resultante é uma vergonha duradoura, um desperdício e um perigo.*” Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p. 568.

¹²¹ No mesmo sentido, na África do Sul, o regime do *apartheid* significou a implementação de um regime oficial de discriminação racial, atribuindo aos negros uma cruel condição de extrema inferioridade e constrangimento, em todos os planos. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 132.

¹²² Em meados do século XX, a doutrina jurídica do “*separate but equal*” chegou ao fim, em decorrência de emblemática decisão da Suprema Corte Americana acerca da segregação racial no âmbito escolar, modificando, conseqüentemente, a sedimentada jurisprudência que apenas ratificava o sistema discriminatório impingido socialmente. Alusão ao julgamento *Brown v. Board of Education of Topeka*, 374 US 483 (1954).

Conforme aduz Sowell¹²³, as políticas oficiais de grupos de preferências remontam à história antiga da América do Norte. A discriminação religiosa existiu em grande parte da América colonial. Leis distintas se aplicaram aos brancos e aos negros livres do Sul de antes da Guerra Civil, e continuadas distinções entre negros e brancos persistiram durante a longa era do Jim Crow¹²⁴, que teve início após aquele conflito e se estendeu até depois da metade do século XX. Tampouco foram os negros o único grupo racial discriminado nas leis e nas políticas em benefício da maioria branca. Vale ressaltar que a população nativa de índios americanos também ficou sujeita a leis diferentes – e piores – do que as da maioria branca, da mesma forma que imigrantes chineses e japoneses¹²⁵.

É fundamental evidenciar que após a guerra civil foram aprovadas algumas emendas, dentre elas, merece destaque a Décima Terceira¹²⁶, incumbida pelo fim formal da escravidão nos Estados Unidos, bem como a Décima Quarta, responsável por ostentar a “*equal protection of the Law*”.

Aprovada em 1868, a emblemática Décima Quarta Emenda Constitucional, determinou:

“Fourteenth Amendment to the United States Constitution – Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens

¹²³ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, pp. 153,154.

¹²⁴ Jim Crow consistia em prática sistemática de discriminação contra indivíduos negros. Vinculava-se à leis estaduais aprovadas no sul dos EUA e alicerçadas na teoria da supremacia branca. Estabeleciam distintas regras para brancos e negros, evidenciando a negação de direitos e liberdades legalizadas através de diversos estatutos racistas. Em 1980, por exemplo, apesar de seus 16 membros negros, a Assembleia geral da Louisiana aprovou uma lei para impedir que os negros e brancos viajassem juntos nas ferrovias. O caso chegou a suprema corte, onde foi explicitado que as facilidades públicas para pretos e brancos poderiam ser “*separadas mas iguais*”, entretanto cumpre consignar que raramente separado significava igual. *A Brief History of Jim Crow*. Constitutional Rights Foundation. Disponível em: <http://www.crf-usa.org/black-history-month/a-brief-history-of-jim-crow>. Acesso em: 19.02.2017. Cf. Jim Crow Laws. *Freedom Riders Article*. American Experience. Disponível em: <http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/freedom-riders-jim-crow-laws/>. Acesso em: 19.02.2017.

¹²⁵ Steven J. Novak, “The Real Takeover of the BIA: The Preferential Hiring of Indians”. *Journal of Economic History*. vol. I. n. 3. set. 1990. pp. 639-54 *apud* SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 153.

¹²⁶ 13th Amendment: “*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*” Vale, ainda, acrescentar que a Décima Terceira Emenda foi aprovada pelo Congresso em 31 de janeiro de 1865 e ratificada pelos Estados em 6 de dezembro de 1865. *13th Amendment to the U.S. Constitution*. Disponível em: <https://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/13thamendment.html>. Acesso em: 09.01.2017.

of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”¹²⁷

Entretanto, infelizmente, tal dispositivo não foi suficiente para eliminar os tratamentos diferenciados existentes entre brancos e negros, haja vista que no mesmo ano de 1868, os mesmo parlamentares responsáveis pela aprovação da cláusula da “*equal protection*” legislaram favorecendo a instituição de escolas segregadas, evidenciando autorização para que o governo implementasse escolas específicas para negros, não sendo tal conduta enquadrada como inconstitucional. Doravante, diversos estados aprovaram leis segregacionistas conhecidas “*Jim Crow Laws*”.¹²⁸

Em decorrência do exposto, constata-se que em diversas ocasiões da história americana, devemos apreciar, em linhas gerais, o ocorrido com os negros americanos, haja vista que trata-se do grupo utilizado com maior frequência como justificativa para implementação das políticas de ação afirmativa, pois “*infelizmente, os piores estereótipos, desconfianças, temores e ódios que ainda envenenam os Estados Unidos são codificados pela cor, e não pela classe ou pela cultura (...)*”,¹²⁹ ainda que tais medidas tenham sido amplamente aplicadas aos demais segmentos.

Outrossim, quanto às medidas de inclusão social, cumpre consignar que a expressão “*affirmative action*” foi utilizada, incipientemente, no *New Deal Wagner Act de 1935*, Lei das Relações de Trabalho Nacionais, sendo definida como uma obrigação positiva do Departamento Nacional de Relações Trabalhistas (National Labor Relations Board), objetivando remediar e inibir atitudes desleais praticadas pelos empregadores.¹³⁰

¹²⁷ Tradução livre: “*Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos – Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.*” *U.S. Constitution – Amendment 14*. Disponível em: http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html, Acesso em: 15.01.2017.

¹²⁸ LIMA, George Marmelstein. *As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson*. Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>. Acesso em: 09.01.2017.

¹²⁹ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p. 571.

¹³⁰ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 25. “*Se determinava que o empregador que estivesse promovendo a discriminação contra os negros deveria parar de promovê-la, além de efetuar ações afirmativas para inserir as vítimas da segregação nos cargos*

Mesmo perante a existência de tal exemplo, foi somente a partir da década de 60 que “[...] o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta pelos direitos civis, inicialmente como uma medida de combate à discriminação e, posteriormente, objetivando a inclusão das minorias.”¹³¹

Assim, em 1961, foi utilizada a expressão “*affirmative action*” em um texto oficial, denominado Ordem Executiva (*Executive Order n. 10.925*)¹³², pois o Presidente Kennedy, fazendo uso de tal meio excepcional de governar – podendo conter políticas afirmativas ou não -, almejava estabelecer uma igualdade de oportunidades e erradicar a discriminação aliada ao preconceito diante das relações mantidas entre o governo federal e os seus contratantes.

Conforme a Ordem Executiva 10.925¹³³:

“Section 301. (1) The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause.”

que estariam ocupando se não tivessem sido discriminados.” KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?...* p. 169.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Ressalte-se que “a despeito de se ter utilizado a expressão Ação Afirmativa em tal Ordem Executiva, seu conteúdo inicial era o de tão-somente combater a discriminação.” KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?...* p. 169.

¹³³ Tradução livre: Seção 301. Exceto em contratos excetuados em conformidade com a Seção 303 dessa ordem, todas as agências contratantes do governo devem incluir em todos os contratos do governo as seguintes disposições: “*Em conexão com a prestação de trabalho nos termos do presente contrato, o contratante concorda com o seguinte: (1) O contratado não vai discriminar contra qualquer funcionário ou candidato a emprego por causa da raça, credo, cor ou origem nacional. O contratante deverá adotar ações afirmativas para assegurar que os requerentes são empregados, e que os funcionários são tratados durante o emprego, sem discriminação quanto à sua raça, credo, cor ou origem nacional.*” Executive Order 10925. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html> .Acesso em: 16.01.2017.

Vale, ainda, consignar que, por meio da aludida Ordem Executiva nº 10.925 foi criada a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (Equal Employment Opportunity Commission – EEOC), responsável pela concretização das atuações supramencionadas e, portanto, incumbida de identificar as políticas segregacionistas governamentais, visando uma política neutra e incapaz de considerar a raça como fator de discriminação.¹³⁴

Portanto, tal *Executive Order*, embora ostentasse o termo *affirmative action*, não possuía como propósito a atribuição de regalias aos grupos minoritários e estigmatizados, mas, diametralmente, exigia tratamento igualitário, independentemente das diferenças peculiares de tais grupos.

No mesmo sentido, apesar do curto período em que exerceu o seu mandato, o Presidente Kennedy empenhou-se em prol da aprovação de diversos projetos de leis englobando temas de grande repercussão social, dentre eles o advento do *Equal Pay Act*, em 1963,¹³⁵⁻¹³⁶ que evidenciava a proibição de que as mulheres recebessem, pelo mesmo trabalho, uma remuneração inferior à dos homens.¹³⁷

Ressalte-se que a importância política do tema em comento foi vislumbrada, na época, pelo senador John F. Kennedy. Deste modo, em meados da década de 60, em sua trajetória para a Casa Branca, relevantes temas como o descaso e a negligência a que estavam submetidas as classes minoritárias¹³⁸, assim como aquelas menos afortunadas, em

¹³⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 169.

¹³⁵ “(d) Prohibition of sex discrimination: (1) No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex: Provided, That an employer who is paying a wage rate differential in violation of this subsection shall not, in order to comply with the provisions of this subsection, reduce the wage rate of any employee.” *The Equal Pay Act of 1963*. Disponível em: <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm>. Acesso em: 16.01.2017.

¹³⁶ Segundo John F. Kennedy, “This act represents many years of effort by labor, management, and several private organizations unassociated with labor or management, to call attention to the unconscionable practice of paying female employees less wages than male employees for the same job. This measure adds to our laws another structure basic to democracy.” 233 – *Remarks Upon Signing the Equal Pay Act*. The American Presidency Project. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9267> Acesso em: 16.01.2017.

¹³⁷ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 89.

¹³⁸ Ressalte-se que “As medidas de ação afirmativa devem ser dirigidas a grupos ou categorias determinados que são afetados por desigualdades fáticas parciais. Por razões históricas, convencionou-se chamar tais grupos de “minorias”: as medidas de ação afirmativa surgiram, no contexto norte-americano, dirigida aos negros daquele país, grupo étnicorracial quantitativamente minoritário. No entanto, em sua expansão, essas

setores como educação, saúde e previdência social, foram destacados como prioridades a serem enfrentadas no seu governo¹³⁹. Diante do explicitado, a ilação que se compartilha é que a política praticada, inicialmente por John Kennedy, e, posteriormente, subscrita por Lyndon Johnson visou modificar o sistema legal detentor de carga discriminatória perante os afro-descendentes, caminhando, conseqüentemente, para o fim (ou atenuação) da segregação entre brancos e negros.

2.2.1. As primeiras políticas de ação afirmativa

Após o assassinato do Presidente Kennedy, ocorrido em 22 de novembro de 1963, o então Vice-Presidente Lyndon B. Johnson, imediatamente assumiu o cargo, iniciando “*um processo curioso de discriminação positiva que recebeu a denominação de ‘ricos ônus johnsonianos’*”¹⁴⁰.

Deste modo, objetivou-se conferir a devida continuidade aos projetos legislativos que estavam em tramitação¹⁴¹, dentre eles, destacou-se a Lei dos Direitos Civis - *Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964,¹⁴² que “*não interferia decisivamente nas relações empregatícias a ponto de determinar a inclusão das minorias, apenas proibia a discriminação*”.¹⁴³ Seu título II¹⁴⁴ consagrou, formalmente, a proibição de discriminação ou segregação em diversas áreas sociais, abrangendo acomodações públicas, escolas,

medidas logo passaram a contemplar grupos quantitativamente majoritários, como, em alguns casos, as mulheres. Atualmente, ao se tratar de medidas de ação afirmativa, entender “minorias” em seu sentido quantitativo não faz sentido. “Minorias” significam, nesse contexto, apenas grupos social, política ou economicamente fragilizados determinados que sofrem desigualdades fáticas parciais passíveis de serem remediadas por medidas de ação afirmativa.” CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 77.

¹³⁹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 87,88.

¹⁴⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Compatibilidade do sistema de reserva de cotas étnico-raciais nas universidades públicas com a Constituição de 1988...*, p. 33.

¹⁴¹ O presidente Lyndon Johnson prosseguiu com a política *color-blind* do seu antecessor. Cf. KING, Desmond S.; SMITH, Rogers M. “*Without Regard to Race*”: *Critical Ideational Development in Modern American Politics*. Oxford University. Disponível em: <https://www.nuffield.ox.ac.uk/People/sites/King/SiteAssets/Lists/Biography%20Sections/EditForm/Despaper.pdf>. Acesso em: 16.01.2017.

¹⁴² *Civil Rights Act*. July 2. 1964. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/civil_rights_1964.asp. Acesso em: 16.01.2017.

¹⁴³ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 170.

¹⁴⁴ O Título II evidenciava proibição quanto a discriminação em lugares de acomodação pública, como teatros, arenas esportivas, hotéis, restaurantes, postos de gasolina, lojas e estabelecimentos comerciais. KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 170.

programas de governo e emprego¹⁴⁵. O Título VI, por sua vez, ostentava a proibição de qualquer ato preconceituoso no mercado de trabalho embasado em raça, cor, sexo, ou origem nacional, devendo tal proibição ser observada pelos grandes empregadores¹⁴⁶.

Segundo Sowell¹⁴⁷, a evolução histórica da ação afirmativa norte-americana vincula-se à Lei dos Direitos Civis de 1964, onde o principal grupo cujos pleitos proporcionaram o impulso e o aspecto racial desta lei foi o constituído pelos negros.

No mesmo sentido, vale ressaltar que o termo “*discriminação*”, que, por vezes, ostenta significados distintos para diversas pessoas, foi especificamente definido na lei mencionada alhures como ações *intencionais* de um empregador contra indivíduos, distintamente das consequências totalmente dissimilares de testes particulares, bem como outros critérios sobre grupos diferentes.¹⁴⁸ O senador Hubert Humphrey, principal advogado da Lei, destacou:

*“O requisito expresso da intenção é formulado para que fique absolutamente claro que as discriminações inadvertidas ou acidentais não violam o espírito da lei ou devam resultar em ações judiciais. Significa simplesmente que o acusado tem que demonstrar a intenção de discriminar.”*¹⁴⁹

Extrai-se, portanto, que para efetiva configuração da discriminação em cada caso concreto, é imprescindível a ocorrência da ação deliberada, ou seja, o objetivo de ser autor e protagonista do ato discriminatório, não sendo, conseqüentemente, acatado na modalidade culposa.

Assim, tanto a Constituição Americana quanto estatutos, como a Lei dos Direitos Civis de 1964, obrigam ao tratamento igualitário dos indivíduos¹⁵⁰

Entrementes, em 04 de junho de 1965, o presidente, Lyndon Johnson, em emblemático discurso proferido na Universidade de Howard, consignou que:

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 90.

¹⁴⁷ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 154.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 162.

¹⁴⁹ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *Legislative History of Titles VII and XI of Civil Rights Act of 1964*. Washington, U.S. government Printing Office, s./d., p. 3.006 *apud* SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 162.

¹⁵⁰ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 153.

“Você não pode pegar uma pessoa que durante anos esteve acorrentada e libertá-la, trazendo-a para a linha de partida e dizer: ‘você está livre para competir com todos os outros’ e ainda acreditar que sua atitude é completamente justa. Desse modo, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos precisam ter a capacidade de atravessar os portões”¹⁵¹.

Desta forma, Johnson esposou seu objetivo quanto ao combate às desigualdades ocasionadas pelo sistema segregacionista implantado, entretanto, não anunciou qualquer medida destinada à integração social dos negros, permanecendo somente com a política de proibição a discriminação.

Posteriormente, em 28 de setembro de 1965, imbuído do espírito de não-discriminação incitado pelo ex presidente Kennedy, utilizou-se novamente a expressão *affirmative action* na Ordem Executiva (*Executive Order*, n. 11.246¹⁵²), detentora de exigência para que os contratantes com o governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas estabelecessem medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais. Vale consignar que, inicialmente, tal medida foi adotada na área da construção civil, mediante a fixação de alguns parâmetros numéricos a serem observados quando da contratação e promoção dos empregados, mas a experiência não teve continuidade em virtude de pressão protagonizada pelos sindicatos, assim como por alguns segmentos do governo federal¹⁵³.

Entretanto, ressalte-se que a aludida medida, apesar de não ter alcançado resultados plenamente satisfatórios, é detentora de um elevado significado histórico, visto que em decorrência do seu surgimento é que programas visando o combate das

¹⁵¹ *Commencement Address at Howard University: “To Fulfill These Rights”*. The American Presidency Project. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=27021>. Acesso em: 16.01.2017.

¹⁵² “[...] *The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, color, religion, sex or national origin. Such action shall include, but not be limited to the following: employment, upgrading, demotion, or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause. [...]*”. *Executive Order 11246*. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11246.html>. Acesso em: 16.01.2017.

¹⁵³ Ainda em 1965, no mesmo sentido, foi aprovado o *Voting Rights Act*, amparado pela Vigésima Quarta Emenda Constitucional, objetivando reguardar o direito de voto dos negros. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 91, 92.

desigualdades sociais, mediante condutas positivas evidenciam importância e passam a ser analisados sob a ótica de *políticas governamentais*, sedimentando a conceituação de *ação afirmativa*¹⁵⁴. Contudo, apesar da devida relevância, o documento supramencionado insere-se no período em que as políticas de ações afirmativas ostentavam soluções não discriminatórias, distante, portanto, do enquadramento como medida efetiva de inclusão social.

Corroborando o aludido, Kaufmann aduz:

“Como se observa dos textos das Ordens Executivas n° 10.925 e 11.246, os governos Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme as entendemos hoje. Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas. É que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação, em uma sociedade desenvolvida sob os auspícios do sistema Jim Crow, já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra. Confira-se com os termos da Ordem Executiva n° 11.246, em muito semelhante à Ordem n° 10.925.”

Menciona-se, ainda, que, ultrapassando as fronteiras norte-americanas, tal postura estatal ostentou reflexos, contemporaneamente, em convenções e tratados internacionais celebrados, como, por exemplo, na *“Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial”*, de 1965¹⁵⁵, onde se evidenciou que *“[...] não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos [...]”*.

É relevante atentar para o contexto de veemente clamor por mudanças governamentais que propiciaram o surgimento das ações afirmativas, nos Estados Unidos. Pois, a notória dominação por uma elite conservadora ocasionou o desenvolvimento da aludida medida, visando, por sua vez, amenizar as inúmeras revoltas protagonizadas por grupos ligados ao movimento negro, tendo como estopim o assassinato do líder Martin

¹⁵⁴ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 92.

¹⁵⁵ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 92.

Luther King, em 1968¹⁵⁶. Assim, “houve a explosão da revolta e da fúria dos afro-descendentes nos Estados Unidos, por acreditarem que seriam mais uma vez abandonados e relegados à política separatista.” Conseqüentemente, a comoção alcançou elevada amplitude, despertando a conscientização não apenas dos negros, mas de todo o país em comento, que temia a eclosão de uma segunda guerra civil norte-americana¹⁵⁷.

Clarevidente, portanto, que apenas a política não-discriminatória imposta pelo governo configurava-se insuficiente, urgindo a necessidade de atuação efetiva objetivando a inclusão dos negros em diversos setores da sociedade, através de uma política afirmativa inclusiva, sob pena de perenizar o preconceito (intrínseco e extrínseco), motivo de incessantes motins sociais.

Em consonância com o aludido, progressos singulares ocorreram no governo de Richard Nixon (1969-1974), pois após assumir a presidência da república, conferiu a Arthur Fletcher, negro e ocupante do cargo de assistente do Secretário do Trabalho, George Schultz, a incumbência de elaborar um projeto para tornar efetivas as previsões inerentes ao Título VII do Civil Right Act de 1964, sob a recomendação de que o mesmo deveria ser estruturado de forma a resistir aos inevitáveis questionamentos judiciais. *Philadelphia Plan* foi a denominação conferida a tal trabalho, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico em 1971¹⁵⁸, mediante a *Office of Federal Contract Compliance (OFCC) Revised Order n.4*, segundo o qual os contratantes com o governo federal deveriam desenvolver, anualmente, programas de ação afirmativa, objetivando identificar e corrigir deficiências existentes perante mulheres e grupos minoritários (negros, índios e hispânicos), sendo concretizado pela observância de determinadas metas¹⁵⁹ numéricas (*goals*)¹⁶⁰.

Releva destacar, ainda, o *Higher Education Act* de 1972, por apresentar, em seu Título IX, proibição de discriminação entre homens e mulheres nas instituições de ensino que recebem verbas do governo federal. O *Rehabilitation Act*, de 1973, que evidencia

¹⁵⁶ Embasando que “(...) as medidas que visam à redução das desigualdades não são essencialmente medidas altruísticas, mas podem servir a interesses puramente egoístas.” CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 83.

¹⁵⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, pp. 174, 175.

¹⁵⁸ A “fase áurea das ações afirmativas nos Estados Unidos ocorreu na década de 1970”. CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 62.

¹⁵⁹ O Governo federal norte-americano reconhece outros mecanismos que englobam o conceito de ação afirmativa, sendo o sistema de metas (*goals*) apenas uma das suas modalidades existentes, diferindo-se, por exemplo, do sistemas de quotas (pouco utilizado no Estados Unidos)¹⁵⁹. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 31, 32.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 92, 93.

exigência para que os contratantes com o governo federal ofereçam oportunidades de emprego para os deficientes físicos. O *Veterans Readjustment Act*, de 1974, por sua vez, apresenta concessão de favorecimentos e proteções em prol dos veteranos da Guerra do Vietnã, dentre outros, como o *Age Discrimination Act*, em 1975¹⁶¹.

Assim, tem-se como ilação que foi a partir dos Estados Unidos, embora a ele não se restrinjam exclusivamente¹⁶², que as políticas de ações afirmativas evidenciaram elevada repercussão em âmbito mundial, protagonizando não somente nítida evolução, mas grandiosa dissiminação, onde, hodiernamente, o termo “*discriminação*” abrange diversos aspectos antes detentores de relevância mínima. Outrossim, no país norte-americano destinam-se a assegurar, essencialmente, aos negros, maior e mais justa parcela de representatividade perante a sociedade, principalmente nas áreas de educação e de emprego.

Deste modo, é notória a constatação de que o transcurso dos anos foi calcado pela proliferação, em todas as áreas, de textos legais almejando atacar a segregação e o preconceito.

Conforme elucidado alhures, as políticas de ações afirmativas têm a sua origem associada ao país indiano, entretanto, o seu desenvolvimento, bem como amplitude ocorreram nos Estados Unidos da América. Ressalte-se que, atualmente, constatamos a sua adoção por diversos países, embasados pelo exemplo americano, utilizaram-se de ações afirmativas, seja com autorização expressa constitucional (Índia)¹⁶³ ou não.

¹⁶¹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 93, 94.

¹⁶² Traz-se a lume as informações evidenciadas por Maria Aparecida da Silva no sentido de que na antiga União Soviética, a Universidade de Moscou adotou uma cota de 4% de vagas destinadas para os(as) habitantes da atrasada Sibéria. Em Israel, adotam-se medidas especiais para acolher os *falashas*, judeus de procedência Etíope. Por sua vez, na Nigéria e na Alemanha, há ações afirmativas para as mulheres. Na Colômbia, para os(as) indígenas. No Canadá, para indígenas e mulheres, além de negros(as), como na África do Sul. SILVA, Maria Aparecida da. *Ações Afirmativas para o povo negro no Brasil*. In: *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis; ABONG. 2002. p. 110 *apud* MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 65.

¹⁶³ No mesmo sentido, guarda semelhança a Constituição da Namíbia, pois o §2º do artigo 23 – *Apartheid and Affirmative Action* expressa o seguinte entendimento: “*Nada constante no Artigo 10 do presente [igualdade perante a lei] impedirá o Parlamento de aprovar legislação que possibilite direta ou indiretamente o desenvolvimento de pessoas dentro da Namíbia que tenham estado socialmente, economicamente ou educacionalmente, em desvantagem devido a leis ou práticas discriminatórias passadas, ou à implementação de políticas ou programas voltados para a correção de desequilíbrios sociais, econômicos ou educacionais na sociedade da Namíbia, oriundos de leis ou práticas discriminatórias passadas, ou para alcançar uma estruturação equilibrada do serviço público, força policial, força de defesa e do serviço carcerário*”. *The Constitution of The Republic of Namibia*. African Law Library. Disponível em: <http://www.africanlawlibrary.net/pt/web/namibia/constitution>. Acesso em: 16.01.2017. Vale, ainda, evidenciar que, perante o histórico racial, o aludido país é detentor de imensa semelhança com a África do Sul.

No mesmo sentido, segundo Carvalho¹⁶⁴, na África do Sul as cotas foram adotadas no fim do período do *apartheid*, visando reparar uma exclusão brutal das nações africanas. No Canadá, os *Inuit* têm cotas em todas as esferas do Estado, incluindo o Congresso Federal; na Austrália, se instaurou um sistema de reparação para os aborígenes. A Nova Zelândia estabeleceu cotas para os *Maoris*, povos originários do país. Na América do Sul, a Colômbia instituiu cotas para negros e índios nas universidades desde os anos 90, segundo um modelo mais próximo do anglo-saxão.

Portanto, extrai-se que a história dos Estados Unidos da América foi calcada pelo preconceito e discriminação, alicerçada por um sistema institucionalizado detentor de incentivo estatal, através dos poderes Executivo, Legislativo e Judicial, bem como da sociedade. A dicotomia vastamente efetivada através do sistema *Jim Crow* e legitimada mediante a doutrina do *separate but equal* evidenciou barreiras intransponíveis para os negros estadunienses, ocasionando notória demarcação racial em duas esferas paralelas: a dos brancos e a dos negros, seja quanto à composição, seja quanto às oportunidades, visto que, nunca gozaram de efetiva miscigenação.

Assim, era desafiante e imperioso romper os ditantes impostos pelas leis e pelas atuações governamentais, através das quais se delimitava a condição dos cidadãos pela própria cor da pele. O governo Kennedy não mais pactuava com a escorchante política de segregação e, conseqüentemente, a implementação de uma política não-segregacionista foi efetivamente realizada durante os mandatos de Kennedy e Johnson, mediante a legítima observância de que uma ação compensatória corretiva não enquadrava-se como suficiente, sendo imprescindível a adoção de medidas de cunho preferencial, sob o patrocínio de se alcançar a concreta igualdade.

Entretanto, *“assim como em outros países, essas políticas se espalharam para bem além dos beneficiários iniciais”, visto que as medidas de ações afirmativas, com o passar dos anos, expandiram-se e englobaram não apenas outros grupos raciais ou étnicos, mas também mulheres, de modo que a totalidade deles contempla a maioria substancial da população dos Estados Unidos da América*.¹⁶⁵

Corroborando com o retrocitado, as principais críticas quanto à adoção das ações afirmativas vinculam-se aos argumentos de que *“tais medidas desprivilegiariam o critério*

¹⁶⁴ CARVALHO, José Jorge. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil...*, p. 186.

¹⁶⁵ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 154.

*meritório, conduziriam à discriminação reversa, aumentariam o racismo, ao incitar o ódio entre as raças, além de favorecer a classe média dos negros, que não seria a mais necessitada dos benefícios.*¹⁶⁶

Já os defensores das políticas de admissão destinada aos grupos vulneráveis alegam que as ações afirmativas não configuram-se como contraproducentes, pois se enquadram como um instituto bem sucedido, devido ao fato de não transgridem direitos individuais, não comprometendo, ainda, os princípios morais, sendo notório erro, portanto, não admitir tal política perante as estatísticas e análises demonstradas através do do estudo River¹⁶⁷.

Qualquer país destinado a criar políticas que garantam privilégios a grupos preferenciais ou cotas fatalmente será alvo de discussões englobando argumentos pró e contra, entretanto, cumpre enfatizar o escopo das ações afirmativas, haja vista que foram utilizadas visando solucionar um factual impasse, qual seja: a histórica segregação social do negro estaduniense.

Outrossim, conforme aduz Sowell¹⁶⁸:

“Inúmeros princípios, teorias, hipóteses e assertivas têm sido utilizados para justificar os programas de ação afirmativa – alguns comuns a vários países do mundo, outros peculiares a determinados países ou comunidades. Notável é o fato de que raramente essas noções são empiricamente testadas, ou mesmo claramente definidas ou logicamente examinadas, muito menos sopesadas em relação aos dolorosos custos que muitas vezes impõem.”

Alfim, cabe a constatação de que a resolução de um tema tão complexo e peculiar, requer a observância da origem e real necessidade dos problemas, das particularidades sociais, bem como a análise das singularidades do passado e do presente de cada país para adotar ou não programas afirmativos. Primordial, portanto, um estudo detalhado do mecanismo supra-aludido, visto que somente através dessa análise será possível definir

¹⁶⁶ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 293.

¹⁶⁷ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, pp. 578, 579.

¹⁶⁸ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 259.

acerca da sua efetiva implementação, pois acatar medidas dessa natureza, a partir da experiência de outra nação, poderia acarretar desastrosas consequências, avivando os conflitos raciais e sociais, quando deveriam ser combatidos, já que “*as peculiaridades históricas e sociais de uma nação são diferentes das de outras.*”¹⁶⁹

2.3. Posicionamento da Suprema Corte norte-americana

É consabido que as medidas iniciais destinadas à implementação das políticas de caráter afirmativo, visando a atenuação das desigualdades sociais, foram protagonizadas pelo Poder Executivo, entretanto o mérito da efetividade do tema em comento pertence à Suprema Corte norte-americana, em virtude dos seus posicionamentos relevantes, de modo a atenuar penosas desigualdades decorrentes de um histórico período de escravidão, oficial segregação racial e racismo.

Laurence Tribe¹⁷⁰, colendo constitucionalista norte-americano, elucida que a atuação do Poder Judiciário consagrou-se como imprescindível perante a efetiva eliminação da segregação imposta aos negros.¹⁷¹ Observemos:

“Já foi há muito reconhecido que a Constituição não é ‘cega à cor’. De fato, para eliminar os efeitos persistentes do preconceito racial e da opressão, os Tribunais devem, frequentemente levar em consideração o fator racial de forma explícita, tanto na avaliação das violações constitucionais, como na formulação de remédios adequados – incluindo remédios por meio dos quais se neguem oportunidades a indivíduos inocentes por causa de sua raça, mesmo que eles não tenham causado diretamente qualquer dano,

¹⁶⁹ “Mas é notável que várias das consequências que se seguiram à adoção da ação afirmativa sejam as mesmas, apesar dos diferentes contextos nas diferentes regiões do mundo.” SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais...*, p. 10.

¹⁷⁰ TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press. 1995. p. 221 *apud* KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 180.

¹⁷¹ Joaquim Barbosa, na época, Ministro no Supremo Tribunal Federal, ao votar sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, destacou que as ações afirmativas não são ações típicas de governos, podendo ser utilizadas pela iniciativa privada e até mesmo pelo Poder Judiciário, em casos extremos. “*Há, no Direito Comparado, vários casos de medidas de ações afirmativas desenhadas pelo Poder Judiciário em casos em que a discriminação é tão flagrante e a exclusão é tão absoluta, que o Judiciário não teve outra alternativa senão, ele próprio, determinar e desenhar medidas de ação afirmativa, como ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, especialmente em alguns estados do sul.*” *Ministro Joaquim Barbosa afirma que ações afirmativas concretizam princípio constitucional da igualdade*. Notícias STF, Brasília. 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206023>. Acesso em: 05.05.2017.

para poder dar oportunidades a outros indivíduos, igualmente inocentes, para os quais, por outro lado, o fator racial atuou decisivamente como motivo de exclusão quanto às oportunidades. Em matérias de raça, pelo menos, a ameaça do odioso preconceito e da opressão surgiu tanto de entidades públicas, como de privadas, e o governo precisa situar-se, muitas vezes, ao lado do oprimido.”

Assim, temos a Suprema Corte Americana como protagonista e detentora de papel decisivo no desenvolvimento das ações afirmativas, pois foi a partir de uma série de interpretações e de decisões pioneiras, bem como paradigmáticas – o caso *Brown* -, tomadas por aquela Corte, que alterou-se substancialmente a visão dada ao direito de igualdade e ao direito de não ser discriminado, onde se desenvolveram as políticas igualitárias peculiares às ações afirmativas.

É, ainda, perceptível que a implementação e utilização das medidas afirmativas nos Estados Unidos da América propiciou aos negros, até então segregados por um cruel sistema jurídico com apoio coletivo, ao efetivo acesso a possibilidades de ascensão social, vislumbradas, essencialmente, mediante os julgamentos proferidos em *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) e *Regentes of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), conforme analisaremos a seguir.

Nesse diapasão, conclui-se que a fundamentação e a efetividade das ações afirmativas estão embasadas nas decisões da Suprema Corte podendo, inclusive, protagonizar a gênese de medidas dessa natureza. Concluimos que o posicionamento da Suprema Corte norte-americana trafegou da severa legitimação da segregação racial para a constitucionalidade das políticas afirmativas de cotas. Entretanto, atualmente, o entendimento vincula-se, com algumas exceções, à inconstitucionalidade de tal medida, evidenciando um retrocesso quanto à utilização de políticas dessa natureza, haja vista a incidência de uma jurisprudência restritiva da Suprema Corte diante da sua aceitação.

2.3.1. O Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

O caso sob análise versa acerca da recusa da matrícula escolar, em instituição pública, de Linda Brown, garota negra, que na época possuía 8 (oito) anos de idade e, seu pai, irredimido, procurou a esfera judicial americana almejando sanar a situação vexatória em comento.

A decisão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁷² foi considerada o julgamento de maior importância proferido pela Suprema Corte, definido, também, como o mais relevante do século 20, na era Warren¹⁷³, substituído do *justice* Vinson, em virtude do seu súbito falecimento.

Cumprido constatar que um dos grandes sentidos proveniente da aludida decisão foi o de enfatizar o descontentamento dos negros norte-americanos perante o racismo existente, ocasionando o surgimento de diversos movimentos em favor dos direitos humanos¹⁷⁴.

No momento em que a segregação entre brancos e negros, denominada pela doutrina como “*separados mas iguais*”, estava em pleno vigor, Warren assumiu o Tribunal. Ressalte-se para a primazia ao ativismo judicial¹⁷⁵ com a afirmação efetiva do controle de constitucionalidade das leis, peculiaridade da aludida Corte vigente¹⁷⁶, visto que os norte-americanos confiavam no poder judicial para proteger e garantir os seus direitos e liberdades fundamentais¹⁷⁷. Trata-se, portanto, do julgamento responsável por colocar fim à doutrina segregacionista “*separate but equal*”¹⁷⁸ e às contínuas desigualdades entre brancos e negros, modificando o entendimento até então consolidado pelo Tribunal.¹⁷⁹

Analisada sob o ângulo do *judicial review*¹⁸⁰, a característica mais expressiva desse veredito está em não haver o tribunal se manifestado em face de qualquer lei, mas

¹⁷² 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷³ Presidência Earl Warren: 1953-1969.

¹⁷⁴ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 87.

¹⁷⁵ Constata-se que, de modo pragmático, a Suprema Corte norte-americana superou o longo debate acerca da legitimidade de o judiciário poder implementar políticas públicas e, desta forma, conferiu o beneplácito para que ações afirmativas inclusivas também pudessem advir da atuação judicial. KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 181.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, pp. 87, 88.

¹⁷⁷ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional...*, p. 53.

¹⁷⁸ Releva destacar que a prática segregacionista, legitimada durante várias décadas pela doutrina do *separate but equal* (“*separados mas iguais*”) foi criada mediante a emblemática decisão da Suprema Corte Americana no caso *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S 537 1896

¹⁷⁹ Maria Benedita Urbano, ao citar Leroy, compreende que “(...) o ambiente de tempo de crise é desfavorável ao juiz, que apenas poderá, a custo, assegurar um controle limitado.” No entanto, não se autorizam concluir pela dispensabilidade do controle do direito de combate à crise, de analisar a sua compatibilidade com a constituição. “Mas já autorizaram a defender uma atuação diferente dos juizes constitucionais, quando confrontados com a obrigação de controlar medidas de combate à crise, no contexto de uma situação anormal e extrema, gravemente perturbadora da estabilidade do Estado, provocada por fatores económicos e financeiros.” Deste modo, a aludida autora conclui que não trata-se de tarefa fácil delinear com exatidão o modo como os juizes devem atuar em tempos de comprovada crise económico-financeira. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional...*, pp. 41, 42.

¹⁸⁰ Cf. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional...*, pp. 53 a 59. Cf. CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional...*, p. 24.

aplicado diretamente a Constituição,¹⁸¹ modificando, assim, o controle da constitucionalidade num instrumento positivo e não apenas negativo, como fora até então¹⁸².

Mister se faz conferir o merecido destaque a vigência da Corte de Warren¹⁸³, denominada como um dos períodos de maior relevância em virtude do distanciamento conservador, sendo capaz de ocasionar verdadeira revolução ao Direito Constitucional e a própria Suprema Corte¹⁸⁴. Deste modo, com Warren a Corte voltou a ostentar um grande líder em sua direção, que em três anos, corajosamente, já deixou seu nome impresso em um dos maiores e mais relevantes arestos daquele alto pretório, mediante a declaração de inconstitucionalidade da segregação racial.¹⁸⁵

No mesmo sentido, o memorável Earl Warren, ao revolucionar o posicionamento do Judiciário perante as relações raciais, evidenciou entendimento alegando que a segregação entre brancos e negros nas escolas públicas apenas priva os negros da igualdade garantida na Décima Quarta Emenda, prejudicando-os imensamente, haja vista que a educação merece destaque na vida do ser humano, bem como no desenvolvimento da nação, com enfoque, especialmente, para a situação das crianças.¹⁸⁶

¹⁸¹ Urbano, citando David Cole, menciona que a principal tarefa dos juízes constitucionais diante de situações de crise é a de conciliar os imperativos de necessidade com a observância da legalidade. “*Dito de outro modo, o principal papel dos juízes será o de acomodar a constituição às situações de crise e emergência.*” URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional...*, p. 43.

¹⁸² RODRIGUES. 1958. P. 174 *apud* RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado democrático de Direito...*, p. 91. Vale ressaltar, englobando a ideia de justiça constitucional, o entendimento trazido por J. Rawls. Segundo o autor, “*a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento. Uma teoria, por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas.*” CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional...*, p. 19.

¹⁸³ Em 05.10.1953, Earl Warren foi nomeado pelo Presidente Dwight Eisenhower como *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, permanecendo no cargo até 1969. RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 87.

¹⁸⁴ Ressalte-se que “[...] *Nos anos que se sucederam o caso Brown, praticamente todas as mudanças nas políticas sociais, norte-americanas foram determinadas pela Suprema Corte, que em tal assunto assumiu a condição de mais importante instituição do governo.*” SIFFERT. 2002. p. 80 *apud* RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 91.

¹⁸⁵ RODRIGUES, 1958. p. 174 *apud* RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 87.

¹⁸⁶ “*We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does. [...] Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to retard the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits would receive in a racially*

Os demais votos acompanharam a tese de que as crianças negras não mais poderiam suportar os efeitos extremamente danosos decorrentes da discriminação racial, em virtude da irreparabilidade dos prejuízos impostos socialmente.

Deste modo, conforme destaca Dworkin, “*A Corte decidiu, corretamente, em 1954, que a segregação racial nas escolas transgredia os direitos de igual proteção das crianças negras, pois a segregação indicava sua inferioridade e exclusão*”¹⁸⁷, enaltecendo que o mérito da Suprema Corte foi eliminar, de forma universal, um vasto período de sofrimentos, inclusive em diversos estados estadunienses.

No mesmo sentido, constatou-se que o significado do julgado supramencionado foi surpreendente, visto que também foram decididos demais processos provenientes dos Estados do Kansas, Carolina do Sul, Virgínia e Delaware, todos versando acerca da problemática quanto ao acesso às instituições educacionais, da segregação entre brancos e negros e da existência de escolas destinadas para brancos e escolas destinadas para negros¹⁸⁸. Vale acrescentar, ainda, que tal sistema educacional segregado e desigual era amparado pela própria Constituição Estadual, bem como por leis estaduais que evidenciavam a necessidade de separação entre ambas as raças.

Portanto, acertadamente, a Suprema Corte considerou, em decisão emblemática, inconcebível a existência de lei de modo a excluir os negros do acesso a oportunidades educacionais igualitárias, conferindo novo sentido à Décima Quarta Emenda onde, o governo Kennedy, posteriormente, reafirmou entendimento em sentido semelhante, protagonizando uma atuação contrária a discriminação.

É notória a constatação de que, tal posicionamento, possibilitou que uma maior parcela da população estaduniense gozasse direitos antes considerados utópicos, mediante, entretanto, o combate às rígidas e incessantes contestações dos liberais, bem como dos próprios cidadãos negros, que já não suportavam as desigualdades protagonizadas por condutas desumanas e degradantes, determinadas pelos pertencentes a uma raça “*superior*”: os brancos.

Alfim, cumpre ressaltar que apesar do caso Brown apenas ter tido aplicabilidade no âmbito da educação, celeremente casos englobando a segregação em demais setores da

integrated school system.” *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (USSC+). Supreme Court of The United States. Disponível em: <http://www.nationalcenter.org/brown.html>. Acesso em: 16.01. 2017.

¹⁸⁷ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p. 585.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 88.

sociedade culminaram em julgamento pela Suprema Corte. Contudo, as decisões proferidas praticamente apenas englobaram instalações públicas ou quase-públicas. Conforme Kaufmann¹⁸⁹, merecem destaque os seguintes julgamentos e os seus respectivos âmbitos de atuação: parques,¹⁹⁰ praias públicas,¹⁹¹ ônibus,¹⁹² pistas de atletismo,¹⁹³ restaurantes de aeroporto,¹⁹⁴ salas de tribunal¹⁹⁵ e auditórios municipais.¹⁹⁶

2.3.2. O caso *Regents of the University of California v. Bakke*

Inicialmente, cabe consignar que os maiores desafios constitucionais à ação afirmativa no ensino superior envolveram universidades públicas, quais sejam: a Universidade da Califórnia em Davis (caso Bakke), a Universidade do Texas (Hopwood) e a Universidade de Michigan (Grutter).¹⁹⁷

Os Tribunais possuem a árdua missão de definir se a admissão de ação afirmativa viola a garantia de proteção igualitária, consagrada na Constituição dos Estados Unidos. Este é mais um caso onde os Tribunais, arduamente, perante as políticas de ação afirmativa, devem analisar a observância ou não da garantia de proteção igualitária, em consonância com a *Lex Mater* estaduniense.

Ressalte-se que o caso *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁹⁸ ganhou imensa visibilidade e importância dentre os julgados da Suprema Corte. Enfim, o Tribunal havia sido convocado para apreciar a constitucionalidade ou não de programas afirmativos no âmbito da educação.¹⁹⁹

Allan Bakke, cidadão branco, 32 (trinta e dois) anos de idade, embora fosse engenheiro objetivava mudar de profissão, entretanto, foi rejeitado na admissão para a

¹⁸⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 163.

¹⁹⁰ *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass'n*, 347 U.S 971 (1954).

¹⁹¹ *Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S 877 (1955).

¹⁹² *Gayle v. Browder*, 352 U.S 903 (1956).

¹⁹³ *State Athletic Com'n v. Dorsey*, 359 U.S 533 (1959).

¹⁹⁴ *Turner v. City of Memphis*, 369 U.S 350 (1962).

¹⁹⁵ *Johnson v. Virginia*, 373 U.S 61 (1963.)

¹⁹⁶ *Schiro v. Bynum*, 375 U.S 395 (1964).

¹⁹⁷ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa...*, p. 217.

¹⁹⁸ *Regents of University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US7vol=438&page=265>. Acesso em: 19.01.2017.

¹⁹⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 187.

Escola de Medicina da Universidade da Califórnia²⁰⁰, em virtude da implementação de vagas destinadas a grupos minoritários.

Na década de 70, conseguiu pontuação próxima a exigida para a aprovação na aludida Universidade. Ocorre que, tal instituição utilizava-se de um programa afirmativo que destinava 16 (dezesesseis) vagas a cada 100 (cem) alunos para estudantes pertencentes a categoria minoritária, onde a raça era um dos fatores de prevalência para a classificação.

Corroborando com o exposto, menciona Dworkin²⁰¹:

*“The University of California Medical School at Davis had set aside a specific number of places for minority applicants to be filled by a separate admissions committee whose member included only minorities. Alan Bakke, a white applicant who was denied admission, claimed that this admissions policy violated his right to equal protection.”*²⁰²

Bakke, por sua vez, alegou que a aprovação fatalmente ocorreria caso tivesse concorrido perante à totalidade das vagas existentes para o curso almejado e, irredimido, por entender ter sido privado do acesso igualitário à educação, questionou na Suprema Corte Americana a violação, concomitantemente, por parte da Universidade da Califórnia, do direito à igualdade, garantida pela Décima Quarta Emenda da Constituição norte-americana, bem como a ofensa a Lei dos Direitos Civis de 1964, que vedava a discriminação.

Acerca da discussão quanto à utilização da raça como critério para reserva de vagas em instituição de ensino, o Justice Powell compreendeu que *“a cláusula de igualdade perante a lei proíbe cotas explícitas ou vagas reservadas, a menos que a escola em questão possa demonstrar que esses meios são necessários para realizar objetivos de*

²⁰⁰ Cf. *America v. Weber* (1979); *Mississippi University for Woman v. Hogan* (1982).

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. The case against color-blind admissions. in *The New York Review of Books*. pp. 2,3. Disponível em: www.nybooks.com/articles/archives/2012/dec/20/case-against-color-blind-admissions/?pagination=false&printpage=true. Acesso em: 19.01.2017.

²⁰² Tradução livre: *“A Escola de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis tinha reservado um número específico de vagas para os candidatos minoritários através da submissão à uma comissão de seleção separada cujos membros incluíam apenas minorias. Alan Bakke, um candidato branco, cuja admissão foi negada, afirmou que esta política de admissões violou seu direito a igual proteção.”*

forçosa importância”.²⁰³ Assim, admitiu os programas afirmativos como constitucionais, desde que o critério racial não fosse concebido, exclusivamente, não utilizando-se de quotas, metas ou preferências rígidas e inflexíveis²⁰⁴.

Ademais, perante o voto do Justice Powell, a Corte compreendeu que a compatibilidade da política de ação afirmativa com a Constituição estaria vinculada à definição de um programa efetivamente bem elaborado, bem como à comprovação da universidade, através da denominada investigação rigorosa (*strict scrutiny*), do cumprimento de dois requisitos. Vejamos²⁰⁵:

1. A medida impugnada deve suprir um interesse governamental imperativo (*compelling governmental interest*). De acordo com a Suprema Corte, a atenuação das implicações decorrentes da discriminação ocorridas no passado configura-se como um objetivo imperativo do governo, contanto que o órgão governamental abalizado evidencie a existência de tais atos de ordem discriminatória protagonizados no pretérito. Deste modo, a universidade da Califórnia não foi considerada como detentora de incumbência para averiguar a ocorrência ou não de tal discriminação, tampouco de implementar políticas objetivando a diminuição dos efeitos lesivos decorrentes da histórica segregação.
2. A medida necessita que tenha sido precisamente definida para que a ocorrência do objetivo governamental (*precisely tailored*) alcance o devido êxito. De acordo com a Corte norte-americana, o programa implementado pela Universidade não foi precisamente talhado para alcançar o propósito elencado, qual seja: a diminuição das consequências advindas da discriminação.

Ressalte-se a notória divisão da Suprema Corte quanto à decisão do aludido caso, pois juízes como Brennan, White, Marshall e Blackmun apresentaram discordância parcial ao apresentado pelo *Justice Powell*, entretanto estavam vencidos.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 1º ed. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2001. *apud* KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 187.

²⁰⁴ Constata-se que a adoção das cotas suporta duras críticas, tanto doutrinárias, como jurisprudenciais.

²⁰⁵ *Havard University. The Civil Right Project. Overview of Constitutional Requirements in Race-Conscious Affirmative Action Policies in Education*, p. 1. Disponível em: <http://civilrightsproject.ucla.edu/legal-developments/legal-memos/overview-constitutional-diversity-based-admissions.pdf>. Acesso em: 19.01.2017.

Vale consignar que quando o caso Bakke chegou à Suprema Corte norte-americana, a universidade de Havard enviou uma súmula de arrazoados resguardando a ação afirmativa na área de educação. Corroborando com o aludido, tal súmula declarava que a avaliação por meio de testes nunca tinha sido o único critério de admissão. *“Se o desempenho escolar tivesse sido o único e exclusivo critério, ou mesmo o critério predominante, a Universidade de Havard teria perdido grande parte de sua vitalidade e excelência intelectuais (...) e a qualidade de experiência educacional oferecida a todos os alunos teria sido prejudicada.”*²⁰⁶

Evidenciando a preocupação da Univerdade com a diversidade racial e étnica, promovida através dos programas afirmativos.

Ainda acerca da política afirmativa visando a promoção da diversidade, a Suprema Corte²⁰⁷ posicionou-se, contrariando o argumento ostentado pela universidade de Davis:

*“It may be assumed that the reservation of a specified number of seats in each class for individuals from the preferred ethnic groups would contribute to the attainment of considerable ethnic diversity in the student body. But petitioner’s argument that this is the only effective means of serving the interest of diversity is seriously flawed. In a most fundamental sense the argument misconceives the nature of the state interest that would justify consideration of race or ethnic background. It is not an interest in simple ethnic diversity, in which a specified percentage of the student body is in effect guaranteed to be members of selected ethnic groups, with the remaining percentage an undifferentiated aggregation of students. The diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element. Petitioner’s special admissions program, focused solely on ethnic diversity, would hinder rather than further attainment of genuine diversity.”*²⁰⁸

²⁰⁶ SANDEL, Michael J. *justiça: o que é fazer a coisa certa...*, p. 214.

²⁰⁷ *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) 438 U.S. 26, Part V, item A. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/438/265.html#f50>. Acesso em: 19.01.2017.

²⁰⁸ Tradução livre: *“Pode-se supor que a reserva de um determinado número de assentos em cada classe para os indivíduos das etnias preferenciais poderão contribuir para a realização de uma considerável diversidade étnica no corpo discente. Mas o argumento do requerente de que este é o único meio eficaz de servir o interesse da diversidade está seriamente errado. Em um sentido mais fundamental o argumento concebe mal a natureza do interesse do Estado que justifique a consideração da raça ou origem étnica. Não*

Portanto, em 1978, perante o caso Bakke, a Suprema Corte norte-americana evidenciou dificuldades para sustentar um critério de admissão de medidas de ação afirmativa inerente ao curso de medicina da Universidade da Califórnia.

Alfim, foi reconhecido o direito de Bakke de ingressar na Escola de Medicina, sob a alegação do amparo constitucional disposto na Décima Quarta Emenda. Portanto, a Suprema Corte posicionou-se de modo a abranger tanto os favoráveis às ações afirmativas, quanto os que eram contrários, visto que, por um lado, agraciou os opositores das cotas ao manter Bakke na Faculdade e, ao mesmo tempo, evidenciou ponto positivo aos defensores das medidas quando alegou que a raça poderia ser um critério a ser considerado para o ingresso, mas não mediante cotas.²⁰⁹

Entretanto, segundo as críticas sustentados por Menezes²¹⁰, o caso em comento, embora tenha propiciado o fortalecimento de políticas de ação afirmativa na área educacional, deixou alguns pontos vinculados ao tema sem as devidas respostas. As alegações baseiam-se no fato de que a Suprema Corte se restringiu a reconhecer a transgressão de um diploma federal, não analisando a matéria, de modo conclusivo, com base na *equal protection clause*. De forma semelhante, o aludido Tribunal não determinou o padrão judicial que deveria ser utilizado em julgados de casos associados à classificação racial benigna.

2.4. O conceito das ações afirmativas

Preliminarmente, é fundamental explicitar neste itema definição conferida aos programas detentores de condições singulares de acesso a bens fundamentais inerentes a

é um interesse em simples diversidade étnica, em que uma porcentagem especificada do corpo discente em vigor tem a garantia de ser composta por membros de grupos étnicos selecionados, com o percentual restante uma agregação indiferenciada de alunos. A diversidade que promove um interesse público relevante engloba uma gama muito mais ampla de qualificações e características de que a origem racial ou étnica é, portanto, um único mas importante elemento. O programa especial de admissão do peticionário, focado exclusivamente em diversidade étnica, iria dificultar ao invés de ampliar a realização da diversidade genuína.”

²⁰⁹ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 191.

²¹⁰ Acrescenta ainda que, dentre os cinco Ministros responsáveis pela avaliação da questão sob o aspecto constitucional, quatro propuseram a aderência ao padrão intermediário (*intermediate standard of review*), ao passo que Powell foi o único a entender como adequado o uso do exame rigoroso (*strict scrutiny*), sempre que houvesse discussão de algum caso englobando classificação racial. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 105, 106.

determinados indivíduos. A seguir, vislumbraremos diversos conceitos²¹¹ propostos pela doutrina, como também mediante atos normativos, embora lacônicos diante da amplitude que circunda os elementos do instituto que versam acerca da ação afirmativa, onde, ressalte-se, vige parcela significativa da discussão nela travada.

Ademais, embora o tema em comento tenha sido repisado, numa perspectiva diacrônica, cumpre enfatizar que, nos Estados Unidos, as ações afirmativas surgiram visando implementar um artifício emergencial de inclusão social das categorias minoritárias, historicamente discriminadas de modo cruel e subjugadas à margem da sociedade, bem como almejando solucionar os inúmeros conflitos sociais que se dissipavam pelo país durante a década de 60²¹².

Segundo Paulo Lucena de Menezes²¹³, apesar das incontáveis divergências existentes, os elementos que definem a ação afirmativa vinculam-se aos registros doutrinários; as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário dos países que adotaram estas políticas; as manifestações oriundas do Poder Executivo, especialmente nos Estados Unidos, e os escassos textos constitucionais que abordam, de modo expresso, a questão.

Hodiernamente, tais mecanismos enquadram-se como amparo e resposta contra a discriminação, proporcionando maior igualdade material aos integrantes de determinados grupos, bem como o legítimo acesso a bens fundamentais e, efetivamente, “*devolvendo-lhes*”, muitas vezes, o direito e a dignidade de exercer a cidadania que lhe é inerente, como qualquer outro cidadão.

Assim, partindo das premissas expostas, as políticas de ação afirmativa apresentam-se sob diversas acepções,²¹⁴ espalhadas pelo mundo, entretanto, partilham do

²¹¹ Segundo Paulo Lucena de Menezes, a identificação do próprio significado do termo sugere controvérsias, pois além de englobar elevado número de diferentes práticas, foi no passado empregado com diversas conotações. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 27. Em sentido semelhante, Sowell menciona que “*a própria expressão “ação afirmativa” significa coisas diferentes em ocasiões distintas.*” SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Um Estudo Empírico Sobre Cotas e Grupos Preferenciais...*, p. 162.

²¹² Corroborando com o exposto, Bowen e Bok mencionam que a ação afirmativa “*também foi inspirada pelo reconhecimento de que o país tinha necessidade premente de negros e hispânicos cultos, que pudessem assumir papéis de lideranças em suas comunidades e em todas as nuances da vida nacional*”. BOK, Derek; Bowen, William G. *The Shape of the River*. p. 156 *apud* Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p. 559.

²¹³ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 27 a 29.

²¹⁴ “*Hoje em dia, são os programas para os menos afortunados que recebem a denominação de ação afirmativa nos Estados Unidos, ou são chamados de “discriminação positiva” no Reino Unido e na Índia, “padronização” no Sri Lanka, “reflexos do caráter nacional” na Nigéria e preferência aos “filhos da terra” na Malásia e na Indonésia, bem como em alguns estados da Índia.*” *Além dos países supramencionados, existem, igualmente, grupos preferenciais e cotas em Israel, China, Austrália, Brasil,*

mesmo alicerce, qual seja: a condição social hodierna de determinada nação ou a carga histórica que lhe é peculiar, propiciando a “*punição*” por acontecimentos protagonizados por seus predecessores²¹⁵. A seguir, analisaremos alguns dos diversos registros de ordem doutrinária e normativa que versam acerca do aludido tema.

Joaquim B. Barbosa Gomes²¹⁶ explica que “*Ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.*”²¹⁷

O renomado jurista aduz, ainda, que tais políticas pressupõem a existência de desigualdades fáticas parciais que afetam determinado grupo social. Evidenciam, ainda, uma decisão política de superação ou atenuação dessas dificuldades, *um modèle de société, un choix politique*²¹⁸.

Sob uma ótica acadêmica, pode ser, também, utilizado o entendimento ofertado por José Claudio Monteiro²¹⁹:

“[...] ação afirmativa é uma forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciadores de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre elas.”

Ilhas Fiji, Canadá, Paquistão, Nova Zelândia e nos países sucessores da União Soviética.” SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Um Estudo Empírico Sobre Cotas e Grupos Preferenciais...*, p. 14.

²¹⁵ “Weisskopf claims that affirmative action preferences are seen as compensating [...] for a history of mistreatment and discrimination on the part of whites.” Tradução livre: “Weisskopf afirma que as políticas de ação afirmativa visam compensar [...] uma história de maus tratos e discriminação por parte dos brancos. Ovihegan, Samson K. *Faces of Discrimination in Higher Education in Índia: Quota policy, social and the Dalits*. Routledge. New York. 2015. p. 5. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=k7-gBgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 19.01.2017.

²¹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 40 *apud* BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Ações Afirmativas*. LTR Editora. 2016. p. 63.

²¹⁷ Corroborando com o supramencionado, cabe elucidar que as razões invocadas para a discriminação – raça, gênero e origem nacional – englobam rol exemplificativo, visto que se adequam ao caso concreto explicitado, não desprezando as demais modalidades discriminatórias.

²¹⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 38. n. 151. pp. 129-151, jul./set/ 2001, p. 146 *apud* CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. São Paulo. 2011. p. 76.

²¹⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Ações Afirmativas*. LTR Editora. 2016. p. 63.

De forma, sucinta, mas não menos relevante, Myrl Duncan externou que uma ação afirmativa vincula-se a “[...] um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual.”²²⁰

Outra definição é a que assegura Paulo Lucena de Menezes²²¹. Contemplemos:

“Ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas.”

De modo mais elaborado, Sidney Pessoa Madruga da Silva²²² menciona que:

“(...) pode-se conceituar a discriminação positiva como políticas, de caráter temporário ou definitivo, concebidas tanto pelo poder público como pela iniciativa privada, de forma compulsória ou voluntária, direcionadas para uma determinada parcela da população excluída socialmente, em função de sua origem, raça, cor, gênero, compleição física ou mental, idade, etnia, opção sexual, religião, ou condição econômico-social, as quais objetivam corrigir ou, ao menos, minimizar as distorções ocorridas no passado e propiciar a igualdade de tratamento e de oportunidades no presente, em especial as relacionadas às áreas da educação, da saúde e do emprego.”

No mesmo sentido, Kaufmann²²³ conceituou as ações afirmativas como:

²²⁰ DUNCAN, Myrl L. The future of affirmative Action: a Jurisprudential/legal cri Havad Civil Rights. *Civil Liberties Law Review*. Cambridge: Cambridge Press. p. 503 *apud* LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Políticas Afirmativas nas Universidades Brasileiras como Fator de Integração Étnico-Racial. *Direitos Humanos, democracia e justiça social: Uma homenagem à Professora Eunice Prudente – Da militância à academia*. Editora Letras Jurídicas: São Paulo. 2017. p. 144.

²²¹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 27.

²²² MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 62.

²²³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 220.

“(...) um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diferentes níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social. Procura-se, com tais programas positivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade.”

O Ministro Ricardo Lewandowski²²⁴, por sua vez, esposou entendimento no sentido de que *“a discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade.”* Sendo, portanto, plenamente legítima, pois configura-se como um instrumento para obtenção da igualdade real.

Ainda em relação à definição, o artigo 2º, II, da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1969, menciona ações afirmativas como:

“(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.”

Já o artigo 5º da Diretiva 2.000/43/CE, do Conselho da União Européia, ressalta:

“A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou aprovem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica.”

²²⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Compatibilidade do sistema de reserva de cotas étnico-raciais nas universidades públicas com a Constituição de 1988...*, p. 126.

Corroborando com o supracitado, como repisado, a gênese da controvérsia atrela-se à própria definição do tema em comento, pois diversos autores ostentam opiniões diametralmente opostas, ensejando incessantes debates acerca dos elementos que circundam as políticas afirmativas, por exemplo, quanto aos destinatários; a obrigatoriedade do aspecto temporal diante da perpetuação, em determinados casos; a análise quanto à iniciativa política, se eminentemente pública ou também privada, etc, evidenciando ampla conceituação, entretanto carente em completude e consenso doutrinário.

Portanto, compilando os elementos retromencionados, destacam-se como primaciais desdobramentos norteadores das ações afirmativas os seguintes aspectos:

I – iniciativa: as ações discriminatórias de natureza positiva são aplicadas, comumente, pela esfera governamental, não excluindo as iniciativas oriundas da iniciativa privada;

II – compulsoriedade ou facultatividade: em regra, as políticas afirmativas são efetivadas mediante a discricionariedade perante a persecução das finalidades constitucionalmente estabelecidas, entretanto, medidas de ações afirmativas obrigatórias são plenamente aplicáveis²²⁵.

III – modus operandi: é cediço que as ações afirmativas visam, essencialmente, alcançar a inclusão social mediante a concessão de um tratamento jurídico desigual destinado aos grupos estigmatizados;

IV– destinatários: tem-se como pressuposto que o grupo beneficiado através da ação afirmativa não ostenta uma posição dominante, sendo reconhecida a existência, contra ele, de algum tipo de desvantagem ou discriminação²²⁶. O artigo 27 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966²²⁷, especificou, pioneiramente, os direitos conferidos às minorias. Ademais, segundo

²²⁵ Artigo 37, VIII, da Constituição Federal: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 27.01.2017.

²²⁶ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 34.

²²⁷ Artigo 27, Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Religiosos: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.” Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 27.01.2017.

*o artigo 170, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil*²²⁸, *pessoas jurídicas podem, igualmente, ser objeto de tratamento diferenciado, pois tal dispositivo estabelece condições favoráveis às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país*²²⁹.

V – fornecimento de tratamento benéfico a determinados grupos: as políticas afirmativas visam, essencialmente, combater os atos discriminatórios embasados na origem, raça, cor, sexo, etc, além de almejar corrigir ou amenizar os efeitos da discriminação praticada no passado que assolam o presente;

VI – universalidade da igualdade real: objetiva-se, mediante tratamento desigual, propiciar a determinados indivíduos, de modo mais equitativo, reais condições de acesso aos bens fundamentais, ocasionando, portanto, a efetivação da igualdade material, relativizando o seu aspecto jurídico formal, tornando-os aptos a conviver e competir socialmente;²³⁰

VII – acesso a bens fundamentais: o objetivo primacial das discriminações positivas vincula-se a concretização da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego, em virtude das assimetrias que se perenizam nas classes sociais, seja na área educacional, seja perante o mercado de trabalho;

VIII – caráter temporário ou permanente: a regra é a implementação de programas afirmativos detentores de caráter temporário, mas devem considerar exceções. O tratamento desigual impingido socialmente, em regra, permanecerá até que os desequilíbrios que propiciaram tal desigualização sejam sanados, podendo, inclusive

²²⁸ Artigo 170, IX, Constituição da República Federativa do Brasil: “*tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.*” *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27.01.2017.

²²⁹ Estabelece, em sentido semelhante, o artigo 44 da Lei 123/06: “*Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. §1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. §2º Na modalidade pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.*” *Lei complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 27.01.2017. Cf *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 27.01.2017.

²³⁰ Impende a observância da constatação consagrada por Menezes: “*(...) os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção de distorções sociais.*”²³⁰ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 29.

nunca se concretizar, a exemplo das políticas afirmativas indianas que perduram até a atualidade, conforme vislumbrado alhures. “(...) Portanto a temporariedade, ou não, de certas medidas, integra o conceito das ações afirmativas (...)”²³¹, contrariando alguns autores²³² que enquadram as ações afirmativas apenas como um instrumento de caráter temporário. Ressalte-se o benefício permanente conferido constitucionalmente aos deficientes físicos.²³³

Perante este assunto polêmico²³⁴ e controverso²³⁵, subscrevo o entendimento de que as ações afirmativas²³⁶ enquadram-se como políticas públicas²³⁷ ou privadas, em regra, temporárias, que visam promover a inclusão social, política e econômica dos grupos considerados minoritários e vulneráveis, propiciando reais e dignas oportunidades aos vitimados por perniciosa discriminação, supedaneada, dessarte, em particularidades imanentes a própria natureza humana, haja vista que, cidadãos são malferidos por estigmas

²³¹ Madruga destaca também que “(...) é bastante questionável propor que todas as espécies de ações afirmativas sejam implementadas em “caráter temporário”, à medida que, assim considerando sem exceções, deixará de contemplar certas parcelas significativas da sociedade, como os índios, quilombolas e ciganos, cujas peculiaridades culturais e socioeconômicas demandam um constante acompanhamento e mudanças de estratégias e políticas dos órgãos governamentais. (...)”MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 266.

²³² Cf. VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 29. Cf. KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 220.

²³³ Segundo David Gluck é preciso realizar uma distinção entre ações positivas e medidas de igualação positiva. As primeiras deveriam ser utilizadas para os grupos determinados, os beneficiários seriam os membros daquele grupo, sem se perquirir se, de fato, seriam carecedores de medidas benéficas. Já as medidas de igualação positiva apenas poderiam ocorrer para a pessoa individualmente considerada que demonstrasse a necessidade de ter um tratamento diferenciado, como por exemplo, os deficientes físicos, dependendo do grau de deficiência que cada um ostenta. GLUCK, David Gimenez. *Una Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*. Valencia: Tirant lo blanch. 1999. p. 57 e ss *apud* KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 220.

²³⁴ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 27.

²³⁵ Qualquer país que seja detentor de políticas prioritárias para determinados grupos ou que estabeleça discriminações positivas, fatalmente enfrentará opiniões diametralmente opostas, ou seja, vasta aceitação ou forte argumentos contrários às ações afirmativas.

²³⁶ São utilizadas duas designações: ação afirmativa e discriminação positiva. A primeira é a tradução para o português da denominação preferencialmente utilizada nos Estados Unidos (*affirmative action*), e a segunda, utilizada na Europa. Ressalte-se que quanto à última, o vocábulo discriminação é detentor de conotação negativa, externando a ideia de preconceito, podendo ocasionar um entendimento errôneo. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Ações Afirmativas...*, pp. 62, 63.

²³⁷ São políticas públicas, pois “[...] iniciam-se na formulação das decisões, na priorização dos problemas sociais a serem enfrentados e na busca de soluções (planejamentos, programações, e atos normativos, etc.) [...]”PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Experiências integradoras que o Brasil já conheceu: uma análise jurídica sobre a exclusão social dos afro-descendentes numa ordem constitucional integradora.* DURHAM, Eunice R.; BORI, Carolina M. (Org.). *Seminário: O negro no Ensino Superior*. São Paulo: Núcleo de pesquisas sobre Ensino Superior. 2003, p. 104 *apud* CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 76.

inquebrantáveis, perenizados ao longo do tempo, *sic et simpliciter*, em decorrência da herança dos seus predecessores, origem, cor, raça, sexo, gênero, enfim, eis o *busílis* da questão,

CAPÍTULO III - AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

3.1. Fundamentos das ações afirmativas

Hodiernamente, há maior amplitude acerca das justificativas quanto ao tratamento diferenciado conferido a determinados grupos, haja vista o entendimento de que os programas afirmativos almejam, independentemente das causas responsáveis pela atribuição dos esteriótipos negativos, não apenas eliminar os atos discriminatórios ocorridos no passado, mas promover “*uma maior diversidade social, mediante a ascensão e o fortalecimento de grupos sub-representados na sociedade (...)*”²³⁸

É consabido que as ações afirmativas visam, essencialmente, propiciar a igualdade de oportunidades através da inclusão social entretanto, a implementação de tratamentos jurídicos desiguais requer efetiva justificação, de modo a alcançar a modificação da consciência global. Em decorrência do exposto, vige diversos debates abrangendo justificativas acerca da utilização, acertada ou não, das referidas medidas.

Assim, as motivações conferidas às ações afirmativas apresentam-se intimamente atreladas ao princípio da igualdade e a sua conseqüente concretização: justiça social. Este é o epicentro da questão em tela, pois indaga-se quanto a caracterização da sua natureza jurídica, se como uma forma de justiça compensatória ou distributiva. A seguir analisaremos se guarda equivalência com uma medida de caráter compensatório, ou, se diametralmente, se encontra sob os auspícios da distribuição de oportunidades para uma camada desfavorecida socialmente.²³⁹

²³⁸ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 34.

²³⁹ Acrescenta Daniel Sarmiento que diversos são os fundamentos constitucionais e filosóficos que justificam a adoção das políticas de ação afirmativa, mas os mais relevantes são relativos à justiça compensatória, à

A justiça compensatória atrela-se a ideia de que as ações afirmativas visam ressarcir determinados indivíduos estigmatizados socialmente, como negros, deficientes físicos e mulheres, em virtude dos danos protagonizados pela classe dominante, restabelecendo a igualdade. Ou seja, o objetivo central é compensar os efeitos das práticas segregacionistas debilitantes, ocorridas no passado, por intermédio dos seus predecessores. À guisa de exemplo, políticas de admissão sensíveis à raça objetivam a compensação dos perversos danos sofridos durante os períodos escravagistas que, até os dias atuais, embasam atos discriminatórios em decorrência da cor da pele.²⁴⁰

Assim, “[...] justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado.”²⁴¹

justiça distributiva, à promoção do pluralismo e diversidade e ao fortalecimento da identidade e auto-estima do grupo favorecido. SARMENTO, Daniel. *Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais nos Concursos do Ministério Público: o papel do CNMP*. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/22-politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp/politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 03.04.2017.

²⁴⁰ O projeto de Lei nº 3.198/2000, de autoria do deputado e atual Senador da República, Paulo Paim, é um típico exemplo da tentativa de se implementar a teoria da justiça compensatória no Brasil. Trata-se da previsão de diversas formas de reparação, dentre elas uma compensação pecuniária a ser paga a todos os descendentes de escravos do Brasil, cujo valor corresponde a R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais). Assim, o projeto, em seu capítulo III – Do direito à indenização aos descendentes afro-brasileiros, prevê: “*Art.14. O resgate da cidadania dos descendentes de africanos escravizados no Brasil se fará com providências educacionais, culturais e materiais referidas na presente lei. §1º A União pagará, a título de reparação, a cada um dos descendentes de africanos escravizados no Brasil o valor equivalente a R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais). §2º Terão direito a este valor material todos os descendentes de africanos escravizados no Brasil nascidos até a data de publicação da presente lei. §3º O Governo, na esfera federal, estadual e municipal, assegurará a presença do descendente de africano nas escolas públicas, em todos os níveis. §4º. O Governo providenciará políticas compensatórias para os descendentes de africanos escravizados, executando a declaração das terras remanescentes de quilombos reforma nos currículos, assegurando políticas de emprego, direito a imagem e acesso a mídia, assim realizando políticas habitacionais em centros urbanos.*” Projeto de Lei nº 3.198, de 2000. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0176829483E416893AE4C79C5C53D22B.node2?codteor=983438&filename=Avulso+-PL+3198/2000 Acesso em: 03.04.2017. Entretanto, vale consignar que o dispositivo foi excluído do texto final, sendo o projeto devidamente aprovado e promulgado, mediante a Lei 12.288, de 20 de Julho de 2010, responsável por instituir o Estatuto da Igualdade Racial. Além das diversas lacunas existentes, merece destaque a indenização proposta, totalmente desarrazoável, visto que ocasionaria “(...) a quebra de, pelo menos 7 Tesouros brasileiros, isto porque, segundo os dados do Censo de 2000, os afro-descendentes se constituem em 44% da população, o que em termos absolutos significa, aproximadamente, 75 milhões de pessoas. A indenização proposta por Paulo Paim simplesmente atingiria um montante de 7.650.000.000.000, ou seja, 7 trilhões e 650 milhões de reais. Ora, considerando que o Produto Interno Bruto no Brasil está na ordem de 1 trilhão, seria preciso unir a riqueza de sete países do porte do Brasil para poder saldar a dívida (...)” KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira...*, p. 222.

²⁴¹ BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p. 64 *apud* BELISÁRIO, Bethânia Silva. *Políticas de Ação Afirmativa e o Direito Fundamental à igualdade: O Sistema de Cotas Raciais para o Ingresso de Negros no Ensino Superior Brasileiro*. Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vitória. 2007. p. 64.

A corrente relativa à justiça em comento, em regra, é levantada pelos contrários às ações afirmativas. Kaufmann²⁴², por exemplo, posiciona-se destacando que o problema de se adotar a teoria da justiça compensatória visando justificar a imposição de políticas afirmativas racialistas reside no fato de que afigura-se deveras difícil responsabilizar os brancos descendentes daqueles que, no passado, praticaram a escravidão. Ademais, a aludida autora destaca, ainda, que em um país miscigenado como o Brasil, é praticamente impossível identificar os reais beneficiários do programa compensatório.²⁴³

Ressalte-se que para a adoção das políticas afirmativas, os fatos supramencionados devem ser observados, do contrário poderá ocasionar uma discriminação reversa contra aqueles enquadrados como não beneficiados pela medida.²⁴⁴

Paulo Lucena de Menezes, por sua vez, assegura que esse tipo de abordagem é bastante rígida na medida em que restringe, de forma substancial, os agentes envolvidos no processo, sendo utilizada com maior frequência por aqueles que são contra o emprego ou até mesmo a ampliação das políticas de ação afirmativa. Segundo o autor, as discriminações existentes não se limitam apenas a atos isolados, nem se direcionam

²⁴² KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. A Desconstrução do Mito da Raça e a Inconstitucionalidade de Cotas Raciais no Brasil. in *Revista Direito Público*. n.36. nov-dez/2010, p. 23.

²⁴³ Partilhando do mesmo entendimento, Fiscus, constitucionalista norte-americano, aduz: “*Mais especificamente, há duas objeções relacionadas ao argumento da justiça compensatória para as ações afirmativas. Elas são fundamentadas nos princípios complementares de que a compensação deveria ser paga à pessoa prejudicada e de que deveria ser paga por aquele que ocasionou o dano. Programas de ações afirmativas baseados na justiça compensatória fracassam, pelo primeiro princípio, de várias maneiras. Sustentar que os descendentes de milhões de negros lesionados ao longo de nossa história têm direito à compensação, pelo prejuízo ocasionado aos seus ancestrais em um passado longínquo, é violar o primeiro princípio da justiça compensatória, que os sujeitos da compensação sejam aqueles verdadeiramente prejudicados. [...] Justificar ações afirmativas em termos de justiça compensatória é uma opção extremamente infeliz. Essa justificativa é problemática, nestes casos, e suas vulnerabilidades foram agarradas pelos críticos – inclusive, e talvez de modo mais importante, pelos Justices da Suprema Corte – para desacreditar as ações afirmativas. Argumentos de justiça compensatória, no contexto das ações afirmativas, vão de encontro à nossa forte e arraigada oposição geral às responsabilidades de grupo e aos direitos de um grupo – castigando ou recompensando um indivíduo simplesmente porque ele ou ela pertence a um determinado grupo.*” FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Edited by Stephen L. Wasby; Foreword by Stanley Fish. Durham and London: Duke University Press. 1992. pp. 9 e 10. Tradução Livre *apud* KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. A Desconstrução do Mito da Raça e a Inconstitucionalidade de Cotas Raciais no Brasil..., pp. 23, 24.

²⁴⁴ “[...] para que a ação afirmativa não represente uma discriminação reversa contra aqueles não abrangidos pela política de favorecimento adotada, é imprescindível, de um lado, que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados e, de outro, que apenas as vítimas reais – reconhecidas individualmente – sejam de alguma forma ressarcidas e, ainda assim, de maneira proporcional aos danos sofridos. Caso contrário, argumenta-se, essas políticas seriam injustas, pois elas não reparariam atos específicos de discriminação, mas beneficiariam certos grupos (aqueles contemplados pela ação afirmativa) que não são necessariamente compostos pelas vítimas desses atos discriminatórios, às expensas de outros grupos (não contemplados pela ação afirmativa), que são formados, na sua imensa maioria, de pessoas inocentes, isto é, de indivíduos que não foram (ou são) responsáveis pela discriminação em foco.” MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 35.

somente a um número determinado de pessoas, pois representam um processo sistemático que atinge a todos os indivíduos que estão inseridos nas classes discriminadas (negros), embora em distintos graus, pelo que não se torna obrigatória a individualização das vítimas nem dos agressores.²⁴⁵

Daniel Sarmiento também evidencia entendimento semelhante ao afirmar que “a alegação da injustiça da compensação se lastreia em uma premissa excessivamente individualista, ignorando a possibilidade da existência de relações entre grupos, podendo, inclusive, assumir uma dimensão intergeracional e propiciar margem ao surgimento de direitos coletivos a medidas reparatórias. Devido o exposto, (...) o argumento de justiça compensatória representa, no mínimo, uma razão coadjuvante para a adoção das medidas de discriminação positiva.”²⁴⁶

É inegável o forte traço compensatório peculiar às ações afirmativas, pois objetivam amenizar os efeitos decorrentes de um passado discriminatório e degradante que assolam determinados indivíduos até os dias atuais. No entanto, diante do fundamento da justiça compensatória a dificuldade reside “(...) seja por tornar o montante exorbitante e impossível de ser conseguido, seja pela dificuldade em se saber quais são os reais beneficiários das indenizações e, portanto, das políticas em questão.”²⁴⁷

Flávia Piovesan²⁴⁸ alerta que tais medidas devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo, no sentido de significarem uma compensação a um passado discriminatório, mas também pelo prisma prospectivo, no sentido de evidenciarem elevado grau de potencialidade para uma transformação social includente.

Por outro lado, a justiça distributiva compreende que a utilização das ações afirmativas está associada a distribuição equânime dos bens escassos socialmente. Alguns doutrinadores compreendem que desigualdades sem quaisquer justificativas na sociedade e na distribuição de justiça justificam a implementação das políticas afirmativas. Deste modo, segundo Munanga²⁴⁹, enquadra-se como justiça voltada para o presente.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 35, 36.

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais nos Concursos...*, pp. 10, 11.

²⁴⁷ BELISÁRIO, Bethânia Silva. *Políticas de Ação Afirmativa e o Direito Fundamental à igualdade...*, p. 67.

²⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, pp. 185, 190.

²⁴⁹ “Portanto, a luta é contra este presente concreto, atual, cotidiano, visível e comensurável e não contra um passado sobre o qual as novas gerações conhecem pouco ou mal através de manuais de história.” MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In: (Org.). *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1996. pp. 81, 82 *apud* CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 88.

Dentre os autores que defendem que a política de ação afirmativa é detentora de notório caráter distributivo estão Ronald Dworkin e John Rawls.

Rawls²⁵⁰ assevera que o epicentro da justiça distributiva encontra-se na escolha de um sistema social, devendo este ser estruturado de modo que a distribuição ocorra de maneira justa. Analisemos:

“The main problem of distributive justice is the choice of a social system (...) To achieve this end it is necessary to set the social and economic process within the surroundings of suitable political and legal institutions (...) First of all, I assume that the basic structure is regulated by a just constitution that secures the liberties of equal citizenship (...) I assume also that there is fair (as opposed to formal) equality of opportunity. This means that in addition to maintaining the usual kinds of social overhead capital, the government tries to insure equal chances of education and culture for persons similarly endowed and motivated (...) It also enforces and underwrites equality of opportunity in economic activities and in the free choice of occupation.”²⁵¹

Outrossim, em conformidade com o entendimento de Ronald Dworkin²⁵², as ações afirmativas objetivam amenizar a existência das desigualdades sociais, principalmente aquelas vinculadas à distribuição do poder e da riqueza. Deste modo, os “danos” sofridos pelos não beneficiados pelas políticas afirmativas devem ser suportados e são justificáveis pelo fato de culminar na distribuição da justiça, produzindo benefícios para a sociedade em sua totalidade:

²⁵⁰ RAWLS, John. A Theory of Justice. Revised Edition. Harvard University Press. 2003. p. 242, 243 *apud* MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 95.

²⁵¹ Tradução livre: “ O maior problema da justiça distributiva é a escolha do sistema social (...) Para alcançar este fim é necessário observar o processo econômico e social no âmbito de instituições políticas e legais adequadas (...) Inicialmente, devo assumir que a estrutura básica é regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades da cidadania igualitária (...) Devo assumir também que é justo (como opor-se ao formal) igualdade de oportunidades. Isso significa que, em adição para manter tipos usuais de sobrecarga do capital social, que o governo tenta garantir oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas igualmente “dotadas” e motivadas (...) também impõe e reforça a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e a livre escolha de ocupação.”

²⁵² DWORKIN, Ronald. The case against color-blind admissions, in *The New York Review of Books*, pp. 2, 3. Disponível em: www.nybooks.com/articles/archives/2012/dec/20/case-against-color-blind-admissions/?pagination=false&printpage=true. Acesso em: 24.03.2017.

*“(...) universities should be able to argue that the black candidates that they consider to be better educated and more promising are especially valuable for securing the prospect Verrelli described, of making the American community socially and economically as well as legally more integrated by providing more minority graduates of prestigious universities who will occupy visible places of importance.”*²⁵³

Entretanto, Dworkin, através da teoria da igualdade de recursos, visa suplantar os empecilhos não superados por John Rawls²⁵⁴.

Segundo o jusfilósofo norte-americano, a sua teoria da igualdade de recursos, sensível as diferenças quantitativas, visa encontrar um ideal de igualdade distinto das teorias da igualdade de bem-estar – criticando a visão utilitarista de justiça, que tem a igualdade como resultado do bem-estar das pessoas, pois não pode ser critério único para uma análise social bem sucedida -, sob a alegação de que é necessária uma teoria assim *“para explicar por que a posição original é um dispositivo útil – ou um dos inúmeros dispositivos úteis – para se analisar o que é justiça.”*²⁵⁵

Assim, a sua teoria acerca da igualdade e distribuição de recursos alicerça-se em dois fundamentos: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial. O primeiro vincula-se a um ponto de vista objetivo, o de que a vida humana seja bem-sucedida e não desperdiçada. Não trata-se da igualização dos seres humanos, equitativamente racionais ou bons, ou do fato de que as vidas que geram sejam igualmente valiosas, mas evidencia a ideia de que os indivíduos não devem ter comportamentos igualitários perante todos. O segundo trata-se da responsabilidade, especial e final, que cada indivíduo carrega perante o sucesso, ou seja, vincula a escolha ao comprometimento, quando admite que a justiça se concretiza mediante a opção de cada indivíduo²⁵⁶.

Conforme o exposto, a escolha, como princípio fundamental, objetiva elucidar o que, efetivamente deve ser distribuído socialmente com o fim de retratar as escolhas das

²⁵³ Tradução Livre: *“(...) As universidades devem ser capazes de argumentar que os candidatos negros que eles consideram ser mais instruídos e mais promissores são especialmente valiosos para garantir a perspectiva Verrelli descrita, de fazer a comunidade americana socialmente e economicamente, assim como legalmente mais integrada, proporcionando mais graduados minoritários de universidades de prestígio que ocuparão lugares visíveis de importância.”*

²⁵⁴ Dworkin, Ronald. *The Original Position*. p. 500. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3769&context=uclrev>. Acesso em: 15.01.2017.

²⁵⁵ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p.156.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

partes envolvidas. Permite, ainda, uma apreciação quanto a relação entre a igualdade e a liberdade perante a distribuição das riquezas. Dworkin, objetiva, portanto, evidenciar que uma distribuição análoga de riquezas não poderá ser, necessariamente, constatada como uma distribuição justa. Já a responsabilidade se enquadra como um princípio relacional onde, cada indivíduo responsabiliza-se pelo sucesso inerente a sua própria vida. Enquanto isso, ao governo, cabe a criação dos mecanismos que propiciem aos cidadãos a concretização dos objetivos advindos dos planejamentos e opções disponíveis²⁵⁷.

Corroborando com o aludido, Roberta Kaufmann aduz:

*“(...) por meio da teoria distributiva, há um redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos. O Estado age de forma interventiva para poder garantir a efetivação do princípio da igualdade, porque, se nada for feito, as barreiras impostas pelo preconceito e pela discriminação dificilmente permitiriam a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias.”*²⁵⁸

Nessa vertente, constata-se que a ação afirmativa é um forte mecanismo de inclusão social, capaz de propiciar o bem estar coletivo, ainda que em detrimento de alguns, mas devendo ser suportado em virtude de um bem maior: a elevada igualdade social.

Alfim, mesmo diante da imensa divergência doutrinária que engloba os argumentos inerentes às justiças compensatória e distributiva, não constata-se impedimento algum quanto a junção de ambas as teorias, pois, assim como compreende Sidney Madruga²⁵⁹, a discriminação positiva abrange dois critérios não excludentes, isto é, o caráter compensatório e, ao mesmo tempo, redistributivo. Deste modo, diante das suas singularidades, uma complementar a outra, visto que a implementação das políticas de ações afirmativas caracterizam-se tanto pela compensação das iniquidades ocorridas no

²⁵⁷ Ademais, almejando demonstrar a aplicabilidade da sua teoria em sociedade, baseada na igualdade de recursos, Dworkin criou um exercício deliberadamente artificial a ser analisado, qual seja: Teste de cobiça ou *envy teste*. OLIVEIRA, Fábio Alves Gomes de. *Justiça e Igualdade em Ronald Dworkin: o leilão hipotético e a divisão igualitária de recursos*. p. 25, 26. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano2_04/1_Oliveira.pdf. Acesso em: 15.01.2017.

²⁵⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira...*, p. 225.

²⁵⁹ MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 266.

passado, as quais assolam negativamente, em diversos aspectos, a vida de determinados indivíduos, quanto pela necessidade de distribuição de oportunidades de modo igualitário, capaz de proporcionar a inclusão daqueles que vivem à margem da sociedade.

3.2. Objetivos das ações afirmativas

As ações afirmativas vinculam-se, notadamente, a efetiva concretização do direito a igualdade diante dos excluídos em sociedade, amparadas constitucionalmente e em diversos outros dispositivos normativos. Assim, objetiva-se conferir tratamento igualitário, atacando as disformidades sociais e econômicas refletidas ao longo do tempo, seja de modo a reverter o estigma associado aos negros ou quanto ao necessário estímulo a diversidade, eliminando a prevalência de raças, etnias, gêneros, etc em detrimento dos segregados, ocasionando, conseqüentemente, a almejada justiça.

Inicialmente, releva destacar que Rawls, considera o princípio da igualdade perante os bens básicos bem distribuídos, expressando, em sua teoria, um ideal de sociedade embasada em dois princípios, quais sejam:

*“First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others.
Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.”*²⁶⁰

Acrescenta, ainda, uma concepção especial de justiça. Analisemos:

²⁶⁰ RAWLS, John. *A Teory of Justice*. Revised Edition. Havard University Press, 2003, p. 53. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=kvpby7HtAe0C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Acesso em: 15.01.2017. Tradução livre: *“Primeiro: Cada pessoa deve ter direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas, que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de modo a serem, ao mesmo tempo (a) consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.”*

*“All social values – liberty and opportunity, income and wealth, and the social bases of self-respect are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone’s advantage”.*²⁶¹

Em conformidade com o surpamencinado, o mesmo autor alega que a injustiça nada mais é do que as desigualdades que não beneficiam a todos.

Portanto, Rawls, antiutilitarista²⁶², considera inaceitável prerrogativas de interesse geral em detrimento dos individuais, visto que embasa-se em princípio moral vinculado a distribuição justa de valores.

Outrossim, conforme o entendimento de Joaquim Barbosa Gomes,²⁶³ a adoção dos instrumentos de cunho *“afirmativo”* se justifica sob o argumento de que a discriminação não será combatida apenas através da imposição de normas proibitivas, mas se concretizará mediante a promoção de efetiva observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de modo a transformar o comportamento e a mentalidade popular, sendo esses moldados pela tradição, costumes, enfim, pela história.

Segundo a classificação elaborada pelo célebre jurista, além do imprescindível ideal de efetivação da igualdade de oportunidades, dentre os objetivos almejados com as políticas afirmativas figuram os seguintes:

1. Cultural, pedagógico e psicológico: objetivando *“(...) introduzir 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, do homem em relação a mulher.”* Assim, simbolizam, de um lado, o reconhecimento oficial da persistência e da perpetuação das práticas discriminatórias e da

²⁶¹ Tradução livre: *“Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases de auto-respeito – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual desses valores seja vantagem para todos.”*

²⁶² A teoria do utilitarismo objetiva a maior felicidade, não do próprio agente, mas para a maior quantidade de pessoas envolvidas *“the greatest happiness for the greatest number”*, justificando restrições das liberdades individuais. Também defende-se a nobreza de caráter, examinada e classificada conforme a extensão dos seus efeitos ao bem comum. BRYCH, Fábio. *Ética utilitarista de Jeremy Bentham*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=155. Acesso em: 15.01.2017.

²⁶³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ*, 24. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 15.01.2017.

necessidade de sua eliminação. De outro, visam alcançar objetivos de natureza cultural que delas decorrem “a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade.”

2. Psicológicos, culturais e comportamentais: As ações afirmativas visam não apenas tolher a discriminação do presente, mas eliminar os efeitos persistentes oriundos da discriminação do passado, que tendem a se perenizar.

“3. Diversidade e representatividade: configura-se, também, como meta a implementação de uma certa “diversidade” e de uma mais ampla representatividade dos grupos minoritários perante os diversos âmbitos da atividade pública e privada.”

Em consonância com o exposto, além da diversidade e representatividade, o efeito mais notório que extrai-se dessas políticas é a possibilidade de *“eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los.”*

Conclui, acrescentando que a criação das “personalidades emblemáticas” configura-se como um *“mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente”*, ou seja, o caráter de exemplaridade que, essencialmente, deve alicerçar as ações afirmativas, possui imensa eficácia de transformação social, reverberando reflexos positivos em toda a nossa plural nação.

Ainda acerca dos efeitos da discriminação positiva, quanto a promoção da diversidade e conseqüente alcance da justiça, neste caso, racial, diante da realidade universitária americana.

Dworkin²⁶⁴ acrescenta:

“Além de irônico, será triste se a Corte inverter agora seu veredicto tão antigo, pois acabaram de tornar-se disponíveis provas impressionantes do valor da ação afirmativa nas instituições universitárias de elite. Os críticos da política há muito argumentam que, entre outras coisas, ela faz mais mal do que bem, pois exacerba, em vez de reduzir, a hostilidade racial, e porque prejudica os alunos oriundos de minorias que

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude Soberana...*, pp. 582-583.

são selecionados para escolas de elite, nas quais precisam competir com outros alunos cujas notas nos exames e outras qualificações acadêmicas são muito mais altas mas um novo estudo – *The Shape of the River (A forma do rio)*, de William G. Bowen e Derek Bok – analisa uma grande base de dados sobre as fichas e os históricos dos alunos e, com requintadas técnicas estatísticas, além de refutar essas afirmativas, demonstram o contrário. Segundo o estudo de River, a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradouras entre as raças do que, caso contrário, teria sido possível. (...) O estudo afirma que, se a Suprema Corte declarar inconstitucional a ação afirmativa, o número de negros nas universidades e nas faculdades de elite diminuirá muito, e raros serão os negros aceitos pelas melhores faculdades de Direito e Medicina. Isso seria uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais. Será que a Suprema Corte exige que aceitemos essa derrota?”

No mesmo sentido, no caso *Grutter v. Bollinger* (2003), julgado pela Suprema Corte norte-americana, a juíza O'Connor, em conformidade com entendimento sedimentado por Powell no *Caso Bakke* (1978), mencionou que: “os benefícios educacionais que surgem de um corpo discente diversificado são, no contexto do ensino superior, um interesse persuasivo do Estado.”²⁶⁵

Assim, ainda acerca da diversidade, Minhoto²⁶⁶ conclui que “parece claro que quando se introduzem num determinado meio, como fruto de uma postura deliberada, indivíduos de uma minoria subrepresentada ou simplesmente segregada, seja este meio o trabalho, a educação, os esportes ou a pesquisa, teremos como consequência forçosa dessa conduta a obtenção de um grupo com uma taxa de diversidade maior do que antes da aplicação de tal política ou medida.”

É perceptível a relevância do efeito psicológico inerente às políticas em comento, pois negros detentores de posições de destaque em sociedade, em regra, imprimem às crianças negras, autoconfiança aliada a elevada esperança de serem protagonistas de histórias distintas dos seus antepassados, imbuídos do anseio de efetiva ascensão social.

²⁶⁵ GRUTTER V. BOLLINGER. *Opinion of the Court*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZO.html>. Acesso em: 18.01.2017.

²⁶⁶ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da Escravidão às cotas: a ação afirmativa e os negros no Brasil*. Editora Boreal: Birigui-SP, 2013, p. 121.

Deste modo, compreende-se que tanto os espaços universitários, como os demais seguimentos, são locais aptos para o surgimento de líderes sociais, possíveis exemplos e transformadores de uma realidade arraigada em estigmas.

Desta forma, a diversidade, embora seja apenas um dos objetivos das políticas públicas inclusivas, enquadra-se como imprescindível consequência diante das medidas igualitárias típicas das ações afirmativas, ocasionando um ambiente menos sectário e mais plural.

Alfim, consigna-se que as políticas afirmativas visam, essencialmente, proteger os cidadãos contra as diversas discriminações ou classificações normativas detentoras de cunho desvantajoso, mediante a apreciação das peculiaridades inerentes aos grupos excluídos. Objetivam, portanto, propiciar a igualdade de oportunidades, na forma de inserção social; a transformação no entendimento da coletividade e a formação de exemplos emblemáticas na comunidade.

São, portanto, um instrumentos essenciais para que se finde por perpetuar as iniquidades sociais de longa duração e para que se propicie um ambiente miscigenado, livre de preconceito e apto a alcançar o maior dos objetivos: a justiça social.

3.2. Autorização do Ordenamento Jurídico Pátrio para a utilização das Ações Afirmativas

De todo o exposto, vislumbramos as peculiaridades, bem como a necessidade da utilização das políticas de ações afirmativas. Analisamos também a previsão constitucional do princípio da igualdade e suas nuances, assim como a sua importância em uma sociedade intolerante, preconceituosa e racista, marcada, notadamente, pela desigualdade social. Neste tópico examinaremos se o ordenamento jurídico brasileiro assegura a implementação de políticas públicas²⁶⁷ vinculadas às ações afirmativas.

Iniciamos análise da legitimidade jurídica das ações afirmativas, mediante a observância do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, pois define

²⁶⁷ Quanto a adoção de políticas públicas nos Estados Unidos, Madruga aduz: “(...) *Martin Carnoy, citado por Sabrina Moehlecke, após desenvolver um amplo estudo sobre a situação socioeconômica dos negros norte-americanos no período dos anos 30 até o final do século XX, concluiu que a participação ativa do estado na definição de políticas públicas e a combinação de políticas antipobreza e antidiscriminação são os principais fatores responsáveis pela melhora ou degradação das condições de igualdade social e econômica da população negra nos estados Unidos.*” MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 250.

como meta a ser perseguida pelo Estado Democrático uma sociedade justa, igualitária e sem preconceitos.²⁶⁸

No mesmo sentido, institui o artigo 3º e seus incisos, ao evidenciar objetivos fundamentais a serem percorridos pelo Estado, sob o anseio de se construir uma nova sociedade brasileira com base em alicerces fundamentais proclamados constitucionalmente:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Vilas Bôas²⁶⁹, compreende que o dispositivo supracitado vincula-se a uma declaração, uma afirmação e uma determinação.

Segundo a autora, tal artigo declara que o Brasil não enquadra-se como uma sociedade livre, justa e solidária, pois, se assim fosse, não haveria necessidade de considera-los como objetivos fundamentais.

Sendo um dos objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, temos o respaldo para o emprego das ações afirmativas, visto que objetiva-se promover o bem de todos. *“Afiml, somente através de uma ação positiva, afirmativa é possível alcançar a transformação social almejada e determinada em nossa Carta Magna.”*

Tome-se, ainda, em consideração, o objetivo fundamental vinculado a redução das desigualdades sociais, que configura-se como fundamento da própria República Federativa do Brasil, devendo ser considerada como princípio constitucional. Isto é, é necessário reorganizar a sociedade de modo a propiciar a efetiva redução das desigualdades sociais.

²⁶⁸ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: *“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”* Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27.01.2017.

²⁶⁹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 54.

Neste contexto, insere-se a importância das ações afirmativas, pois na ausência desse poderoso mecanismo de inclusão social torna-se inviável igualizar os desiguais, conforme determinação constitucional.

Deste modo, é notório que o constituinte de 1988, almejou conferir um caráter construtivo e programático aos objetivos fundamentais, de modo a autorizar o Estado Brasileiro a erradicar as disparidades sociais existentes, alicerçadas na pobreza, no preconceito, assim como nas injustiças que assolam aqueles que vivem à margem da sociedade.

Corroborando com o exposto, Marco Aurélio Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao proferir palestra no seminário “*Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*”, em 20 de novembro de 2001, destacou a autorização constitucional das ações afirmativas, enaltecendo o artigo 3º da Carta Magna. Vejamos:

Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – preste-se atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, o que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça e sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 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, mudanças de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar e encontrar, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se 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. Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas

de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?²⁷⁰

Não se pode olvidar a importância do princípio da igualdade, representado pelo artigo 5º, *caput* da Constituição Federal – objeto de maiores considerações no Capítulo I, verdadeiro marco norteador das políticas públicas que, aliado aos objetivos fundamentais, constituem base sólida para viabilizar a utilização das ações afirmativas, buscando, portanto, a concretização da justiça social em prol dos injustamente discriminados e segregados.

Ressalte-se, como já salientamos, o próprio texto constitucional estabelece desequiparações positivas, típicas das políticas de ações afirmativas, autorizadas por nossa Lei maior a instituir medidas de inserção e integração social, objetivando a redução das desigualdades e o bem comum.

É cediço que a Constituição brasileira de 1988 é omissa quanto a previsão de discriminação positiva, no entanto diversas são as normas que versam nesse sentido, demonstrando as atuações ocorridas no país com relação ao tema em comento. Dentre os vários preceitos que norteiam as ações afirmativas figuram mulheres, índios, deficientes, idosos, entretanto, vislumbraremos alguns exemplos, no contexto infraconstitucional, de tais políticas no que tange aos negros, objeto deste estudo:

- Lei nº 1.390/1951²⁷¹; Lei nº 7.437/1985²⁷²; Lei nº 7.716/1989²⁷³; Lei nº 8.081/1990²⁷⁴; Lei nº 9.459/97²⁷⁵: estabeleceram os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor;

²⁷⁰ MELLO, Marco Aurélio. Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Palestra no Seminário “Discriminação e sistema Legal Brasileiro”*, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100069&sigServico=noticiaArtigoDiscussao&caixaBusca=N>. Acesso em: 05.06.2017

²⁷¹ Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷² Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷³ Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷⁴ Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷⁵ Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm. Acesso em: 05.06.2017.

- Decreto legislativo nº 23/1967 aprovou a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a sua promulgação ocorreu através do Decreto nº 65.810/1969²⁷⁶;
- Constituição do Estado da Bahia, de 5 de outubro de 1989: O Estado da Bahia, ao estabelecer um Capítulo (XXIII) exclusivamente dedicado ao negro, reconhece que a população baiana é marcada pela presença da comunidade afro brasileira. Vale ressaltar o disposto em seu artigo 289, pois garante que “*sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra.*”²⁷⁷
- Projeto de Lei nº 650/99 – Senador José Sarney, modificado pelo substituto do Senador Sebastião Rocha: Estabelece quotas de ação afirmativa destinadas a população negra quanto ao acesso a cargos e empregos públicos (20% das vagas nos concursos públicos nos três níveis de Governo – Federal, estaduais e municipais), à educação superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).²⁷⁸
- Projeto de Lei nº 3.198/2000 – Senador Paulo Paim: Institui o Estatuto da Igualdade Racial e propõe a implementação de medidas administrativas na área da saúde e da educação, objetivando a melhoria das condições de vida dos afrodescendentes, prevê indenização para os descendentes de africanos escravizados no Brasil, assim como a criação de Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Defesa da Igualdade Racial, além de propor a instituição do sistema de cotas raciais diante dos diversos setores da nossa sociedade.²⁷⁹

²⁷⁶ Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷⁷ Constituição do Estado da Bahia, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.uneb.br/pgdp/files/2010/07/Constitui%C3%A7%C3%A3o-do-Estado-da-Bahia.pdf>. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷⁸ Projeto de Lei do Senado nº 650, de 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/42616>. Acesso em: 05.06.2017.

²⁷⁹ BRITO, Ângela Maria Benedita B. de; SANTANA, Moisés de Melo; CORREIA, Rosa Lúcia L. S.; *Kulé Kulé: Educação e Identidade Negra*. Maceió: EDUFAL. 2004. p. 63. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=dF_c9jLiMLMC&pg=PA63&lpg=PA63&dq=%E2%80%A2+Projeto+de+Lei+n%C2%BA+3.198/2000&source=bl&ots=aNdOgJJPn4&sig=TUzN_FTocklY-H4xONZX0JUu3sY&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi1lurtvUUhVKIZAKHbScAd8Q6AEITDAH#v=onepage&q=%E2%80%A2%20Projeto%20de%20Lei%20n%C2%BA%203.198%2F200&f=false. Acesso em: 05.06.2017.

- Portaria nº 1156/2001 do Ministério de Estado da Justiça: Institui o programa das Ações Afirmativas do Ministério da Justiça, estabelecendo 20% (vinte por cento) das vagas do aludido órgãos para os negros.
- Concorrência nº 3/2001-STF: Trata-se da primeira licitação de prestação de serviço da Corte com reserva de 20% (vinte por cento) das vagas para negros.²⁸⁰
- Decreto Federal nº 4.228, 13.05.2002: Instituiu no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas (PNAA). Assegurando, em seu artigo 2º, I, dentre outras disposições, a garantia da realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS.²⁸¹
- Chamada nº 01/2002: Protocolo de cooperação entre Instituto Rio Branco, CNPQ e Ministério da Justiça, acerca do Programa de Ação Afirmativa (PAA) – Bolsa-Prêmio e Vocação para a Diplomacia, objetivando ampliar as condições de ingresso dos afrodescendentes brasileiros na carreira de diplomata e com isso alargar a diversidade étnica do Serviço Exterior Brasileiro.²⁸²
- Projeto de Lei nº 6.912/2002 – Senador José Sarney²⁸³: Institui ações afirmativas em prol da população brasileira afrodescendente, com destaque para campanhas de cunho educativo, evidenciado cotas de 20% (vinte por cento) em contratos do FIES, para acesso às Universidades públicas e privadas, assim como alteração na Lei nº 8.666/1993²⁸⁴ para estimular a inclusão de trabalhadores afrodescendentes.
- Projeto de Lei nº 3.627/2004 (Poder Executivo): Institui Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial,

²⁸⁰ Supremo lança primeira licitação com cota para negros. *Notícias STF*. Brasília, 02 jan. 2002. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58259>. Acesso em: 05.06.2017.

²⁸¹ Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm Acesso em: 05.06.2017.

²⁸² *Programa de Ação Afirmativa. Ministério das Relações Exteriores*: Instituto Rio Branco. Disponível em: http://www.institutoriobranco.mre.gov.br/pt-br/programa_de_acao_afirmativa.xml. Acesso: 05.06.2017.

²⁸³ O Projeto de Lei nº 6.912/2002 guarda como proposta originária o Projeto de Lei nº 650/1999, ambos de autoria de José Sarney, na época, Senador da República.

²⁸⁴ Lei responsável por estabelecer normas para licitações e contratos na administração pública federal.

negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências.²⁸⁵

- Medida Provisória nº 213/2004: Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências. Foi transformada na Lei nº 11.096/2005.²⁸⁶
- Lei nº 3.788/2006²⁸⁷: Institui o Estatuto da Igualdade Racial do Distrito Federal, destinando cotas para negros em concursos públicos, empresas privadas e universidades.
- Lei 12.288/2010²⁸⁸: Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Visa garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.²⁸⁹
- Lei 12.711/2012: Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.²⁹⁰
- Lei 12.990/2014²⁹¹: Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e

²⁸⁵ Projeto de Lei nº 3627/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=254614>. Acesso: 05.05.2017.

²⁸⁶ Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁸⁷ Lei nº 3.788, de 02 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/51708/Lei_3788_02_02_2006.html. Acesso em: 05.06.2017.

²⁸⁸ Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁸⁹ No entender que Celso José dos Santos, a sanção da Lei 12.228/2010 enquadra-se como um acontecimento ímpar na história brasileira. Segundo o autor, “O Estatuto da Igualdade Racial, do ponto de vista histórico, nada mais é que o terceiro artigo que faltou à Lei Imperial nº 3.353, de 1888, que “aboluiu” a escravidão no Brasil, a qual, com um pouco de criatividade e uma boa técnica legislativa, poderia ter incluído o artigo 1º da Lei nº 12.288, de 2010, à Lei Imperial nº 3.353, 1888, sem provocar nenhuma incongruência. Com essa suposta modificação a Lei da Abolição teria a seguinte redação: Lei Imperial nº 3.353, de 1888, modificada pela Lei 12.288, de 2010, Declara extinta a escravidão no Brasil e institui o Estatuto da Igualdade Racial. Art. 1.º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art. 2.º: Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Art. 3.º: Revogam-se as disposições em contrário.” SANTOS, Celso José dos. *O Estatuto da Igualdade Racial: Avanços, limites e potencialidades*, p. 1. Disponível em: <http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2015/02/01-o-estatuto-da-igualdade-racial.pdf>. Acesso em: 05.06.2017.

²⁹⁰ Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 05.06.2017.

empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.²⁹²

Ademais, merece destaque a III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Xenofobia, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, comumente reconhecida pela Conferência de Durban contra o Racismo, realizada em 2001, que teve lugar em Durban, na África do Sul, pois elaborou-se um conjunto de ações visando combater as desigualdades raciais existentes no Brasil. Conforme assinala Lindgren Alves:

*“(...) os documentos de Durban trazem novos conceitos e compromissos importantes, particularmente para o combate ao racismo estrutural. Estes podem ser utilizados como guias à atuação dos Estados, internamente e em ações internacionais, ou como instrumento semi-jurídico para cobranças das sociedades ao governo.”*²⁹³

Por outro lado, criticamente, Maggie adverte:

“As medidas pós-Durban, ao proporem ações afirmativas em prol da “população negra”, rompem não só com o a-racismo e o anti-racismo tradicionais, mas também com a forte ideologia que define o Brasil como país da mistura, ou, como preferia Gilberto Freire, do hibridismo. Ações afirmativas implicam, evidentemente, imaginar o Brasil

²⁹¹ Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁹² O Projeto de Lei 6.738/2013, proposto pelo Executivo, teve a exposição dos motivos como anexo, apresentando como justificativa para a adoção da reserva de vagas a necessidade de implementação de uma ação afirmativa pelo prazo de 10 (dez anos), objetivando modificar a composição racial dos servidores da administração pública federal, pois é inegável o problema acerca da subrepresentação dos negros e pardos. A análise dos dados indica que embora a população negra represente 50,74% da população total brasileira, os negros e pardos representam apenas 30% dos servidores públicos federais. Alega-se também que mesmo que os concursos públicos sejam detentores de método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, a sua mera utilização tem sido insuficiente para assegurar um tratamento isonômico entre as raças, errando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil guarda com a população negra. Projeto de Lei nº 6.738/2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177136&filename=Tramitacao-PL+6738/2013 Acesso em: 05.06.2017.

²⁹³ ALVES, J. A. Lindgren. *A conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos* Rev. bras. Polít. int. vol. 45. n. 2. Brasília. July/Dec. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009. Acesso em: 05.06.2017.

composto não de infinitas misturas, mas de grupos estanques: os que têm e os que não têm direito à ação afirmativa, no caso em questão, “negros” e “brancos””.²⁹⁴

Apesar das controvérsias, é inegável que a Conferência de Durban é considerada como um importante marco histórico, pois a partir dela, a questão racial passou a ser considerada com maior comprometimento e efetividade, propiciando o início da implementação das ações afirmativas brasileiras em favor da população negra. Aos poucos, tais políticas afirmativas ganharam notoriedade no debate público nacional e rapidamente se dissiparam pelo país.²⁹⁵

É fundamental, ainda, mencionar que, no plano externo, o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções de direitos humanos, a título de exemplo, insere-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²⁹⁶; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²⁹⁷, etc. Assim, visando assegurar os direitos humanos de todos, impõe-se que o governo brasileiro atue concretamente para a implementação dos direitos assegurados nesses documentos internacionais, de modo que sejam efetivados, igualmente, no plano interno, em consonância com os §§2º e 3º do artigo 5º da Carta Magna Brasileira,²⁹⁸ ampliando,

²⁹⁴ FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne. O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. *Enfoques: revista eletrônica*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 93-117, 2002, p. 94,95. Disponível em: [file:///C:/Users/Coura/Downloads/11-13-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Coura/Downloads/11-13-1-SM%20(1).pdf) Acesso em: 05.06.2017

²⁹⁵ Especialistas, governo e ONGs verificam no país um aumento das ações afirmativas após a Conferência de Durban, na África do Sul. Educação concentra iniciativas para negros. *Folha de São Paulo*, São Paulo., 19 jan. 2004. Cotidiano. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1901200408.htm> Acesso em: 05.06.2017

²⁹⁶ Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 05.06.2017.

²⁹⁷ Releva destacar a importância do Artigo I, item 4, pois afirma que “ Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos e indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

²⁹⁸ Artigo 5º, § 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.” Artigo 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05.06.2017.

portanto, o comprometimento estatal e fortalecendo os tratados e convenções internacionais.²⁹⁹

Isto posto, pode-se concluir que a Carta Magna de 1988 não ampara, expressamente, a implementação de ações afirmativas em benefício da população negra, ainda que manifeste notória preocupação com a igualdade de oportunidades na nação brasileira. No entanto, em virtude do supramencionado § 2º do artigo 5º, compreende-se que a utilização de tais políticas é legítima, dentre outros motivos, pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

No mesmo sentido, de acordo com Flávia Piovesan, as ações afirmativas possuem amplo respaldo jurídico, seja na Constituição (ao assegurar a igualdade material, mediante a previsão de políticas dessa natureza para outros grupos socialmente vulneráveis), seja nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.³⁰⁰

Por fim, é notória a constatação, pelo Estado brasileiro, de que a desigualdade racial é um problema intrínseco a nossa sociedade, carecendo a população negra, especialmente, de políticas cada vez mais direcionadas que objetivem à efetiva inserção social, pois premente é a necessidade de conscientização da sociedade aliada a atuação, pública e privada, na luta, incessante, por uma sociedade justa e igualitária.

3.3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF)³⁰¹

É incontestável que o tema que versa acerca das políticas de ações afirmativas, invariavelmente, suscita margem para diversos debates, entretanto, quando trata-se, especificamente, do sistema de cotas as discussões se intensificam. Isto posto, surgem as indagações: a ação afirmativa é incompatível à luz da Constituição Federal brasileira? A supremacia do princípio da igualdade jurídica deve prevalecer? As ações afirmativas são medidas moralmente válidas? O Brasil, enquadrando-se como um estado prestacionista

²⁹⁹ Trata-se da internacionalização do direito constitucional, pois significa “a incorporação dos Tratados de direitos humanos na ordem interna dos estados, reconhecendo, por vezes, a estes tratados valor superior ao das próprias leis constitucionais e eficácia jurídica diretamente vinculativa na ordem interna.” Albuquerque, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência...*, p. 13.

³⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas e direitos humanos...*, p. 42.

³⁰¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Políticas Afirmativas nas Universidades Brasileiras como Fator de Integração Étnico-Racial...*, pp. 137-163.

deve implementar as ações afirmativas? A Suprema Corte brasileira buscou responder tais questionamentos mediante os seus julgados, conforme analisaremos a seguir.

O Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, almejando desconstituir, em virtude de suposta inconstitucionalidade, atos administrativos da Universidade de Brasília – UnB, que elaboraram um sistema de reserva de 20% (vinte por cento) de suas vagas destinadas para candidatos afrodescendentes e mais algumas para integrantes de etnias indígenas no processo de seleção para o ingresso de novos estudantes.

O DEM sustentava que a UnB “ressuscitou os ideais nazistas” e que as cotas não são uma solução para as desigualdades no país. “Cotas para negros não resolvem o problema, na medida em que promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade.” Objetivando discutir acerca da inconstitucionalidade do sistema instituído pela UnB, o DEM asseverou:

- “a) na ADPF, discute-se se a implementação de um ‘Estado racializado’ ou do ‘racismo institucionalizado’, nos moldes praticados nos Estados Unidos, África do Sul ou Ruanda, seria adequada para o Brasil (...);*
- b) pretende demonstrar que a adoção de políticas afirmativas racialistas não é necessária no país (...);*
- c) o conceito de minoria apta a ensejar uma ação positiva estatal difere em cada país. Depende da análise de valores históricos, culturais, sociais, econômicos, políticos e jurídicos de cada povo (...);*
- d) discute tão somente a constitucionalidade da implementação, no Brasil, de ações afirmativas baseadas na raça (...);*
- e) ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro (...);*
- f) cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra.”*

Por outro lado, Ministros da Suprema Corte compreendem que é inegável a constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas

universidades públicas, em virtude da existência do devido amparo na próprio Texto Magno.

Em sede doutrinária, Joaquim Barbosa destaca:

“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.”

Ainda, segundo o autor:

“(...) no plano estritamente jurídico (...), o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.”

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia aduz:

“(...) Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição Federal assegura como direito fundamental.”

Alfim do julgamento, extrai-se que o DEM partilha do inconcebível entendimento de que o racismo não figura como parte integrante da realidade brasileira, alegando que a problemática reside, pura e simplesmente, em questões socioeconômicas e que a política de

cotas ocasionaria uma discriminação reversa em face dos brancos e pobres. Argumentos claramente refutáveis.

Portanto, em 26 de abril de 2012, rejeitadas as preliminares, a ação foi julgada improcedente, por decisão unânime dos membros da Suprema Corte, considerando constitucional o estabelecimento de cotas para o ingresso de integrantes daqueles grupos na referida Universidade pública³⁰². Deste modo, tal decisão afastou definitivamente do âmbito jurídico quaisquer incertezas, seja no meio político, seja na comunidade acadêmica, quanto a constitucionalidade das ações afirmativas, essencialmente daqueles destinadas a agilizar a inserção social dos afrodescendentes.

A partir desse julgamento épica, diversas instituições universitárias públicas, assim como vários governos, além das entidades privadas passaram a implementar sistema de cotas em prol das distintas minorias e os componentes de grupos sociais discriminados.

Outrossim, é fundamental consignar acerca do Informativo nº 868 do Supremo Tribunal Federal³⁰³. Trata-se do mais recente entendimento da Suprema Corte acerca da previsão de cotas para negros.

Em 08 de Junho de 2017, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente o pedido elaborado em ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 41, em que se discutia a legitimidade da Lei Federal 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

O julgamento iniciou-se em maio, quando o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, votou pela constitucionalidade da norma, considerando dentro outros fundamentos, que a lei possui como motivação um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural inerente à sociedade brasileira. Acompanharam o relator, naquela sessão, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux. O ministro Dias Toffoli lembrou, em seu voto, que mais do que compatível com

³⁰² *Decisão da Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental (ADPF) 186*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastfarquivo/anexo/adpf186.pdf>. Acesso em: 05.06.2017.

³⁰³ *Informativo 868 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo868.htm>. Acesso em: 05.06.2017.

a Constituição, trata-se efetivamente de uma exigência do texto maior, em decorrência do princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º.³⁰⁴

Cumpra, ainda, ressaltar que o decano do Supremo, ministro Celso de Mello, iniciou seu voto citando a história do advogado Luiz Gama (1830-1882), que ficou conhecido como advogado dos escravos, para demonstrar “*como tem sido longa a trajetória de luta das pessoas negras em nosso país na busca não só de sua emancipação jurídica, como ocorreu no século XIX, mas de sua emancipação social e de sua justa, legítima e necessária inclusão*”.³⁰⁵

A Corte, portanto, declarou como constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos, bem como considerou como legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Em face do exposto, a percepção é a de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal alicerça-se, principalmente, no princípio da igualdade, como instrumento essencial para efetiva concretização da justiça, em especial, diante do seu corolário: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, enaltecendo, portanto, a importância da igualdade material. Deste modo, compreende-se que a política de cotas, cumpre o seu fim maior, qual seja: a inclusão dos excluídos socialmente. Além disso, o órgão de cúpula do Poder Judiciário evidencia, ainda, argumentos vinculados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, exposta constitucionalmente como objetivo fundamental a ser perseguido.

No entanto, cabe elucidar que trata-se de questão ainda distante de pacificação, embora haja decisões em sentido favorável, os argumentos contrários mostram-se com elevado vigor neste debate.

3.4. Polêmicas suscitadas pelo debate das políticas afirmativas

³⁰⁴ STF declara constitucionalidade da Lei de Cotas no Serviço público Federal. Carta Capital, 09 jun. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/09/stf-declara-constitucionalidade-da-lei-de-cotas-no-servico-publico-federal/>. Acesso em: 09.06.2017.

³⁰⁵ STF declara constitucionalidade da Lei de Cotas no Serviço público Federal. Carta Capital, 09 jun. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/09/stf-declara-constitucionalidade-da-lei-de-cotas-no-servico-publico-federal/>. Acesso em: 09.06.2017.

O objetivo deste ponto vincula-se a análise fundamentada de alguns dos principais argumentos que embasam as polêmicas inerentes ao instituto da ação afirmativa. Almejo, deste modo, discutir o recorte mais relevante de justificativas e ponderações que permeiam a política inclusiva em foco.

3.4.1. A ação afirmativa compensa injustiças passadas?

Como destacado alhures, alguns doutrinadores, em regra, enquadram, dentre outros fatores, as políticas afirmativas como um meio de compensação, pois almejam restabelecer situações alicerçadas em desigualdades oriundas de preconceitos passados, e não de todo extintos, acabam por perenizar-se ao longo do tempo.

No mesmo sentido, alega-se que a sociedade, em decorrência do período escravocrata, adquiriu uma dívida histórica com os negros, haja vista o tratamento abusivo conferido a esse segmento da população, marcados, ainda nos dias atuais, pelos efeitos da escravidão, evidenciados através da notória segregação e negação ao acesso igualitário aos bens essenciais. Deste modo, sob o viés compensatório, autoriza-se a compensação.

Assim, trata-se de característica inerente à justiça compensatória ou reparatória, não guardando qualquer justificativa diante do argumento da justiça distributiva.³⁰⁶

Entretanto, alguns críticos repudiam o entendimento de que a geração atual enquadra-se como moralmente responsável pelos erros dos seus predecessores. Dentre eles, o professor Sandel³⁰⁷ alega que:

“(...) as pessoas da geração atual não deveriam – na verdade, não poderiam – desculpar-se pelos erros cometidos pelas gerações anteriores. Pedir perdão por uma injustiça é afinal, assumir alguma responsabilidade por ela. E uma pessoa não pode pedir desculpas por algo que não fez. Ou seja, como você pode pedir perdão por algo que foi feito antes de você nascer?”

³⁰⁶ Entretanto, Kaufmann alerta que a mistura dos argumentos englobando a teoria da justiça compensatória e a Justiça distributiva pode proporcionar confusão. Assim, elucida que “*por exemplo, quando se fala em compensar a discriminação do passado, quer-se dizer do passado remoto, como a escravidão, ou dos efeitos do passado que permanecem no presente, como o preconceito e a discriminação? Se a intenção for reparar o passado de trabalho escravo, está-se diante da teoria compensatória, se, por outro lado, se quiser remediar os efeitos meléficos do preconceito e da discriminação do presente, está-se versando sobre a teoria redistributiva. O argumento da justiça distributiva abarcaria, em parte, o fundamento histórico da teoria compensatória, mas desde que os efeitos se perpetuassem nos dias atuais*”.

³⁰⁷ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa...*, p. 262.

Para ele, em consonância com o individualismo moral, “(...) *somos responsáveis apenas por nossos atos, e não pelos atos dos outros ou por acontecimentos além de nosso controle.*” Ou seja, as nossas responsabilidades restringem-se àquelas que deliberadamente assumimos e, em virtude da ausência de tal aquiescência, não devemos assumir “*uma obrigação originada de uma identidade coletiva que se perpetua através de gerações.*”³⁰⁸

Nos Estados Unidos, corrobora-se o supramencionado através do argumento da “*pessoa inocente*”, principal alegação dos posicionamentos contrários aos instrumentos de ação afirmativa, que escapava do Direito, se convertendo em argumento social de polarização racial.³⁰⁹ Nessa toada, compreende-se que tais medidas, ao buscar reparar os efeitos danosos ocorridos no passado, confere, automaticamente, a desproporcional responsabilidade a alguns indivíduos da “*maioria*”, haja vista a restrição ao acesso a bens sociais, bem como o conseqüente enquadramento como vítimas atuais e individuais de injustiças passadas.

Outrossim, diante dos argumentos expostos, em sentidos diametralmente opostos, cabe consignar que a situação do negro merece observância com maior acuidade. Especialmente, perante a realidade brasileira, é consabido que os indivíduos oriundos desse grupo sectário, após a escravidão passaram a ter a imagem associada a inferioridade, subalternidade, bem como a viver a margem da sociedade, muitas vezes, sequer enquadrados como humanos, mas como coisa, passível de venda ou propriedade pertencente a uma raça hierarquicamente superior.

Dessarte, a abolição da escravidão, em 1963, no país estaduniense e, em 1888, no Brasil, evidenciou ínfimas mudanças a realidade enfrentada pelos negros, pois, atualmente são estigmatizados em virtude de peculiaridade inerente à própria vida: a constatação de que, durante vasto período, os seus antepassados foram escravizados. Eles, portanto, são vítimas da cruel herança escravagista refletida através da discriminação ostentada pelo senso comum hodierno. Assim, a manutenção de tal comportamento, embora antiga, além de uma excrescência, enquadra-se como uma realidade claramente atual.

Alfim, impende reconhecer que a discussão travada acerca da ação afirmativa permanece intimamente vinculada aos acontecimentos pretéritos, mas demonstrando um

³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 264, 265.

³⁰⁹ Cf. FISCUS, Ronald Jerry. *The Constitutional Logic of Affirmative Action...*, p. 7 *apud* CRUZ, Luis Felipe Mendonça. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 91.

olhar voltado para o presente, pois, o objetivo central da aludida medida não é, exclusivamente, compensar as atrocidades do passado, mas propiciar reais oportunidades aos segregados, ocasionando a formação de uma sociedade justa e equânime, livre de preconceito e discriminação, valores peculiares a uma justiça social com viés distributivo, evidenciando, portanto, fusão entre ambas as teorias.

3.4.2. A ação afirmativa ofende a meritocracia?

A meritocracia enquadra-se como um dos principais argumentos dos opositores às políticas de ação afirmativa, pois alegam que a sua utilização transgride a ideia de mérito,³¹⁰ como também a ruptura do princípio da igualdade e o consequente alcance da efetiva justiça social.

Conceitualmente, os dicionários definem, de modo geral, meritocracia como do *latim mereo*, merecer, obter. Trata-se de um sistema de gestão que considera o mérito, como aptidão, o principal motivo para se atingir posições de topo. As posições hierárquicas são conquistadas, em tese, com base no merecimento e entre os valores associados estão educação, moral, aptidão específica para determinada atividade; sistema onde o mérito pessoal determina a hierarquia. Ou seja, *sic et simpliciter*, é o merecimento de cada indivíduo que culmina na concretização da justiça.³¹¹

Lívia Barbosa,³¹² por sua vez, define meritocracia como “(...) *um conjunto de valores que postula que as posições dos indivíduos na sociedade devem ser consequência do mérito de cada um.*” Segundo ela, a meritocracia pode ser interpretada de acordo com duas dimensões: uma negativa e outra afirmativa. A primeira é evidenciada quando a meritocracia surge em nossas discussões políticas e organizacionais. Isto é, trata-se de um conjunto de valores que abomina quaisquer forma de privilégio hereditário e corporativo, avaliando as pessoas independentemente de suas trajetórias e biografias sociais. Assim,

³¹⁰ Contrariando o disposto no artigo 208, V, da Constituição da República Federativa do Brasil. Avistemos: “*O dever do Estado com a educação será efetivo mediante a garantia de: V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e criação artística, segundo a capacidade de cada um*”.

³¹¹ Ressalte-se que a meritocracia “*é algo fundamentalmente voltado ao indivíduo*”, não havendo, portanto, meritocracia coletiva, visto que um grupo pode ser enquadrado como meritório de certa situação benéfica quanto ao seu desempenho. Entretanto, este sempre será analisado de modo individual, conforme a execução de cada indivíduo inserido no grupo. MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas...*, p. 176.

³¹² BARBOSA, Lívia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas. 2003. p. 22. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=tJCEOmokz54C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 17.04.2017.

nesse diapasão, a meritocracia não confere relevância a variáveis sociais como origem, posição social, econômica e poder político quando se está pleiteando ou competindo por uma posição ou direito. Deste modo, perante o ponto de vista das representações, a meritocracia é um consenso. *“Todos vêem nela um sistema sedutor, uma aristocracia de talentos que parece fazer uma distinção radical entre as sociedades baseadas no privilégio hereditário e as democracias atuais.”* Assim, diante de recorte histórico, desde a Revolução Francesa, é considerada como critério fundamental de combate as diversas formas de discriminação social.

Outrossim, diametralmente, a meritocracia sob o aspecto positivo alega que o critério básico de organização social vincula-se ao desempenho das pessoas, ou seja, ao conjunto de talentos, habilidades e esforços de cada um. Nesse aspecto, ela não mais se configura como consensual. Vejamos.

“A ausência de consenso, contudo, não decorre do fato de que as pessoas discordam acerca do desempenho (talento + habilidade + esforço) como critério fundamental, e sim de que existem múltiplas interpretações sobre como avaliar o desempenho, do que realmente entra no seu cômputo, do que sejam talento e esforço, de quais são as origens das desigualdades naturais, da relação entre responsabilidade individual e/ou social e desempenho, da existência de igualdade de oportunidades para todos, da possibilidade concreta de mensuração do desempenho individual etc. Ou seja, ela levanta questões acerca de filosofia política, de filosofia do direito, de justiça social etc. Ao pleitear o governo, a gestão ou o reconhecimento público e formal da proeminência dos melhores, *a meritocracia suscita paradoxos e dilemas que em muitos casos terminam por transformá-la de tradicional instrumento de luta contra a discriminação social em critério de discriminação social das sociedades modernas.*”

Alfim, destaca que a população carece de maior conscientização quanto aos aspectos implícitos na transformação da ideologia meritocrática, pois todas as respostas não se resumem a acusações de interesses contrariados ou a busca de novos e melhores métodos de avaliação de desempenho.³¹³

³¹³ BARBOSA, Lívía. Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas. 2003. p. 23. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=tJCEOmokz54C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 17.04.2017.

Deste modo, é notória a constatação que trata-se de uma conceituação extremamente abrangente e rotativa, por englobar plúrimas concepções acerca da efetiva concretização da justiça, e subjetiva por carregar aspectos sociais, morais, ideológicos, sociológicos, antropológicos e psicológicos.

Ademais, segundo Aristóteles³¹⁴, justiça significa dar a cada indivíduo o que se merece, conferindo a cada um o que lhe é devido. Mas, questiona-se: “(...) o que uma pessoa merece? Quais as justificativas relevantes para o mérito?” Dessarte, comumente mencionamos que “pessoas iguais devem receber coisas também iguais”. Entretanto, eis que surge uma difícil questão: “Iguais em que sentido? Isso depende do que está sendo distribuído – e das virtudes relevantes em cada caso.”

O filósofo supracitado propõe que imaginemos uma distribuição de flautas e indaga: “quem deve ficar com as melhores?” Segundo o autor, “os melhores flautistas”. Assim, cabe aqui a conclusão que a justiça discrimina conforme o mérito. Neste caso, a relevância meritória vincula-se a aptidão para tocar com maestria o aludido instrumento.

Conclui-se que o modo de raciocinar aristotélico atrela-se ao propósito de um bem para a sua devida utilização, caracterizando um raciocínio teleológico, visto que “(...) para determinar a justa distribuição de um bem, temos que procurar o tólos, ou propósito, do bem que está sendo distribuído.”³¹⁵

Diante do exposto, impende elucidar que a eleição de determinado método avaliativo do mérito, não exclui as demais conjecturas quanto as possíveis viabilidades de aferição do tema em pauta, tampouco insere-se como procedimento efetivamente exituoso em detrimento dos dessemelhantes.

Ademais, citado por Sabrina Moehlecke³¹⁶, Lúcio Kowarick, em artigo publicado na revista Ciência e Cultura, alerta que a condição socioeconômica das crianças e adolescentes influenciam, essencialmente, na capacidade intelectual e no consequente sucesso educacional.

“A competição que marca a trajetória escolar não é igualitária. Ao contrário, está marcada por diferentes “handicaps” que transcendem de muito as potencialidades

³¹⁴ SANDEL, Michael J. *justiça: o que é fazer a coisa certa...*, p. 234.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 235.

³¹⁶ MOEHLECKE, Sabrina. Fronteiras da Igualdade no Ensino Superior: excelência e justiça racial. *Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo*. São Paulo. 2004. p. 37. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07012005-100851/pt-br.php>. Acesso em: 03.03.2017.

individuais.(...) não são sempre os mais aptos que chegam ao final da corrida, mas são, em grande parte, os que possuem determinadas condições econômicas e sócio-culturais. Os favoritos, aqueles que poderão percorrer a trajetória educacional até os níveis altos, já estão, em grande parte, de antemão escolhidos. O “background” de uma criança ou jovem, isto é, a posição social que ocupa sua família em termos de renda, ocupação, educação, prestígio, acesso a informações etc..., condiciona fortemente a probabilidade do seu sucesso educacional.”

O autor, destacou, ainda, que a “*igualdade de oportunidades educacionais é algo irrealizável*”, pois (...) *Mesmo nas sociedades avançadas a questão da igualdade de oportunidades e o suposto sistema de gratificações baseado na “meritocracia” nada mais são do que crenças alimentadas pela ideologia burguesa liberal.*

Minhoto,³¹⁷ por sua vez, destaca que o pertencimento de um indivíduo a um grupo enquadrado como minoritário, ou, ainda, a sua origem social e econômica podem se configurar como critérios totalmente aceitáveis de análise perante à sua inserção na universidade, sem que isso possa afligir de forma substancial o princípio da igualdade ou mesmo a meritocracia. Ainda, segundo o autor, “*avaliar o mérito do candidato desfavorecido que chegou até aquele ponto, enfrentando muitas dificuldades a ele peculiares, parece ser medida de evidente interesse social(...)*”.

O Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, alegou que “*meritocracia sem igualdade é forma velada de aristocracia, em posicionamento pela total improcedência pela ADPF 186 contra o sistema de cotas para negros, implementado pela Universidade de Brasília (UnB). Ainda, conforme o seu entendimento, as ações afirmativas devem efetivamente ser utilizadas na correção das desigualdades (...)*”.³¹⁸

No mesmo sentido, José Jorge de Carvalho atentou para a “*cega*” ideologia do mérito, que acabou por caminhar para a universalização da concorrência, não alertando para as estruturas de competitividade: “*O Código universalista europeu se transformou no nosso meio em um mecanismo basicamente alienante, na medida em que fez silenciar a discussão sobre a prática, também silenciosa, mas sistemática e generalizada, da discriminação racial. Colocada e defendida cegamente, a ideologia do mérito e do*

³¹⁷ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas...*, p. 192.

³¹⁸ *Meritocracia sem igualdade é forma velada de aristocracia, afirma ministro Marco Aurélio*. Notícias STF. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206035>. Acesso em: 03.03.2017.

concurso passa a se desvincular de qualquer causalidade social e a flutuar num vácuo histórico. Como se alguém, independente das dificuldades que sofreu, no momento final da competição aberta e feroz, iguala-se a todos os seus concorrentes de melhor sorte social. Universalizou-se apenas a concorrência, mas não as condições para competir. Não se equaciona mérito de trajetória, somente contra o suposto mérito do concurso.”³¹⁹

Traz-se a lume, o que se compreende por princípio de mérito: “*mérito da chegada*” ou “*mérito da trajetória*”. O “*mérito da chegada*” se vincula ao resultado mediante o “*cruzamento na linha de chegada*”. Trata-se do resultado de modo absoluto, sendo irrelevante as disposições iniciais dos competidores, à guisa de exemplo, processos seletivos como vestibulares e concursos públicos. Por outro lado, o “*mérito da trajetória*” atrela-se ao resultado relativo, pois considera as condições dos postulantes onde, é meritório aquele que obtiver maior desempenho com o mínimo de recursos disponíveis aos competidores.³²⁰

Subscrevo o entendimento de que o princípio do mérito deve enquadrar-se na modalidade “*mérito da trajetória*” e ressaltamos que determinadas ações afirmativas, fatalmente evidenciarão restrições tanto ao mérito supramencionado quanto ao princípio da igualdade, em prol da clausura dissemelhante imposta historicamente a grande parcela da população.

Por se configurarem como princípios passíveis de serem relativizados e analisados em conformidade com razoabilidade e proporcionalidade, há legitimidade e, portanto, não enquadra-se como violação de direitos.

Assim, é cediço que, as ações afirmativas têm como objetivo fundamental conferir tratamento diferenciado aos socialmente excluídos, visando a obtenção de resultados igualmente distintos. Deste modo, é notório que a própria natureza jurídica do instituto acaba por relativizar elementos como a igualdade e a meritocracia em prol de um benefício maior: o acesso dos estigmatizados a valores fundamentais escassos, não havendo, portanto, quaisquer fundamento para se alegar o despropósito da relevante implementação de tal política pública inclusiva.

³¹⁹ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Uma proposta de Cotas e Ouvidoria para a Universidade de Brasília*. Brasília. 2002. Manuscrito, p. 7 *apud* MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, p. 214.

³²⁰ MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva...*, pp. 214, 215.

Sandel³²¹, acerca do mérito perante à admissão em universidades, aduz:

“(...) a admissão não é uma honraria destinada a premiar o mérito ou a virtude superiores. Nem o aluno com as mais altas notas nos testes nem aquele que vem de uma minoria merecem moralmente ser admitidos por esses motivos. A admissão é aceitável na medida em que contribui para o propósito social ao qual a universidade serve, e não porque recompense o aluno por seu mérito ou por sua virtude, considerados de forma independente.”

Alfim, a meritocracia, hodiernamente, não viabiliza maiores oportunidades aos excluídos, devendo ser relativizada e interpretada de modo diferenciado, de forma a adaptar-se a discrepante realidade em que se insere, compatibilizando-se ao Estado democrático de direito brasileiro. Portanto, precisa ser efetivo mecanismo de embate social contra a discriminação e suas nuances, protagonizando fator diferencial na sociedade contemporânea, visto que pode ocasionar a seleção de indivíduos detentores de elevado potencial, incentivar a diversidade, essencialmente, no âmbito educacional e profissional, além de combalir os estigmas sociais existentes.

3.5. Discriminação racial e a inserção dos negros em sociedade

Em uma análise histórica, a abolição da escravatura configura-se como um acontecimento relativamente recente, embora a escravidão tenha demorado mais de trinta e oito anos desde a primeira lei aprovada.³²² Em 1888, através da Lei Áurea, o Brasil foi o último país do ocidente a eliminar a condição de escravo, onde a população negra conquistou a igualdade jurídica, entretanto as desigualdades de ordem econômica e social se mantiveram, ou seja, “*libertou-se*” o negro, mas não se viabilizou a efetiva igualdade na sociedade brasileira.

Com o advento da abolição, um personagem central para o entendimento desse período foi a figura do “*Ex-escravo*”³²³, esse que foi o principal modificador da economia

³²¹ SANDEL, Michael J. *justiça: o que é fazer a coisa certa...*, p. 216.

³²² Às medidas abolicionistas deram seu ponta pé inicial com aprovação da Lei Eusébio de Queirós (1850) que dava fim ao tráfico negreiro.

³²³ Estes, quando não resolviam ficar na própria fazenda ou engenho, ou migravam para as fazendas do sul, onde a economia cafeeira se expandia, em ambos os casos na condição de trabalhador livre assalariado, ou

e da mudança dos conceitos e valores pré-estabelecidos pela sociedade patriarcal e excludente.³²⁴

Com relação ao capitalismo, o negro é inserido à margem do processo ou é utilizado em trabalhos pesados ou naqueles que não requerem qualquer tipo de qualificação, o que gerou o desnível econômico dos deles em relação aos brancos, ocasionando um processo de marginalização social. No extremo oposto, nos deparamos com os senhores brancos dispostos a manter sua estrutura de privilégios, pelo preconceito e discriminação.³²⁵

Hodiernamente, temos os efeitos da escravidão demonstrados através de um preconceito arraigado à nossa realidade, de modo velado³²⁶, porém contínuo, responsável por aumentar o abismo social existente desde o século XIX, inserindo o negro, incessantemente, em posição de inferioridade.

Doravante passaremos a análise da conceituação acerca do que se compreende por discriminação racial.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, o artigo 1º, §1º aduz:

dirigiam-se aos centros urbanos em busca de emprego, o que, no entanto, só encontravam em um universo limitado às forças armadas e trabalhadores braçais. A figura do “*ex-escravo*” passou por muito tempo ainda um estigma, pois os espaços, lugares e ideias ainda estavam em consonância com os conceitos estabelecidos e de dinamização social.

³²⁴ As cores tomaram conta dos campos, os imigrantes que seriam a salvação para substituição do escravismo, seria a solução para o problema de mão-de-obra livre nas fazendas do café. Mas sua situação se assemelhava a do escravo, pois ao adentrar no país, encontravam lançados à margem do processo, desprendidos das imposições viris e, portanto, a qualquer tipo de tratamento, como nos mostra Wanderley Santos: “*Acostumados a um sistema econômico diferente, a nova liderança econômica impôs contratos tão injustos aos imigrantes que, em pouco tempo, estavam todos reduzidos à condição de semi-escravos. Os governos da Alemanha e da Itália reagiram contra este disfarçado comércio de semi-escravos, ameaçando interromper a expansão econômica brasileira, proibindo que seus respectivos cidadãos deixassem a Europa. O estado brasileiro foi convocado para ajudar a resolver o impasse sendo convidado, pelos plantadores de café, a assumir a responsabilidade de estabelecer as condições nas quais livres proprietários de terras pudessem legitimamente firmar contratos econômicos.*” SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem Burguesa e liberalismo político*, São Paulo: Livraria duas cidades. 1978. pp. 84, 85.

³²⁵ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade...*, p. 63.

³²⁶ No Brasil, não admite-se que as desigualdades sociais são detentoras de um fundamento racial. É perceptível que há, incessantemente, atuações discriminatórias e preconceituosas, contudo, de modo velado, camuflado, embutido, discreto, distintamente dos Estados Unidos e África do Sul, onde houve a segregação institucionalizada e o racismo era uma notória realidade. Na sociedade brasileira, corriqueiramente, o negro é sinônimo de exclusão e fracasso. Esse preconceito velado, não confesso, torna o problema ainda mais difícil de ser combatido, além de atestar o que dizia Bobbio, “*não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos.*” BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais...*, p. 122.

*“Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha por objeto ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”*³²⁷

Dworkin, com excelência, ensina que:

*“A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de danos especial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual as políticas devam sempre respeitar. É um produto e sinal do racismo, e não se deve permitir que proteja o racismo que o gerou.”*³²⁸

Em conformidade com o excorgitado, a discriminação racial e o racismo não se caracterizam apenas como um ideário negativo acerca de determinado grupo. Vão além, na medida em que impõem verdadeiras barreiras artificiais capazes de impedir, dentre outras limitações, que os negros desempenhem papéis emblemáticos na sociedade brasileira, reforçando os estereótipos associados a tais indivíduos, além das próprias vítimas, por vezes, interiorizar essa ideologia, alimentando a ideia de que os brancos são superiores e, portanto, mercedores das posições de destaque em nosso país.

³²⁷ *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>. Acesso em: 06.06.2017.

³²⁸ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p. 577.

Trata-se da extensão de crenças individuais que acabam por perenizar a segregação histórica protagonizada pelos afrodescendentes, ressalte-se, pelo simples fato de ostentarem o fenótipo dos seus antepassados são impedidos do acesso igualitário aos direitos fundamentais. Deste modo, os integrantes de determinados grupos sociais são privados do acesso igualitário aos recursos essenciais para uma vida digna, não em virtude de sua capacidade individual, mas devido ao fato de vincular-se ao grupo discriminado.³²⁹

O mercado de trabalho,³³⁰ a inserção das etnias nas atividades policiais e da justiça,³³¹ os dados estatísticos, a imagem do negro na sociedade de forma geral, constituem elementos fáticos que evidenciam e atestam uma sensível desigualdade a privar os negros do acesso aos bens, essencialmente os imateriais, produzidos na sociedade.³³²

Em decorrência do exposto, surgem as políticas de ações afirmativas, como instrumentos hábeis para combater o tratamento desigual destinado às minorias no Brasil.

A política de cotas raciais, uma das espécies das ações afirmativas,³³³ – objeto de vasto e interminável debate -, se destacou nos Estados Unidos e dissipou-se pelo Brasil,

³²⁹ Vale consignar a contribuição dos conglomerados midiáticos da indústria cultural brasileira onde há forte investimento representacional da população negra em estereótipos e estigmas sociais, atribuindo ao negro, quase sempre, papéis que configuram subalternidade. *Como é ser um homem negro no Brasil?* Carta Capital, 03 jul. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/03/como-e-ser-um-homem-negro-no-brasil/>. Acesso em: 03.07.2017. Cf. *Negros e mídia: invisibilidades*. Série Especial- Racismo na Mídia e na Esquerda. Le monde diplomatique Brasil. 27 mar. 2017. <http://diplomatie.org.br/negros-e-midia-invisibilidades/>. Acesso em: 03.07.2017.

³³⁰ Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), “a taxa de desemprego das pessoas que se declararam de cor preta ficou em 14,4% no quarto trimestre de 2016, enquanto a taxa entre a população parda foi de 14,1%. Os resultados são maiores que o da média nacional, de 12,0%, e do que o registrado pela população declarada como branca, que teve taxa de desemprego de 9,5% no quarto trimestre de 2016.” IBGE: Desemprego é de 14,4% entre negros; 14,1% entre pardos; 9,5% entre brancos. Época negócios, 23 fev. 2017. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/02/epoca-negocios-ibge-desemprego-e-de-144-entre-negros-141-entre-pardos-95-entre-brancos.html>. Acesso em: 06.06.2017.

³³¹ “Apesar de 51% da população (97 milhões de pessoas) se definirem como pardos ou negros, em todos os ramos do Poder Judiciário (Estadual, Federal, Trabalho, Eleitoral e Militar), eles são apenas 15%, de acordo com o Censo do Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça com magistrados, em 2013.” *Cotas para negros em concursos para juiz são adotadas em quase todo país*. Conselho Nacional de Justiça. 01 mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84376-cotas-para-negros-em-concursos-para-juiz-sao-adotadas-em-quase-todo-pais>. Acesso em: 09.06.2017

³³² MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas...*, p. 226.

³³³ Segundo Joaquim Barbosa, “No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (...).” *Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas.*” GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ*, 24. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 06.06.2017. Corroborando com o exposto, cabe elucidar que o sistema de preferência consiste em uma modalidade de ação afirmativa, visando selecionar profissionais e estudantes, onde os integrantes de grupos minoritários têm preferência em detrimento dos demais indivíduos. O sistema de bônus, por sua vez, acrescenta pontos ou percentual às notas obtidas pelos candidatos beneficiados em processo seletivo

enquadrando-se como a vertente de maior utilização, implementada, em regra, nas áreas da educação e do emprego.³³⁴

Resumidamente, refere-se a concessão de certa quantidade de vagas ou percentual destinado aos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários.³³⁵

Com relação ao acesso ao ensino superior,³³⁶ em junho de 2003, a Universidade de Brasília enquadrou-se como uma das primeiras instituições de ensino superior federal a aderir ao sistema de cotas para negros, como forma de um plano de metas para integração social, étnica e racial da aludida universidade. Assim, embasada na autonomia universitária garantida constitucionalmente, a iniciativa adotou uma reserva de 20% (vinte por cento) das vagas do vestibular para negros.

Geralmente, no sistema de cotas, dois são os grupos em foco: aqueles onde a cor é pressuposto determinante ou o dos indivíduos oriundos do ensino público. Em regra, as universidades utilizam o critério étnico-racial aliado ao critério econômico, atestando que a cota não é puramente racial, distanciando-se de ser medida injusta, haja vista a existência da distinção por cor e também por condição socioeconômica. Vale ressaltar que a consideração por classe social demonstra a preocupação com os estudantes advindos de nossas escolas públicas, pois gozam de uma educação básica de péssima qualidade, capaz de lhes impedir de competir, em condições de igualdade, por vagas nas universidades públicas com aqueles que tiveram oportunidade de concluir os estudos no ensino privado.

educacional. Por fim, os incentivos fiscais enquadram-se como uma medida de incentivo ao setor privado, mediante o oferecimento de isenção de alguns tributos para os que aderirem ao programa. Aplica-se em vários setores da vida social, por exemplo, no âmbito da educação temos o *PROUNI – Programa Universidade para Todos*, criado através da Medida Provisória n.º 213/2004 e implementado pela Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, objetivando promover o acesso a educação, por meio da concessão de bolsas integrais ou parciais, em universidades privadas cadastradas no programa em todo o país.

³³⁴ Vale registrar que as realidades de ambos os países, Estados Unidos e Brasil, diferem em diversos aspectos, mormente na área educacional, haja vista os programas de admissão utilizados nas universidades norte-americanas, distintos dos exames vestibulares adotados em nosso país. No entanto, o sistema adotado em consonância com as suas peculiaridades obteve suas próprias soluções. Cf. BOWEN, William G.; Bok, Drek. *O curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*, em colaboração com James L. Shulman... [et al.]. Tradução Vera Ribeiro. Revisão Carlos Hasenbalg. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

³³⁵ É relevante a ressalva feita por Minhoto, pois conforme o seu entendimento, “os negros não podem ser tratados como um grupo minoritário, mas como um grupo social que, por características próprias, peculiares, típicas, possui uma inserção social igualmente distinta, frequentemente em termos negativos (...), razão pela qual nos parece serem os negros um grupo social discriminado, mas não um grupo minoritário.” MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas...*, p. 17.

³³⁶ Segundo Dworkin, a educação superior é um recurso valioso e escasso. Dworkin, Ronald. *A virtude soberana...*, p. 569.

Isto posto, vejamos o entendimento de Kabengele Munanga³³⁷:

“(...) se por um passe de mágica, os ensinamentos básico e fundamental melhorassem seus níveis para que os alunos pudessem competir igualmente no vestibular com os estudantes oriundos dos colégios particulares bem abastecidos, os alunos negros levariam cerca de 32 anos para atingir o atual nível dos alunos brancos. Isso supõe que os brancos fiquem parados em suas posições atuais esperando a chegada dos negros, para juntos caminharem no mesmo pé de igualdade. Uma hipótese improvável, melhor, inimaginável.”

De todo o exposto, percebe-se, claramente, que o acesso à universidade é um caso de desigualdade,³³⁸ sendo imprescindível que exista uma política de cotas, como política de mudança, para que os negros atinjam o patamar dos brancos. Conforme observa Coutinho³³⁹:

“(..) fator claramente relacionado à desigualdade é o acesso à educação, especialmente nas áreas em que há maior demanda por trabalhadores. Pessoas que têm acesso à educação são, como regra, aquelas de que se apropriarão de parcelas mais significativas da riqueza e pessoas que não tiveram acesso à educação não somente tendem a ficar com parcelas reduzidas da renda, como também tendem, se isso não for revertido por políticas igualitárias, a transmitir a situação desprivilegiada para seus descendentes, num ciclo vicioso de reprodução de elites e reduzida mobilidade social.”

Corroborando com o aludido, os dados estatísticos evidenciam que a grande parte da riqueza do país concentra-se nas pessoas brancas, enquanto os negros (englobando pretos e pardos) compõem parte da camada mais pobre e marginalizada da população

³³⁷ MUNANGA, Kabengele. *Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas, sociedade e Cultura*. v. 4, n.2, jul./dez. 2001. p. 33. Disponível em: <file:///C:/Users/Coura/Downloads/515-2392-1-PB.pdf>. Acesso em: 12.06.2017.

³³⁸ No mesmo sentido, Diego Coutinho observa que: *“Outro fator claramente relacionado à desigualdade é o acesso à educação, especialmente nas áreas em que há maior demanda por trabalhadores. Pessoas que têm acesso à educação são, como regra, aquelas de que se apropriarão de parcelas mais significativas da riqueza e pessoas que não tiveram acesso à educação não somente tendem a ficar com parcelas reduzidas da renda, como também tendem, se isso não for revertido por políticas igualitárias, a transmitir a situação desprivilegiada para seus descendentes, num ciclo vicioso de reprodução de elites e reduzida mobilidade social.”*

³³⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito, desenvolvimento e desigualdade: a dimensão jurídica das políticas sociais*. Universidade de São Paulo. 2010. p. 97.

brasileira. Conforme pesquisa realizada pelo respeitável Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.³⁴⁰

Constatou-se que:

- Entre os 10% mais pobres da população, 64,6% eram negros;
- Entre os 10% mais ricos da população, o percentual de negros cai para 22,3%;
- E entre os 1% mais ricos da população, apenas 11,5% eram indivíduos negros.

É fundamental consignar que dentre os 191 milhões de brasileiros, 47,7%, ou seja, 91 milhões afirmaram serem integrantes da raça branca, 14 milhões alegaram ser pretos, 82 milhões declararam-se pardos, 2 milhões amarelos e por fim, 817 mil disseram ser indígenas. Assim, torna-se perceptível que embora a população negra represente mais da metade de nossa sociedade, ostentam, entretanto, os maiores índices de pobreza e marginalização do Brasil.

De acordo com os dados estatísticos, o acesso ao ensino superior apenas atesta o imenso abismo existente entre negros e brancos, ressalte-se, não apenas em matéria educacional, mas em diversos outros aspectos da vida em sociedade, evidenciando que a discriminação social encontra-se intimamente vinculada a discriminação racial. Munanga³⁴¹, por sua vez, adverte que a questão fundamental é como aumentar o contingente negro no ensino universitário e superior de modo geral, ainda em desvantagem quanto ao contingente branco e destaca:

“É justamente na busca de ferramentas e de instrumentos apropriados para acelerar o processo de mudança desse quadro injusto em que se encontra a população negra que se coloca a proposta de cotas, apenas como um instrumento ou caminhos entre tantos a serem incrementados. Por que então a cota e não outros instrumentos e que

³⁴⁰ Retrato das Desigualdades: Gênero e Raça. *Programa Igualdade de Gênero e Raça – UNIFEM*. Diretoria de Estudos Especiais – IPEA. 1ª edição. p. 31. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf>. Acesso em: 12.06.2017.

³⁴¹ MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil... p. 34.

instrumentos? Numa sociedade racista, onde os comportamentos racistas difundidos no tecido social e na cultura escapam do controle social, a cota obrigatória se confirma, pela experiência vivida pelos países que a praticaram, como uma garantia de acesso, e de permanência neles, aos espaços e setores da sociedade até hoje majoritariamente reservados à “casta” branca da sociedade.”

Mesmo diante dos notáveis benefícios obtidos pelos mecanismos capazes de proporcionar a representação do negro nas camadas superiores da sociedade, vale consignar que os contrários às políticas de cotas, quanto a inserção da população negra na universidade, afirmam que as ações afirmativas se desvirtuam do princípio da igualdade, ao passo que ferem a ideia de mérito.

Em resposta ao reportado, o aludido autor destaca que *“mérito significa simplesmente que você coloca como ponto de partida as pessoas no mesmo nível.”*³⁴² Não condizente, portanto, com a discrepância social peculiar a nação brasileira, visto que poucos são os negros que conseguem obter uma vaga na universidade pública, sendo condenados ao ostracismo em uma sociedade cruel e capitalista. Além disso, as cotas não objetivam distribuir vagas sem qualquer merecimento. Ao contrário, os alunos que almejam o ingresso na universidade pública através desse sistema serão avaliados como os demais. A diferença reside na identificação como negros no ato da inscrição. Evidencia-se, portanto, a necessidade de aplicação da igualdade, em sua vertente material, sendo esse o objeto das políticas de ações afirmativas.

Ademais, diante da variedade de termos existentes para a classificação racial no Brasil,³⁴³ surge outro recorrente argumento contrário às políticas em discussão. Trata-se da impossibilidade de se identificar quem teria ou não direito a usufruí-las, visto que devido a grande mistura da população brasileira, todos haveriam de ter um ancestral negro. Ou seja, todo brasileiro poderia enquadrar-se como um beneficiário em potencial, condizente,

³⁴² *O racismo Velado*, por Kabengele Munanga. GGN: o jornal de todos os Brasis, 19 set. 2011. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/o-racismo-velado-por-kabengele-munanga>. Acesso em: 12.06.2017.

³⁴³ A variedade de termos usados para a nomenclatura de cor ou raça no Brasil acompanhou o processo de miscigenação da população de seu território e reflete tanto a ampla variedade fenotípica resultante quanto às *“identidades associadas”* construídas socialmente. Os principais termos usados para a classificação segundo a cor ou raça no Brasil, em sua maioria, possuem uma origem que remonta à, pelo menos, o início da colonização portuguesa. STOCCO II, Lauro. *Preconceito, branqueamento e anti-racialismo*: porque e como utilizar a categoria negro nas políticas de ação afirmativa. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006, pp. 50, 51.

portanto, com a imagem de país detentor de identidade racial híbrida, construída para o Brasil a partir da década de 1930.³⁴⁴

Acerca do supramencionado Lauro Stocco II³⁴⁵ aduz:

“(...) esta argumentação parece se basear mais em ideias preconcebidas de que em fundamentos empíricos”, pois tanto ao longo da história quanto atualmente a sociedade brasileira soube discriminar seus habitantes no que se refere à distribuição de benefícios sociais e econômicos (Petruccelli, 2001^a, p. 4). Por que apenas agora, então, quando se trata de se distribuir benefícios compensatórios às populações que foram obrigadas a ocupar a base da estrutura social, a sociedade não conseguiria distinguir quem são os seus estigmatizados?”

Contudo, o argumento levantado, denominado como mestiçagem, é facilmente combatido sob o entendimento de que em um país caracterizado pela existência da discriminação contra os negros, a conduta discriminatória, por si só, é prova contundente da possibilidade de identificação dos negros. Ao revés, não haveria discriminação.

A recente implantação da política de cotas voltada aos estudantes negros no ensino superior configura-se como um acontecimento que quebra drasticamente a dinâmica de funcionamento do mundo acadêmico desde o seu surgimento. O sistema de reserva de vagas está promovendo uma concreta redistribuição das relações sociais no âmbito acadêmico, iniciando pelo universo discente da graduação, entretanto com potencial para a devida expansão à pós-graduação, ao corpo docente e aos pesquisadores³⁴⁶.

Diametralmente, os favoráveis de políticas dessa natureza contam com dados estatísticos capazes de atestar que a política afirmativa de reserva de cotas propiciou o acesso a aproximadamente 150 mil estudantes negros em instituições de ensino superior de todo país, após a criação da Lei 12.711/2012³⁴⁷. Tais dados comprobatórios destacam,

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 51.

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 51, 52.

³⁴⁶ CARVALHO, José Jorge de. O confinamento racial do mundo acadêmico brasileiro. *Revista USP*. São Paulo, n. 68, p. 88, dez./fev. 2005/2006.

³⁴⁷ *Em 3 anos, 150 mil negros ingressaram em universidades por meio de cotas*. Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Ministério dos Direitos Humanos, 21 mar. 2017. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2016/03-marco/em-3-anos-150-mil-negros-ingressaram-em-universidades-por-meio-de-cotas>. Acesso em: 12.06.2017.

ainda, que “os alunos cotistas tiveram um rendimento igual ou superior aos outros. Então a excelência não foi prejudicada.”³⁴⁸ Corroborando com o exposto, destaca-se um estudo acerca do desempenho de cotistas na Unb, responsável por avaliar os 10 anos da implementação do sistema de cotas. Os dados apresentados mostram que o rendimento dos cotistas é praticamente igual ao dos não cotistas e, em 2009, mostrou-se superior.³⁴⁹ Trata-se de pesquisa extremamente relevante, pois rompe um preconceito imensamente difundido de que as cotas viabilizariam um rebaixamento acadêmico das universidades. Assim, os fundamentos positivos retromencionados servem para embasar a manutenção das políticas inclusivas, mormente a de cotas nas instituições universitárias.³⁵⁰

Embora o percentual de negros no ensino superior tenha aumentado significativamente após os programas de ações afirmativas nas principais universidades do país, grande parte da população em comento pressiona o mercado de trabalho almejando

³⁴⁸ *O racismo Velado*, por Kabengele Munanga. GGN: o jornal de todos os Brasis, 19 set. 2011. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/o-racismo-velado-por-kabengele-munanga>. Acesso: 12.06.2017.

³⁴⁹ Cf. 10 anos de cotas - UnB. Disponível em: <http://stat.correioweb.com.br/sersustentavel/Cotas10anosMauroRabelo.pdf>. Acesso em: 12.06.2017. Cf. *Desempenho de cotistas é igual ao de não cotistas na UnB*. Correio Braziliense, Brasília, 06 jun. 2013. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/estudante/ensino_ensinosuperior/2013/06/06/ensino_ensinosuperior_interna,370016/desempenho-de-cotistas-e-igual-ao-de-nao-cotistas-na-unb.shtml. Acesso em: 12.06.2017.

³⁵⁰ Em conformidade com a experiência norte-americana, Randall Kennedy atribui às ações afirmativas inúmeros benefícios, não apenas para os afro-americanos, mas para a nação em sua totalidade. Vejamos: “*Affirmative action has strikingly benefited blacks as a group and the nation as a whole. It has enabled blacks to attain occupational and educational advancement in numbers and at a pace that would otherwise have been impossible. These breakthroughs engender self-perpetuating benefits: the accumulation of valuable experience, the expansion of a professional class able to pass its material advantages and elevated aspirations to subsequent generations, the eradication of debilitating stereotypes, and the inclusion of black participants in the making of consequential decisions affecting black interests. Without affirmative action, continued access for black applicants to college and professional education would be drastically narrowed. To insist, for example, upon the total exclusion of racial factors in admission decisions, especially at elite institutions, would mean classes of college, professional and graduate students that are virtually devoid of Negro representation. Furthermore, the benefits of affirmative action redound not only to blacks but to the nation as a whole.*” KENNEDY, Randall. *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*. In *Harvard Law Review*. Vol. 99, nº 6 (Apr., 1986), p. 1329 *apud* VENTURINI, Anna Carolina. *Ações afirmativas e o ingresso nas universidades públicas brasileiras: Análise sob o ponto de vista da formulação das políticas públicas*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. p. 60. Tradução livre: “*A ação afirmativa beneficiou surpreendentemente os negros como um grupo e a nação como um todo. Possibilitou que os negros alcançassem um avanço ocupacional e educacional em número e ritmo que de outra forma teria sido impossível. Estes avanços geram uma autopropetuação dos benefícios: o acúmulo de experiência valiosa, a expansão de uma classe profissional capaz de passar suas vantagens materiais e aspirações elevadas para as gerações seguintes, a erradicação dos estereótipos debilitantes e a inclusão de participantes negros na elaboração de decisões consequentes que afetam interesses dos negros. Sem uma ação afirmativa, o acesso continuado de candidatos negros à faculdade e a educação profissional seria drasticamente reduzido. Insistir, por exemplo, na exclusão total dos fatores raciais nas decisões de admissão, especialmente em instituições de elite, significaria classes de faculdade, estudantes e profissionais de pós-graduação que são praticamente desprovidos de representação negra. Além disso, os benefícios da ação afirmativa reverterem não só para os negros, mas para a nação como um todo.*”

inserção qualificada,³⁵¹ visto que as desigualdades raciais persistem e continuam oprimindo a grande maioria dos cidadãos. Indubitavelmente, ainda há muito a ser realizado pelo poder público, no entanto é fundamental destacar que políticas governamentais já demonstram fortalecimento quanto aos processos de inclusão profissional dos negros. Por exemplo, os programas de implementação de cotas no serviço público através da, já mencionada, Lei 12.990/2014, tendo, inclusive, a sua legitimidade assegurada recentemente, pois o Supremo Tribunal Federal declarou como constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos federais.

Isto posto, diante dos argumentos expostos quanto à política de cotas, pode-se concluir que os aspectos positivos inerentes a reservas de vagas para os negros superam, excessivamente, os aspectos negativos. Outrossim, se configura como espécie de ação afirmativa que se compatibiliza com a ordem jurídica pátria, assim como com os princípios da igualdade, proporcionalidade e solidariedade. Destarte, trata-se de um sistema incipiente que, paulatinamente, tem sido aperfeiçoado pelas universidades e Governo, de modo a propiciar, no presente, reais possibilidades de acesso aos jovens negros e pobres às universidades e ao mercado de trabalho.³⁵² Assim, as cotas representam um meio emergencial para solucionar o problema da segregação dos negros no ensino superior, no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na sociedade.

No Brasil, vale a constatação de que com o advento da Constituição de 1988, teve início um movimento visando a eliminação do mito da democracia racial. Desde então passou-se a pressionar o Poder Público, com maior veemência, com relação a elaboração de políticas públicas favoráveis a população negra. O estado brasileiro, há alguns anos tem demonstrado significativo avanço no que diz respeito a diversidade dos textos legais, originados dos poderes Executivo e Legislativo ou de alguns estados da federação, destinados à proteção dos indivíduos pertencentes a determinado grupo, considerado segregado e, portanto, detentor de atenção especial.

³⁵¹ Presença negra nas empresas ainda é desafio. Carta Capital, 22 mar, 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/presenca-negra-nas-empresas-ainda-e-desafio>. Acesso em: 12.06.2017.

³⁵² Vale consignar que a Universidade de São Paulo (USP) aprovou, pela primeira vez, a implantação de cotas raciais e de escola pública no vestibular da Fuvest. A nova política foi recentemente aprovada, em 04 de julho de 2017. *USP aprova cotas raciais e de escola pública na Fuvest pela primeira vez na história*. G1, 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.amodireito.com.br/2017/07/usp-aprova-cotas-raciais-e-de-escola-publica-pela-primeira-vez-em-sua-historia.html>. Acesso em: 05.05.2017.

Há séculos, a discriminação e o preconceito são intrínsecos à realidade em que nos inserimos. O racismo é cotidiano em nossa sociedade, entretanto experimentamos de uma “*inconsciência*” social, voltada a negação de que a barbárie escravocrata existiu e que ainda hoje os seus efeitos refletem em nosso meio, através da criação incessante de vítimas de um crime velado, contudo perpétuo e inquebrantável³⁵³.

Conclui-se, então, que a ação afirmativa configura-se como uma medida legítima e eficaz para a eliminação das injustiças históricas e atuais em desfavor daqueles que vivem à margem da sociedade, propiciando a valorização da imagem do negro e a consequente possibilidade de ascensão social, já que sempre foram impedidos de um exercício mais influente na coletividade. Um estado democrático de direitos deve assegurar a igualdade entre os indivíduos e retratar a diversidade que lhe é peculiar na estrutura de poder.

Não trata-se de instrumento destinado a segregar, ao passo que concede benefícios aos que estão em posição de desigualdade em detrimento de outros, mas trata-se do anseio de se integrar socialmente, enaltecendo o potencial existente e propiciando, inclusive, que alcancem o respeito próprio, por vezes derrocado pelo fortalecimento dos estereótipos, alicerçados na falsa percepção de superioridade dos brancos.

A adoção de cotas nas universidades e em concursos públicos corroboram com esse cenário, devendo haver maior consciencização no imaginário coletivo e do governo, pois são nesses espaços de acesso a educação e ao mercado de trabalho que o racismo se prolifera, devendo ser fortemente combatido, ao lado do aludido sistema, assim como mediante diversas outras medidas de reconhecimento das raças, pois a política de cotas, por si só, não sanará o problema da desigualdade racial existente no Brasil. E, por outro lado, políticas com cunho universal não possibilitariam mudanças significativas em curto prazo.

Portanto, as medidas de *descrímen positivo* são instrumentos valorosos e eficazes para se eliminar a ideologia do racismo e se alcançar a justiça social, essencialmente quando o país possui a segunda maior população negra do mundo, devendo buscar, incessantemente, meios pra reparar a assimetria impingida historicamente, implementando

³⁵³ ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Record. 2007. pp. 215 a 234.

o direito à igualdade em uma sociedade democrática,³⁵⁴ ocasionando benefícios para toda a nossa plural nação.

É preciso também, haver maior investimento quanto a implementação de programas destinados a assessorar e suplantar os alunos universitários cotistas, de modo a suprir as eventuais dificuldades decorrentes do ensino ofertado pelas calamitosas escolas públicas brasileiras.

Releva, ainda, destacar que as políticas afirmativas em questão são caracterizadas, em regra, pelo caráter provisório, sendo extirpadas com a efetiva inserção social do negro e, conseqüentemente, a erradicação da escorchante discriminação racial. Cabendo, permanentemente, ao poder público avaliar, continuamente, os resultados das ações afirmativas em execução no Brasil.

³⁵⁴ Segundo Flávia Piovesan, “A implementação do direito à igualdade é tarefa essencial a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa igualdade – a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.” PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, p. 192.

II – CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou analisar a adoção das políticas de ações afirmativas brasileiras em benefício da população negra ponderando, essencialmente, acerca da eficácia de tais medidas e do conseqüente alcance da justiça social. A conjectura, positiva à indagação antecedente, restou afinal comprovada.

A metodologia empregada foi a dedutiva. Embasou-se na análise de textos constitucionais, legais, bem como doutrinários a respeito da generalidade das medidas de *descriómen positivo*, englobando a devida compatibilidade com o princípio da igualdade, e caminhou-se ao exame da utilização das cotas raciais como forma de inserção do negro em sociedade através, principalmente, do acesso ao ensino superior brasileiro. Como procedimento empregado utilizou-se o método bibliográfico, mediante estudo alicerçado em doutrinas e periódicos detentores de caráter jurídico, filosófico e sociológico, atinentes à temática em comento.

Vislumbrou-se, no primeiro instante, o princípio da igualdade e suas variações, em virtude da sua ligação intrínseca com o instrumento afirmativo pesquisado. Sendo ele o principal alvo dos questionamentos quanto a aplicabilidade ou não das ações afirmativas. Tornou-se perceptível que a igualdade material é indispensável para a efetiva concretização de políticas públicas dessa natureza, pois segundo a concepção aristotélica, deve-se *“tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”*. Deste modo, a almejada justiça social está atrelada à existência de uma igualdade substantiva e não apenas formal.

Vale consignar que se, por um lado, há a proibição da desigualdade perante a lei (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), por outro, nos deparamos com diversos textos legais versando sobre a desigualdade ou discriminação na lei, evidenciando que a palavra *“discriminação”* também abrange um sentido positivo. Assim, trata-se de medida extremamente necessária para a correção (e compensação) das disparidades existentes, bem como para a concretização da dignidade da pessoa humana mediante a isonomia.

No capítulo segundo analisamos a gênese das ações afirmativas. Embora exista divergências quanto à sua origem, grande parte dos autores pesquisados concluíram que havia ocorrido na Índia, país caracterizado por ser a maior sociedade multiétnica do mundo, sendo também a mais fragmentada e, portanto, extremamente desigual.

Vimos, também, as singularidades da implementação das ações afirmativas nos Estados Unidos, com a finalidade específica de propiciar a inclusão social dos negros, haja vista a presença da segregação racial institucionalizada. Dissipou-se, desde então, por todo o mundo e não apenas se restringindo a inclusão negra, mas de todos os que ostentavam situação de desvantagem quanto ao acesso aos bens sociais, por, dentre outros motivos, serem vítimas do preconceito e da discriminação.

A relevante atuação da Suprema Corte Americana também foi objeto deste estudo e pôde-se concluir que o seu posicionamento foi preponderante na implementação das políticas afirmativas, trafegando da severa legitimação racial para a constitucionalidade, embora, atualmente o entendimento esteja atrelado à inconstitucionalidade, protagonizando um retrocesso quando à utilização de tais medidas. Vale registrar que as realidades de ambos os países, Estados Unidos e Brasil, diferem em diversos aspectos, mormente na área educacional.

Desvendou-se, ainda, que as ações afirmativas são políticas públicas ou privadas, detentoras de caráter temporário, destinadas a promover a inclusão social, política e econômica dos grupos considerados minoritários e vulneráveis, ocasionando a promoção da igualdade material, pois propicia reais e dignas oportunidades às vítimas discriminadas por diversos fatores.

O terceiro e último capítulo tiveram início com a discussão acerca dos fundamentos que embasam as medidas de caráter afirmativo. Dentre as motivações, merecem relevo as questões vinculadas a justiça compensatória e distributiva. A primeira, atrela-se a ideia de que as ações afirmativas visam ressarcir determinados indivíduos estigmatizados socialmente, em decorrência de injustiça ocorrida no passado; a segunda, acolhida de modo majoritário, associa-se a distribuição equânime dos bens escassos socialmente, no presente.

À vista disso, as ações afirmativas alicerçam-se em políticas compensatórias e distributivas, não excludentes, sendo consideradas como uma poderosa medida de inserção social, mediante a observância da igualdade material.

Quanto aos objetivos, obteve maior relevo a busca pela efetiva concretização da igualdade, pois trata-se de instrumento destinado a proteger os cidadãos contra as diversas discriminações ou classificações normativas detentoras de cunho desvantajoso, mediante a apreciação das peculiaridades inerentes aos grupos excluídos. Deste modo, objetiva-se

propiciar a efetiva igualdade, através do acesso aos bens essenciais em sociedade; a modificação no imaginário coletivo; o aumento da representatividade das minorias, de modo a ocasionar a existência de exemplos emblemáticos na comunidade e a promoção da diversidade.

Ademais, restou evidente que a Constituição vigente não contempla, expressamente, a previsão de ações afirmativas voltadas à população negra, no entanto, os seus objetivos, quanto ao anseio de construção de uma sociedade justa e igualitária, legitimam a sua adoção. Como também, o seu §2º do artigo 5º pois, dentre outros motivos, em virtude de o Brasil ser signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, além de outros documentos internacionais dessa natureza. Portanto, as ações afirmativas possuem vasto respaldo no texto constitucional.

Vale, ainda, a constatação de que com o advento da Carta Magna de 1988 o princípio da igualdade, como elemento fundamental a democracia, foi alargado, o que possibilitou o surgimento, no âmbito infraconstitucional, de diversas normas versando sobre discriminação positiva em prol dos desfavoricados, essencialmente, os negros.

O Supremo Tribunal Federal, órgão judicial de cúpula do nosso país, dentre os seus julgados analisados, posicionou-se de modo favorável quanto a adoção das políticas afirmativas em comento, alicerçando-se, principalmente, no princípio da igualdade, como elemento fundamental para efetiva concretização da justiça. Além de considerar que o racismo é um problema intrínseco à realidade brasileira, devendo, portanto, ser combatido.

No Brasil, experimentamos mais de 350 anos de escravidão, fenômeno marcado pela imposição do trabalho compulsório a população negra em prol do enriquecimento da branca. Da antiguidade aos dias atuais, o racismo permanece presente no pensamento da sociedade, ou seja, a ideologia dominante, impregnada de discriminações e preconceitos, perpetua os estigmas e a desqualificação social dos negros.

Como visto alhures, a discriminação racial encontra-se intimamente atrelada à discriminação social. Os dados compilados para a presente pesquisa apontaram as desigualdades que assolam os possíveis direitos inerentes aos negros da nação brasileira.

Deste modo, a tal população trafegou da senzala à favela, sendo o princípio racialista norteador das relações sociais no Brasil, inserindo esses indivíduos em posição de destituição socioeconômica onde, por serem negros e pobres são duplamente discriminados.

Em linhas finais, sublinhe-se que a neutralidade estatal deve, cada vez mais, ser substituída por medidas efetivas e imediatas, das quais estão incluídas as políticas de discriminação positiva, pois as desigualdades, essencialmente as cometidas em desfavor dos negros, não serão solucionadas com o decurso do tempo.

Portanto, as ações afirmativas são portadoras do ilustre objetivo de propiciar reais e dignas oportunidades em sociedade aos indivíduos que são sistematicamente discriminados devido as características fenotípicas vinculadas ao grupo racial negro, situação historicamente impingida. Vale, também, ressaltar que a adoção das cotas raciais, com o fim do ingresso no ensino superior brasileiro e no mercado de trabalho, não viola o princípio da igualdade e deve ser reconhecida por constitucional.

Desta forma, impende conhecer a história e as singularidades do país sob análise para que se compreenda a necessidade da adoção de certas medidas, responsáveis por emanar a devida justiça aos cidadãos excluídos. Elas são imprescindíveis para extirpar o mito da democracia racial brasileiro, bem como a discriminação inquebrantável lá existente. Somente assim, e antes de mais, poder-se-á falar em um Estado democrático de direito.

III – BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*, Coimbra: Almedina, 1993.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Record , 2007.

ALVES, Correia. *Justiça Constitucional*, Coimbra: Coimbra Almedina, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2014.

BELISÁRIO, Bethânia Silva. *Políticas de Ação Afirmativa e o Direito Fundamental à igualdade: O Sistema de Cotas Raciais para o Ingresso de Negros no Ensino Superior Brasileiro*, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2007.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Ações Afirmativas*. LTR Editora. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*, São Paulo: Unesp, 2002.

BOWEN, William G.; Bok, Drek. *O curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*, em colaboração com James L. Shulman... [et al.]; tradução Vera Ribeiro; revisão Carlos Hasenbalg. – Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

CARVALHO, José Jorge de. O confinamento racial do mundo acadêmico brasileiro. *Revista USP*. São Paulo. n. 68, p. 88. dez./fev. 2005/2006.

_____. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar. 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Saraiva: São Paulo, 2010.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*. São Paulo. 2011.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. 2ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2016.

GOMES, Fábio Soares. *A questão da igualdade e a política de cotas*, Salvador, 2008.

Gomes, Canotilho; Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I (art. 1 a 107), 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

_____. A Desconstrução do Mito da Raça e a Inconstitucionalidade de Cotas Raciais no Brasil, in *Revista Direito Público*, n.36, nov-dez/2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 20ª Edição. Editora Saraiva, 2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Compatibilidade do sistema de reserva de cotas étnico-raciais nas universidades públicas com a Constituição de 1988, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF nº 186/DF*. A Constituição de 1988 na

visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Edição comemorativa, Brasília: Secretaria de Documentação, 2013.

_____. Políticas Afirmativas nas Universidades Brasileiras como Fator de Integração Étnico-Racial, In *Direitos Humanos, Democracia e Justiça Social: Uma homenagem à Professora Eunice Prudente – Da militância à academia*, 1ª edição, São Paulo, 2017.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações afirmativas na Realidade Brasileira*. Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª edição, 24ª tiragem, São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2014.

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

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Da escravidão às cotas: a ação afirmativa e os negros no Brasil*, Birigui-SP: Editora Boreal, 2013.

MOEHLECKE, Sabrina. Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior. 2000. *Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 5ª Edição. Editora Atlas S.A., 2005.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*. São Paulo. mar./maio 2006.

_____. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado democrático de Direito*. Juruá Editora. Curitiba. 2010.

SANDEL, Michael J. *justiça: o que é fazer a coisa certa*. Editora Civilização Brasileira. 2009.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem Burguesa e liberalismo político*, São Paulo: Livraria duas cidades, 1978.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*, Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes, Editora Record: Rio de Janeiro, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª edição, São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2009.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Rio de Janeiro: É realizações Editora. 2004.

STOCCO II, Lauro. *Preconceito, branqueamento e anti-racialismo: porque e como utilizar a categoria negro nas políticas de ação afirmativa*. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2006.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Almedina., 2016.

VENTURINI, Anna Carolina. *Ações afirmativas e o ingresso nas universidades públicas brasileiras: Análise sob o ponto de vista da formulação das políticas públicas*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

IV. Legislação, jurisprudência e sítios da internet

A Brief History of Jim Crow. Constitutional Rights Foundation. Disponível em: <http://www.crf-usa.org/black-history-month/a-brief-history-of-jim-crow> Acesso em: 19.02.2017.

ALVES, J. A. Lindgren. A conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos. *Rev. bras. Polít. int.* vol. 45 n. 2 Brasília July/Dec. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009.

AMARAL, Luiza. *A evolução dos princípios da isonomia e igualdade na legislação brasileira.* Disponível em: <https://luizaamaral.jusbrasil.com.br/artigos/252308951/a-evolucao-dos-principios-da-isonomia-e-igualdade-na-legislacao-brasileira>.

BIJRAL, Quleen Kaur. *Affirmative Action: The System Of Reservations And Quotas In India.* The Logical Indian, 07 oct. 2015. Disponível em: <https://thelogicalindian.com/story-feed/awareness/affirmative-action-the-system-of-reservations-and-quotas-in-india/>.

BARBOSA, Lívia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas.* Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2003. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=tJCEOmokz54C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. *Programa Universidade para Todos - PROUNI.* Disponível em: www.mec.gov.br.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (1934) (revogada).* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. (1937) (revogada)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. (1946) (revogada)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

_____. *Constituição [da] República Federativa do Brasil. (1967) (revogada)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm .

BRITO, Ângela Maria Benedita B. de; SANTANA, Moisés de Melo; CORREIA, Rosa Lúcia L. S.; Kulé Kulé: *Educação e Identidade Negra*. Maceió: EDUFAL, 2004. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=dF_c9jLiMLMC&pg=PA63&lpg=PA63&dq=%E2%80%A2+Projeto+de+Lei+n%C2%BA+3.198/2000&source=bl&ots=aNdOgJJPn4&sig=TUzN_FTocklY-H4x0NZX0JUu3sY&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi1lurtvevUAhVKIZAKHbScAd8Q6AEITDAH#v=onepage&q=%E2%80%A2%20Projeto%20de%20Lei%20n%C2%BA%203.198%2F2000&f=false.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) (USSC+). *Supreme Court of The United States*. Disponível em: <http://www.nationalcenter.org/brown.html>.

BRYCH, Fábio. *Ética utilitarista de Jeremy Bentham*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=155.

Civil Rights Act. July 2. 1964. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/civil_rights_1964.asp. Acesso em: 16.01.2017.

CHOUDHURY, Chandrahas. *Affirmative action for all in India: Many of the societal disabilities are rooted in the ancient hierarchical structures and prejudices of the caste system*. *Aljazeera*, 29 aug. 2015. Oponion/politics. Disponível em:

<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2015/08/affirmative-action-india-150829083614239.html>.

Commencement Address at Howard University: “To Fulfill These Rights.” *The American Presidency Project*. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=27021>.

Como é ser um homem negro no Brasil? Carta Capital, 03 jul. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/03/como-e-ser-um-homem-negro-no-brasil/>.

Cotas para negros em concursos para juiz são adotadas em quase todo país. Conselho Nacional de Justiça. 01 mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84376-cotas-para-negros-em-concursos-para-juiz-sao-adotadas-em-quase-todo-pais> Acesso em: 09.06.2017

Constituição do Estado da Bahia, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.uneb.br/pgdp/files/2010/07/Constitui%C3%A7%C3%A3o-do-Estado-da-Bahia.pdf>.

Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm.

Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>.

Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso: 05.06.2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social. Portal Brasil. *Cidadania e Justiça*. 04 nov. 2009. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

Declaration of Independence: A Transcription. America's Founding Documents. Disponível: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>.

DWORKIN, Ronald. *The case against color-blind admissions, in The New York Review of Books*. Disponível em: www.nybooks.com/articles/archives/2012/dec/20/case-against-color-blind-admissions/?pagination=false&printpage=true.

Desempenho de cotistas é igual ao de não cotistas na UnB. Correio Braziliense, Brasília, 06 jun. 2013. http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_ensinosuperior/2013/06/06/ensino_ensinosuperior_interna,370016/desempenho-de-cotistas-e-igual-ao-de-nao-cotistas-na-unb.shtml.

Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/igualdade/>

Educação concentra iniciativas para negros. São Paulo: Folha de São Paulo, 19 jan. 2004. Cotidiano. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1901200408.htm>
Acesso em: 05.06.2017.

Em 3 anos, 150 mil negros ingressaram em universidades por meio de cotas. Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Ministério dos Direitos Humanos, 21 mar. 2017. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2016/03-marco/em-3-anos-150-mil-negros-ingressaram-em-universidades-por-meio-de-cotas>.

Executive Order 10925. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>.

Executive Order 11246. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11246.html>.

FREGGE, Friedrich Ludwig Gottlob. *Sobre o sentido e a referência*. Tradução Sérgio R. N. Miranda. Universidade Federal de Ouro Preto. FUNDAMENTO – Rev. de Pesquisa em Filosofia, v. 1, n. 3, maio – ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n3/vol1n3-2.pdf>

FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne. O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. *Enfoques: revista eletrônica*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 93-117, 2002. Disponível em: [file:///C:/Users/Coura/Downloads/11-13-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Coura/Downloads/11-13-1-SM%20(1).pdf).

GHOSH, Partha S. *Positive Discrimination in India: A Political Analysis*. Ethnic Studies Report, Vol. XV, No. 2, July 1997. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India> .

HAVARD UNIVERSITY. *The Civil Right Project. Overview of Constitutional Requirements...*, p.1.

IBGE: *Desemprego é de 14,4% entre negros; 14,1% entre pardos; 9,5% entre brancos*. *Época negócios*, 23 fev. 2017. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/02/epoca-negocios-ibge-desemprego-e-de-144-entre-negros-141-entre-pardos-95-entre-brancos.html>, Acesso em: 06.06.2017.

Jim Crow Laws. *Freedom Riders Article. American Experience*. Disponível em: <http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/freedom-riders-jim-crow-laws/>.

O racismo Velado, por Kabengele Munanga. GGN: *o jornal de todos os Brasis*, 19 set. 2011. Disponível em: <http://jornalgggn.com.br/blog/luisnassif/o-racismo-velado-por-kabengele-munanga>

KING, Desmond S.; SMITH, Rogers M. “*Without Regard to Race*”: Critical Ideational Development in Modern American Politics. Oxford University. <https://www.nuffield.ox.ac.uk/People/sites/King/SiteAssets/Lists/Biography%20Sections/EditForm/Despaper.pdf>.

Lei complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm.

Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm.

Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm.

Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm.

Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm.

Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm.

LEI Nº 9.459, DE 13 DE MAIO DE 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm .

Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm.

Lei nº 3.788, de 02 de fevereiro de 2006. Disponível em:
http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/51708/Lei_3788_02_02_2006.html.

Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm.

Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm.

Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm.

LIMA, George Marmelstein. *As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson. Direitos Fundamentais*. Disponível em:
<https://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>.

MELLO, Marco Aurélio. Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Palestra no Seminário “Discriminação e sistema Legal Brasileiro”*, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2011.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100069&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>.

Aurélio. *Notícias STF. Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206035>.

Notícias STF, Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206023>.

Negros e mídia: invisibilidades. *Série Especial- Racismo na Mídia e na Esquerda. Le monde diplomatique Brasil*, 27 mar. 2017. Disponível em: <http://diplomatie.org.br/negros-e-midia-invisibilidades/>.

Ovichegan, Samson K. *Faces of Discrimination in Higher Education in Índia: Quota policy, social and the Dalits*. Routledge: New York. 2015. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=k7-gBgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

OLIVEIRA, Fábio Alves Gomes de. *Justiça e Igualdade em Ronald Dworkin: o leilão hipotético e a divisão igualitária de recursos*. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano2_04/1_Oliveira.pdf.

GGN: o jornal de todos os Brasis. 19 set. 2011. Disponível em: <http://jornalggm.com.br/blog/luisnassif/o-racismo-velado-por-kabengele-munanga>.

Carta Capital, 22 mar, 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/presenca-negra-nas-empresas-ainda-e-desafio>,

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

Projeto de Lei do Senado nº 650, de 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/42616>.

Projeto de Lei nº 3627/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=254614>.

Projeto de Lei nº 3.198, de 2000. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0176829483E416893AE4C79C5C53D22B.node2?codteor=983438&filename=Avulso+-PL+3198/2000.

Programa de Ação Afirmativa. Ministério das Relações Exteriores: Instituto Rio Branco.
Disponível em: http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/programa_de_acao_afirmativa.xml.

RAWLS, John. *A Theory of Justice. Revised Edition.* Harvard University Press. 2003.
Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=kvpby7HtAe0C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

Retrato das Desigualdades: Gênero e Raça. Programa Igualdade de Gênero e Raça – UNIFEM. Diretoria de Estudos Especiais – IPEA, primeira edição, p.31. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf> Acesso em: 12.06.2017.

SANTOS, Celso José dos. O Estatuto da Igualdade Racial: Avanços, limites e potencialidades. Disponível em: <http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2015/02/01-o-estatuto-da-igualdade-racial.pdf> Acesso em: 05.06.2017.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Thomas E. Weisskopf, *Affirmative action in the United States and India: a comparative perspective.* Nova York, Routledge, 2004, 304pp. Tempo soc. Vol. 18 nº 2 São Paulo Nov. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200017.

Supremo lança primeira licitação com cota para negros. Notícias STF. Brasília, 02 jan. 2002. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58259>. *STF declara constitucionalidade da Lei de Cotas no Serviço público Federal.* Carta Capital, 09 jun. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/09/stf-declara-constitucionalidade-da-lei-de-cotas-no-servico-publico-federal/>.

The Equal Pay Act of 1963. Disponível em: <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm>
Acesso em 16.01.2017.

The Constitution of India. Disponível em:
<http://www.constitution.org/cons/india/const.html>

The Constitution of The Republic of Namibia. African Law Library. Disponível em:
<http://www.africanlawlibrary.net/pt/web/namibia/constitution> ,

U.S. Constitution. Amendment. Disponível em:
http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html.

G1, 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.amodireito.com.br/2017/07/usp-aprova-cotas-raciais-e-de-escola-publica-pela-primeira-vez-em-sua-historia.html>.

13th Amendment to the U.S. Constitution. Disponível em:
<https://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/13thamendment.html>.

Remarks Upon Signing the Equal Pay Act. The American Presidency Project. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9267> Acesso em: 16.01.2017.

10 anos de cotas - UnB. Disponível em:
<http://stat.correioweb.com.br/sersustentavel/Cotas10anosMauroRabelo.pdf>
http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_ensinosuperior/2013/06/06/ensino_ensinosuperior_interna,370016/desempenho-de-cotistas-e-igual-ao-de-nao-cotistas-na-unb.shtml. pp. Arts. 31 a 33.

V. JURISPRUDÊNCIA

Supreme Court of the United States

Caso Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>

Caso Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html>

Supremo Tribunal Federal

Decisão da Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental (ADPF) 186.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastfarquivo/anexo/adpf186.pdf> Acesso em:

05.06.2017.

Informativo STF – N° 868. Disponível em :

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo868.htm>

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41 Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=41&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.