

Núcleo de Estudos e Pesquisas  
da Consultoria Legislativa



**A CONSTITUCIONALIDADE  
DAS POLÍTICAS DE AÇÕES  
AFIRMATIVAS**

Allan Coelho Duarte

Textos para Discussão **147**

Abril/2014

## SENADO FEDERAL

### DIRETORIA GERAL

Antônio Helder Medeiros Rebouças – Diretor Geral

### SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

### CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

### NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

DUARTE, A. C. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 22 de abril de 2014.

Núcleo de Estudos e Pesquisas  
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

[conlegestudos@senado.leg.br](mailto:conlegestudos@senado.leg.br)

URL: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)

ISSN 1983-0645

# A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

## RESUMO

As políticas de ações afirmativas surgiram como forma de combater cenários de segregação e discriminação institucionalizadas. Uma dessas medidas, as cotas raciais, obteve posição de destaque na sociedade norte-americana e se expandiu para o Brasil. Por aqui, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou favoravelmente à constitucionalidade de tais políticas, se amparando em grande parte no princípio da isonomia<sup>1</sup>, mais especificamente em seu corolário, o princípio da igualdade material. No entanto, a relativização de outros princípios constitucionais para a consecução de tal entendimento leva ao questionamento dos limites da supracitada constitucionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas; constitucionalidade; cotas; princípio da igualdade material.

---

<sup>1</sup> Também chamado de princípio da igualdade.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA.....	8
3	A POSIÇÃO ATUAL DO STF.....	11
4	ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE: QUESTIONAMENTOS SOBRE AS POLÍTICAS DE COTAS .....	17
5	CONCLUSÃO .....	20
	BIBLIOGRAFIA .....	22

# A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

*Allan Coelho Duarte*<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Ações afirmativas podem ser entendidas como soluções de caráter temporário, tomadas pelo Estado ou pela iniciativa privada, cujo intuito primordial é o de corrigir e compensar distorções históricas ou mesmo atuais, causadas por motivos escusos que foram se acumulando com o decorrer do tempo e acabaram por prejudicar certo grupo específico, seja por critérios de raça, etnia, religião, gênero, etc.

Segundo o Grupo de Estudos Multidisciplinar da Ação Afirmativa (GEMAA), sediado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ):

Ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócio-econômica no passado ou no presente. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural.<sup>3</sup>

Preliminarmente, é importante salientar que a definição de ações afirmativas não se confunde com a de cotas. Aquelas seriam o gênero e estas a espécie. Toda contratação ou promoção preferencial de membros de grupos discriminados, seja por meio de cotas, bolsas de estudo, vantagens, medidas de proteção ou reparações financeira, são abarcadas pelo conceito de ação afirmativa.

Datam ainda dos anos 1960 as primeiras medidas conjuntas organizadas de forma coordenada em âmbito internacional, inclusive com participação brasileira,

---

<sup>2</sup> Consultor Legislativo do Senado Federal, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário.

<sup>3</sup> [http://gema.iesp.uerj.br/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=1:o-que-s%C3%A3o-a%C3%A7%C3%B5es-afirmativas?&Itemid=217](http://gema.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=1:o-que-s%C3%A3o-a%C3%A7%C3%B5es-afirmativas?&Itemid=217)

que objetivam implementar ações afirmativas como forma de eliminar a discriminação racial.

Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial foi ratificada pelo Brasil em 1968 e passou a vigorar no ordenamento pátrio a partir da edição do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Em todo seu texto, em especial em seu artigo II, a Convenção estipula que os Estados Partes se comprometem a tomar medidas para eliminar a discriminação racial, sob todas as formas, inclusive por medidas legislativas e pelo fortalecimento de organizações capazes de eliminar barreiras entre as raças. Ademais, ressalta a necessidade de tais medidas não se perpetuarem de forma a causar uma situação de desigualdade, ao manter indefinidamente direitos distintos para os diferentes grupos raciais:

## **ARTIGO II**

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

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

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

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

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>

Mais recentemente, foi aprovada a Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010<sup>5</sup>, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, busca 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 e ainda conceitua os programas de ação afirmativa no *parágrafo único* de seu art. 4º:

**Art. 4º** .....

*Parágrafo único.* Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Tal instituto é verdadeiro marco na legitimação e disseminação dos programas de ações afirmativas nacionais, pois assegura legalmente que será promovida a integração da população negra, mediante, dentre outras formas, a adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa e ainda assegura que a implementação de tais programas serão destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas em várias áreas, como educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra e à Justiça.

Especificamente no Brasil, o tema se concentrou no debate acerca das cotas para ingresso nas universidades públicas, inicialmente para negros e posteriormente para estudantes de escolas públicas. Mais recentemente, a discussão sobre o assunto se ampliou, devido à potencial aprovação de um projeto de lei que garante cotas para negros também no serviço público.

Hodiernamente, de forma resumida, podemos dizer que aqueles que se posicionam favoravelmente às políticas de reservas de vagas e ações afirmativas, em geral, argumentam que estas são medidas temporárias, usadas como forma de combater a discriminação, seja social ou racial, e de corrigir uma dívida histórica, que contribuiu para que se perpetuasse a pobreza nas mesmas camadas sociais, enraizando no cenário brasileiro grandes desigualdades socioeconômicas.

---

<sup>5</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)

Ademais, salientam que as políticas de reservas de vagas devem ser realizadas em paralelo ao investimento na educação de base, o qual não deverá de forma alguma ser negligenciado.

Já os de opinião contrária argumentam que tais instrumentos violam a meritocracia, pois prejudicam os estudantes mais bem preparados para assumir determinada vaga. Também dizem que a resposta para os problemas de desigualdade do País estaria na melhora da educação de base e não na criação de cotas.

Explicam ainda que tais políticas podem, na realidade, aumentar a segregação e o preconceito, em vez de corrigir desequilíbrios socioeconômicos.

Enfim, há argumentos fortes e bem fundamentados para ambos os lados. A bipolarização da análise de mérito é compreensível e está longe de ser esgotada. Dessa forma, o presente estudo buscará realizar uma análise *a priori* imparcial e breve, porém elucidativa, acerca da evolução histórica do tema quanto ao mérito, se aprofundando no debate apenas quanto aos aspectos de constitucionalidade.

Diante do exposto, não focaremos em aspectos e indagações essencialmente morais e sociológicas. O intento primordial será analisar as ações afirmativas, especialmente a política de cotas para ingresso nas universidades e no serviço público, sob um prisma constitucional. Para isso, de início, focaremos na experiência e na jurisprudência norte-americana. Em seguida, abordaremos o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e proporemos uma releitura do assunto, sempre sob o amparo dos princípios fundamentais expressos por nossa Constituição Federal (CF) de 1988 ou decorrentes de sua interpretação.

## **2 A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA**

Faz-se mister iniciarmos o estudo por uma análise descritiva do caso dos Estados Unidos da América (EUA), pois este é o mais emblemático acerca do tema e o que correntemente é utilizado para embasar argumentações em um sentido ou em outro.

O termo ação afirmativa (*affirmative action*) surgiu no início da década de 60, quando os EUA definiram medidas que viriam a ser adotadas pelo governo, para corrigir ou minimizar os efeitos perversos da discriminação racial no país. Buscava-se combater o preconceito, que atingia proporções, há muito, alarmantes. Os presidentes John Kennedy e, posteriormente, Lyndon Johnson convocaram todos os americanos a



tomarem *ações afirmativas* para garantir que, independentemente da raça, as pessoas fossem empregadas e tratadas igualmente<sup>6</sup>.

Entretanto, a segregação estava tão institucionalizada e arraigada à sociedade americana que foi encontrado inclusive um aparato constitucional que a validasse.

A décima quarta emenda à Constituição dos EUA surgiu, em 1868, como forma de fortalecer os direitos legais dos escravos que, devido à abolição da escravidão em 1865, acabavam de ser libertados. Dessa forma, pretendeu garantir a todos os cidadãos do país proteção igual perante a lei.

No entanto, a partir de uma legislação do Estado da Louisiana, datada de 1890, a décima quarta emenda foi tendenciosamente interpretada, dando origem à doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais), que previa a possibilidade de segregação racial.

Tal doutrina foi legitimada pela Suprema Corte com o caso *Plessy Vs. Ferguson*<sup>7</sup>, de 1896, que decidiu pela manutenção de práticas segregacionistas no país, inclusive por parte do Estado. Em 1892, um afro-americano chamado Homer Plessy rejeitou oferecer seu assento em um trem para um homem branco, em *New Orleans*, sendo preso como consequência. Plessy alegou judicialmente que sua prisão infringia a décima quarta emenda. Ainda assim, a Suprema Corte decidiu contra o réu, por 8 votos a 1, alegando:

The object of the [Fourteenth] amendment was undoubtedly to enforce the equality of the two races before the law, but in the nature of things it could not have been intended to abolish distinctions based upon color... If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane.<sup>8</sup>

Esse entendimento foi confirmado inúmeras vezes pela Corte nos anos subsequentes, até a década de 1950.

---

<sup>6</sup> Apesar de o termo ter sua origem nos EUA, políticas de ações afirmativas já eram aplicadas na Índia desde a década de 1940, como forma de garantir o ingresso dos intocáveis (*dalits*) no ensino superior, na Administração Pública e, inclusive, no Parlamento.

<sup>7</sup> <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>

<sup>8</sup> *O objeto da décima quarta emenda foi indubitavelmente garantir a igualdade entre as duas raças perante a lei. No entanto, dada a natureza das coisas, isso não poderia ter tido a intenção de abolir distinções baseadas na cor... Se uma raça pode ser inferior a outra socialmente, a Constituição dos EUA não pode colocá-las no mesmo plano.*

Não obstante, sob o ponto de vista constitucional, a segregação institucionalizada sofreu sua primeira grande derrota apenas em 1954, com o caso *Brown Vs. Board of Education*<sup>9</sup>, em que a Suprema Corte Norte-Americana decidiu contra a segregação racial praticada pelo próprio Estado nas escolas públicas. O argumento vencedor foi o de que sistemas de separação educacional entre brancos e negros eram inerentemente desiguais e, portanto, violavam a cláusula de proteção da igualdade, como visto, prevista na décima quarta emenda à Constituição norte-americana. Assim, em maio de 1954, a Suprema Corte concluiu que, em relação à educação pública, a doutrina do *separate but equal* não era válida.

Porém, a decisão não teve aplicabilidade imediata, pois se temia forte reação contrária dos estados sulistas. O real reconhecimento dos direitos dos negros ainda demorou muito a se consolidar e o quadro de desolação perdurou por muitos anos.

Apesar dessa decisão, o período ainda era conturbado. Os EUA viviam um momento de segregação racial completamente institucionalizada. Até os anos 60, existia uma considerável legislação proibindo até mesmo o convívio e o casamento inter-racial. Em especial, os estados sulistas mantinham políticas absolutamente segregacionistas de moradia, emprego, educação e representação política. O cenário apenas começou a mudar oficialmente em 1964, com a aprovação da Lei de Direitos Civis (*Civil Right Act*).

Na tentativa de contra-atacar as consequências perversas do quadro segregacionista, foram criados programas de ação afirmativa visando à integração dos negros. Um desses programas que se disseminou rapidamente foi o uso de cotas raciais para admissão nas universidades.

Entretanto, já em 1978, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade especificamente do uso de cotas raciais, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*<sup>10</sup>, sob a argumentação de que tal programa violaria a cláusula de proteção da igualdade, prevista na décima quarta emenda. Esse é o entendimento que continua prevalecendo. Hodiernamente, as universidades do país ainda se encontram impedidas de estipular cotas numéricas para admissão de estudantes com base na cor da pele, tal qual ocorre no Brasil.

---

<sup>9</sup> <http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/federal-court-activities/brown-board-education-re-enactment/history.aspx>

<sup>10</sup> <http://www.ncsl.org/research/education/affirmative-action-court-decisions.aspx>

Apesar disso, desde o supracitado caso, é permitido que o fator racial seja considerado em meio aos diversos critérios admissionais considerados pelas universidades norte-americanas<sup>11</sup>. O propósito é o de produzir um corpo discente diversificado, o que contribuiria para a ampliação dos debates acadêmicos e proporcionaria uma experiência estudantil mais enriquecedora.

Ou seja, não é possível a reserva de vagas com base exclusivamente na raça, apesar de esta poder ser um diferencial na avaliação de admissão do candidato a determinada universidade.

Apesar de tal critério de avaliação ter sido questionado inúmeras vezes desde 1978, dois julgamentos em 2003, *Gratz v. Bollinger* e *Grutter Vs. Bollinger*, pacificaram o tema no judiciário americano, mantendo a posição de que a diversidade é um componente importantíssimo no sucesso de uma instituição acadêmica.

Recentemente, o assunto voltou à tona com o caso *Fisher Vs. University of Texas*<sup>12</sup>. Em 2008, a estudante branca Abigail Fisher teve sua admissão negada na Universidade do Texas. Ela então processou a Universidade sob o argumento de que havia sido vítima de discriminação, pois o uso do critério racial seria uma violação à décima quarta emenda. O caso ainda está em andamento.

### **3 A POSIÇÃO ATUAL DO STF**

Conforme visto até aqui, é fácil simpatizar com a potencial efetividade e com o ideal de justiça das políticas de ações afirmativas. Já quando se trata especificamente do sistema de cotas, os ânimos se exaltam e a relativa harmonia de opiniões desaparece por completo. Não à toa, é de certa forma comum encontrar quem transite por entre as duas visões ou quem seja incapaz de determinar um posicionamento enfático sobre o tema.

No entanto, vale lembrar que o propósito que nos cumpre é o de avaliar a constitucionalidade das medidas em voga e não o seu mérito. Partindo do pressuposto de que elas sejam moralmente válidas, podemos nos utilizar de tal recurso no Brasil, à luz da CF vigente?

---

<sup>11</sup> Ao contrário das universidades brasileiras, que costumam admitir seus estudantes com base em apenas uma prova, o vestibular ou o Enem, nos EUA são utilizados diversos critérios para se definir os alunos que serão aceitos na universidade, como habilidade esportiva, cartas de indicação, notas no ensino médio, etnia etc.

<sup>12</sup> [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-345\\_15gm.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-345_15gm.pdf)

O Supremo Tribunal Federal acredita que sim.

A questão foi suscitada de forma mais ampla quando o Partido Democratas (DEM) ajuizou perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, sob o argumento de que a políticas de cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UnB) iria de encontro a vários preceitos fundamentais estabelecidos pela CF de 1988, tais como o da dignidade da pessoa humana, o do repúdio ao racismo e o da isonomia. Argumentavam, em suma, que a discriminação existente no Brasil seria uma questão social, mas não racial.

De imediato, em relação ao mérito, a ADPF já descartava quaisquer inconstitucionalidades quanto à utilização de ações afirmativas como política necessária para a inclusão de minorias. O que se questionou, na realidade, foi o critério racial adotado pela UnB.

Nesse sentido, foram suscitados argumentos interessantes, como o perigo de se estar criando um tribunal racial na citada faculdade, devido às entrevistas pessoais para averiguar se a autodeclaração racial do vestibulando é válida, o que gera uma situação na qual terceiros decidem quem é branco e quem é negro, um processo abusivo e tão dotado de arbitrariedade quanto de subjetividade; além da melindrosa definição birracial, que diferencia apenas dois grupos: negros ou pardos e brancos, inaplicável à realidade multirracial brasileira.

Refutando os argumentos apresentados pelo DEM, o Pretório Excelso decidiu pela improcedência da ADPF nº 186, ou seja, pela constitucionalidade do sistema de cotas da UnB.

Consentaneamente a tal entendimento, o relator do processo, Ministro Ricardo Lewandowski, salientou que as políticas de ações afirmativas colaboram para o estabelecimento de um ambiente acadêmico plural e corrige distorções sociais historicamente consolidadas. O Ministro ainda ressaltou que tais políticas são transitórias e corroboram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme abaixo:

No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e ‘de um pequeno número delas’ para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição.

A Corte Máxima foi unânime ao seguir o voto do relator, com variados argumentos, mas sempre com uma linha de raciocínio comum, voltada para o princípio da igualdade material.

Inicialmente votou o Ministro Luiz Fux, que destacou o inciso I do art. 3º da CF, *in verbis*:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

.....

Para Fux, tal dispositivo implicitamente impõe a necessidade de se reparar os danos pretéritos causados aos negros. Assim, as cotas raciais contribuiriam para dar cumprimento ao dever do Estado de garantir a todos o acesso à educação, conforme uma sociedade justa. Ele ainda destacou que *a política das cotas atende à sociedade o princípio da proporcionalidade*.

Em seguida, votou a Ministra Rosa Weber, segundo a qual é dever do Estado *adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico*. Ela ainda salientou que o sistema de cotas torna o ambiente universitário mais plural e democrático, ao aumentar a representatividade social, devido à maior presença de negros.

A Ministra Cármen Lúcia também votou pela improcedência da ADPF, mas ressaltou *que as ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres*. Por fim, ela destacou a correlação entre as políticas de ações afirmativas e o princípio da igualdade.

Em consonância com seus pares, o Ministro Gilmar Mendes também destacou as ações afirmativas como forma de aplicação do princípio da igualdade.

No mesmo sentido ainda votaram os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Britto. Por sua vez, o ministro Dias Tofolli se declarou impedido.

Seguindo o mesmo entendimento do supracitado julgado, destaque-se o recente acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 9 de maio de 2012, que negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 597285, que questionava o ingresso no ensino superior através do uso de critério étnico-racial, de reserva de vagas ou de estabelecimento de cotas. Segue a ementa do acórdão, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR. USO DE CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL. AUTOIDENTIFICAÇÃO. RESERVA DE VAGA OU ESTABELECIMENTO DE COTAS. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto.

Ainda sobre o tema, votou a Ministra Rosa Weber:

Senhores Ministros, à luz da nossa Constituição Federal, diante desse sistema de cotas, observada a etnia racial, observada a origem do ensino público e a própria reserva para indígenas, entendo que o sistema instaurado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul guarda absoluta consonância com a Constituição da República, quando estabelece, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana e, ainda, diz constituir objetivo fundamental a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, reforçando a presunção de constitucionalidade das cotas, sob a ótica do Supremo, é interessante destacar que a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que *dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências*, determina vários quesitos de reserva de vagas em tais instituições, seja por questões socioeconômicas (alunos oriundos de família com renda igual ou abaixo de um salário-mínimo e meio ou que cursaram o ensino médio em escola pública), seja por critérios raciais (alunos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas), e está plenamente vigente.

Também se encontram em vigor as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que estabelece cotas para pessoas com deficiências em empresas, e nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que cumpre o mesmo propósito em relação ao serviço público.

Por fim, cumpre ainda salientar o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.330, que questionava a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (ProUni), regulamentado na Lei nº 11.906, de 11 de janeiro de 2005, que determina que, para receber os benefícios fiscais do ProUni, as universidades privadas

devem reservar certa quantidade de bolsas de estudo para alunos que tenham cursado todo o ensino médio em escola pública ou que foram bolsistas integrais em escola privada. Ademais, parte dessas bolsas deve necessariamente ser concedida a deficientes ou alunos autodeclarados negros ou índios. Mais uma vez, o pleiteante argumentou que a lei feriria o princípio da isonomia. Em 2012, o STF julgou o ProUni e a reserva de bolsas constitucionais e, conseqüentemente, a ADI improcedente.

Assim, diante de todo o exposto, resta claro que o STF se apóia primordialmente no princípio da igualdade, mais especificamente em seu corolário: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; e em um dos objetivos fundamentais expressos em nossa Carta Magna, conforme supracitado, o de se *construir uma sociedade livre, justa e solidária*.

Dessa forma, antes de passarmos à análise dos perigos da disseminação de políticas de cotas, é importante definirmos melhor o princípio da igualdade, pois é o ponto nevrálgico da determinação da constitucionalidade das políticas de cotas.

De fato, o princípio da igualdade formal, que atesta que todos são iguais perante as leis, já não é literalmente aplicável às sociedades modernas. Esse princípio tem origens no século XVIII, em meio às Revoluções Americana e Francesa. Era um cenário de rompimento de paradigmas. A burguesia ascendia ao poder e buscava eliminar quaisquer resquícios de privilégios de que se beneficiavam a nobreza e o clero. No intuito de concretizar tal fim, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, proclamou:

**Art. 1º** Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

.....  
**Art. 6º** A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua 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.

.....  
13

---

<sup>13</sup> <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>

Ainda a respeito dessa noção inicial da isonomia, cabe ressaltar texto escrito por Joaquim Barbosa Gomes e Fernanda Duarte no artigo intitulado *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva*:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no rang, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.

Percebe-se assim que, em suas origens, o princípio da isonomia apresentava-se demasiadamente *enrijecido*, pois desconsiderava situações especiais. Felizmente, as mutações hermenêuticas e o poder difuso garantem que os princípios se adaptem às necessidades de cada época.

Nesse sentido, atualmente adota-se uma visão mais ampla de igualdade, a material, que busca respeitar as diversidades, almejando, em seu fim, a dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade material, por sua vez, não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre grupos distintos, por motivos de gênero, idade ou condição social. O que se exige é que tais distinções sejam providas de razoabilidade<sup>14</sup> e que, em sua essência, procurem atender ao interesse público.

---

<sup>14</sup> O princípio da razoabilidade nada mais é do que o bom-senso jurídico, ou seja, que as decisões no Direito atendam a critérios racionais aceitáveis e que se coadunem ao interesse público e à lógica comum. Está diretamente relacionado a vários outros princípios, como o da proporcionalidade e o da vedação do excesso.



#### 4 ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE: QUESTIONAMENTOS SOBRE AS POLÍTICAS DE COTAS

O problema fundamental está na definição dos limites das ações positivas, até que ponto é cabível a reserva de vagas?

Como se sabe, nenhum direito fundamental é absoluto. Assim, o princípio da igualdade encontra limites junto ao princípio da liberdade, da razoabilidade, entre outros. É temeroso pensar que a ingerência do Estado pode desvirtuar conceitos como o do mérito. É sempre arriscado quando a liberdade individual começa a ser de alguma forma limitada.

Ainda que a *justiça social* possa, em dado momento, ser mais necessária que a *justiça do mérito*, não deixa de ser uma ideia capaz de despertar calafrios nos mais liberais. Uma mão mais pesada do Estado sempre deve ser tratada com enorme cuidado. O autoritarismo e a ingerência arbitrária nunca devem se sentir confortáveis o bastante para se propagar, mas esse inevitavelmente é um risco que surge quando o Estado começa a definir novos limites a processos, como admissão de estudantes e contratação de servidores públicos, antes livres de certas ingerências e balizamentos, tais quais as reservas de vagas.

Particularmente quanto às supracitadas entrevistas pessoais adotadas pela UnB como forma de averiguação da cor do candidato, há perceptível vício de constitucionalidade material.

Ora, aceitar que um grupo de pessoas defina a raça de alguém, em um ambiente tão miscigenado quanto o brasileiro, paradoxalmente, acaba por ferir o princípio da igualdade, pois é bem provável que as pessoas não sejam avaliadas da mesma forma, dado o imenso grau de subjetividade implícito a este processo. Maior exemplo dessa afirmação está no tão propagado caso dos irmãos gêmeos que foram classificados como sendo de raças diferentes pela UnB. Se duas pessoas geneticamente idênticas<sup>15</sup> não podem ser unanimemente classificadas como pertencentes a uma determinada raça, certamente essa tarefa se torna ainda mais árdua com as inúmeras variações e miscigenações existentes no Brasil.

---

<sup>15</sup> Ou praticamente idênticas, segundo pesquisas genéticas recentes.

Assim, um problema especificamente do sistema de cotas raciais é que ele arrisca que se trate desigualmente aqueles que, na verdade, são iguais, o que contrariaria o princípio da igualdade material, ao contrário da argumentação do STF.

Por isso, aqueles contrários a tal espécie de cota muitas vezes levantam a ideia de cotas socioeconômicas, que reservariam vagas para os mais pobres, independentemente da cor.

Afinal, um perigo de se adotar o critério racial seria estatuir uma sociedade racializada, que se ampara em questões étnicas e de cor, o que feriria o princípio constitucional da vedação ao racismo e, obviamente, o da isonomia. É esta a posição defendida pela advogada do DEM na ADPF supracitada, Roberta Kaufmann, que declarou:

Se fizermos uma política de recorte social, a partir de critérios objetivos, como por exemplo renda mínima ou ter estudado em escolas públicas, faremos a integração necessária, sem criarmos os riscos de dividirmos o Brasil racialmente.

Ainda assim, como visto no tópico anterior, o STF, sem ressaltar as questões discutidas acima, já se manifestou favoravelmente às políticas de cotas. Conforme entendimento de nossa Corte Máxima, não cabe mais clamar vício de inconstitucionalidade no tocante a este assunto.

Dessa forma e, acreditando que as decisões subsequentes do Pretório Excelso devam ser coerentes, surge naturalmente o questionamento: se o princípio da igualdade material corrobora o sistema de reserva de vagas no geral, quais são os limites de ambos?

Considerando que é aceita a constitucionalidade de cotas raciais e socioeconômicas como uma forma de permitir que os negros e os mais carentes alcancem postos sociais e profissionais outrora inacessíveis, esses e outros grupos discriminados podem exigir que outros setores públicos, além das universidades, adotem reservas de vagas para que sua representatividade seja assegurada.

Nesse sentido, já tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.783, de 2013, que *reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da*

*administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.*

Além da isonomia, outro princípio é essencial para definir a constitucionalidade deste projeto em especial, o da razoabilidade. Não basta conferir tratamento desigual aos desiguais baseando-se no princípio da igualdade para que a lei derivada da hipotética aprovação do projeto supracitado seja constitucional. Como visto, esse princípio absolutamente não impede tratamento discriminatório em concurso público, tanto é que existem restrições de idade mínima ou de gênero<sup>16</sup> para determinados cargos. O que não se pode é extrapolar a razoabilidade. Assim, retoricamente, seria razoável reservar vinte por cento de todas as vagas nos concursos federais para candidatos negros? Seria isso fundamental para a inclusão do negro na sociedade, ainda que sob o argumento de que hoje existem percentualmente poucos negros no serviço público? Para complementar essa análise, vejamos o caso abaixo.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 116, de 2011, procura reservar vagas no parlamento brasileiro para deputados negros, conforme ementa transcrita abaixo:

Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinando a reserva de vagas na Câmara dos Deputados, nas assembleias legislativas e na Câmara Legislativa, por cinco legislaturas, para parlamentares oriundos da população negra.

Analisando pelo argumento da representatividade, tal PEC faz sentido. Afinal, as cotas para negros nas universidades e no serviço público se embasam, dentre outros, no fato de que apenas cerca de 6%<sup>17</sup> dos universitários e 30%<sup>18</sup> dos servidores públicos se autodeclararam negros ou pardos, apesar de cerca de 50% da população brasileira ser negra ou parda<sup>19</sup>. Enquanto isso, o percentual de deputados negros é de apenas 6%<sup>20</sup> e o de senadores mal ultrapassa 1%<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Por exemplo, pode-se determinar que concurso para agente penitenciário de penitenciária feminina será exclusivo para mulheres.

<sup>17</sup> <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/05/20/negros-ainda-sao-minoria-entre-formados-no-ensino-superior.htm>

<sup>18</sup> <http://www.servidor.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=11082>

<sup>19</sup>

<http://sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=2094&i=P&nome=on&qtu8=137&qtu14=3&notarodape=on&tab=2094&opn8=0&opn14=0&unit=0&pov=3&poc133=1&OpcTipoNivt=1&opn1=2&nivt=0&orc86=3&orp=5&qtu3=27&qtu13=47&opv=2&poc86=2&opc133=1&pop=1&opn2=0&opn15=0>

Ainda, se os negros são julgados incapazes de competir igualmente por uma vaga na universidade ou no concurso público, seja por questões financeiras ou discriminatórias, então também possivelmente não têm condições de concorrer de forma igualitária em uma campanha eleitoral, pelos mesmos motivos supracitados.

Pode-se argumentar que esta PEC fere a liberdade de voto, o direito ao voto universal, os direitos políticos positivos e, conseqüentemente, todo o princípio democrático. Mas aqui caberia novamente a argumentação: qual princípio deve preponderar? Se o princípio da igualdade material foi a base da constitucionalidade das políticas de cotas em dado momento, relativizando outros princípios – o que, vale ressaltar, é natural em um Estado Democrático de Direito –, por que este mesmo princípio não deveria imperar aqui?

## 5 CONCLUSÃO

Existem inúmeras medidas de ação afirmativa que são atualmente adotadas pelo Brasil. Além das cotas para acesso a emprego ou educação, há a concessão de bolsas de estudo, formas de financiamento mais favoráveis para certos grupos, prioridades em empréstimos e contratos públicos, distribuição de casas, dentre outras.

Não restam dúvidas de que a ideia central proveniente das políticas de ações afirmativas, a de, conforme anteriormente exposto, corrigir distorções e desequilíbrios prévios, tem amparo constitucional. Mais especificamente, no que concerne ao princípio da igualdade material, há legitimidade para tais medidas no Brasil, considerando o regime jurídico imposto pela CF de 1988. Desde que, vale ressaltar, o princípio da razoabilidade seja respeitado.

No entanto, uma política amplamente utilizada por aqui, o sistema de cotas, tem peculiaridades, devido, por exemplo, à dificuldade de se determinar os participantes de cada grupo racial, especialmente em um país amplamente miscigenado, como é o nosso

---

&orv=2&orc133=4&qtu2=5&qtu15=3&sev=93&opc86=2&sec133=0&opp=f1&opn3=0&qtu6=5565  
&opn13=0&sec86=0&ascendente=on&sep=38559&orn=1&qtu7=36&pon=1&qtu9=558&opn6=0&di  
gt6=&OpcCara=44&proc=1&qtu1=1&opn9=0&cabec=on&opn7=0&decm=99

<sup>20</sup> <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/207890-PEC-PREVE-RESERVA-DE-VAGAS-PARA-DEPUTADOS-NEGROS.html>

<sup>21</sup> <http://pt.jusbrasil.com.br/politica/103764213/unico-senador-negro-paulo-paim-divulga-campanha-igualdade-racial-e-para-valer>

caso; ou à dificuldade de se definir em quais setores haverá reserva de vagas e qual percentual de vagas reservadas não ferirá a razoabilidade.

Certamente não há uma verdade absoluta acerca do assunto. A linha entre o que é constitucional e o que não é pode ser muito tênue e indubitavelmente varia com o passar do tempo e com o momento histórico.

Como, muito bem, dito por Ronaldo Vieira Junior em seu livro *Responsabilização Objetiva do Estado*:

(...) a adoção de ações afirmativas no Brasil possui respaldo constitucional? O pano de fundo da questão está em se obter a precisa e contemporânea conceituação do princípio constitucional da igualdade.

A isonomia é tão importante porque ela embasa tanto o princípio republicano quanto o democrático. Dela derivam inúmeros outros princípios, como vedação ao racismo, proibição de discriminação em relação ao salário, estabelecimento de critérios especiais de admissão para o trabalhador com deficiência física, exigência de concurso público para investidura em cargos públicos, etc.

Assim, o cerne da discussão, que define se cotas são ou não inconstitucionais, está na identificação do princípio da igualdade material em relação a determinada sociedade.

No caso das cotas raciais, caso se considere os negros desiguais em relação ao restante da população, cotas raciais são constitucionais; caso contrário, caso o problema de exclusão social de parte da população seja essencialmente, por exemplo, econômico, cotas raciais são inconstitucionais. O mesmo vale para cotas socioeconômicas ou de gênero.

E esse é um julgamento de mérito intrinsecamente controverso e complexo que, em última instância, será decidido pelo momento político-social e materializado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. É o que ocorreu, como visto anteriormente, nos EUA, onde o entendimento da Suprema Corte já transitou da legitimação da segregação racial para a constitucionalidade da política de cotas e, atualmente, para a inconstitucionalidade de tal medida, embora com certas ressalvas.

Diante de todo o exposto, a percepção é a de que nos encontramos em uma situação delicada. Os próprios especialistas, inclusive aqueles favoráveis aos sistemas

de cotas, admitem que os desdobramentos das medidas adotadas ainda são incertos. As cotas podem cumprir seu fim de promover a inclusão de grupos excluídos, provando acertada a decisão do STF amparada no princípio da igualdade material. Ou podem instigar sentimentos segregacionistas ou ingerências improdutivas do Estado, minando os princípios da liberdade; da meritocracia, corolário do princípio republicano; e, paradoxalmente, até mesmo da vedação ao racismo.

Em suma, o grande revés é que, a partir do momento em que se permitem relativizações, ainda que para a consecução de um fim nobre, amparado pelo princípio da igualdade material, outros princípios podem ser ameaçados. Pode-se ficar difícil determinar os limites da atuação estatal, pois a grande subjetividade do tema impede que padrões lógico-objetivos e inquestionáveis sejam desenvolvidos no sentido de mensurar exatamente em quais casos a igualdade material deve preponderar, o que pode dilacerar o princípio da razoabilidade e perverter mesmo o da isonomia, ao levar a cada vez mais reservas de vagas, em mais setores, para mais grupos, gerando uma espiral de reservas indelével.

## **BIBLIOGRAFIA**

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENTIN, Jonathan L. An uneasy case for affirmative action: some notes from Law, history and demography. In “Reverse discrimination: policies in transition”. Ohio Northern University Law Review, 1996.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte L. L. da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>

KATZ, Ellis. Political and constitutional aspects of affirmative action in the United States. Revista Jurídica Virtual, vol. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/asp\\_afirma.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/asp_afirma.htm)

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Disponível em: [http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/seminario-virtual-sistema-de-cotas-acoef/at\\_download/upload](http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/seminario-virtual-sistema-de-cotas-acoef/at_download/upload).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>

SANTOS, Sales Augusto dos. (org.) Ações Afirmativas e combate ao Racismo nas Américas. Disponível em: [http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes\\_afirm\\_combate\\_racismo\\_americas.pdf](http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf)

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Responsabilização Objetiva do Estado. Curitiba: Juruá, 2005.