

**UM PARALELO ENTRE O BRASIL CONTEMPORÂNEO PELA  
PERSPECTIVA DE JESSÉ SOUZA (A RALÉ BRASILEIRA:  
Quem é e como vive) E A DECISÃO DO STF NA ADPF 186:  
AS ORIGENS DAS DESIGUALDADES. AS AÇÕES  
AFIRMATIVAS COMO MECANISMO COMPENSATÓRIO  
DAS DESIGUALDADES PERPETRADAS NO PASSADO -  
BREVE ANÁLISE SOBRE OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS  
COMO FUNDAMENTOS DA DECISÃO DA ADPF<sup>1</sup>**

A PARALLEL BETWEEN THE PERSPECTIVE OF CONTEMPORARY BRAZIL  
SOUZA JESSE (A RALÉ BRASILEIRA: Quem é e como vive) AND THE STF  
DECISION IN THE ADPF 186: THE ORIGINS OF INEQUALITY. THE AFFIRMATIVE  
ACTIONS AS A COMPENSATORY MECHANISM OF THE PERPETRATED  
INEQUALITIES IN THE PAST - A BRIEF ANALYSIS OF THE CRITERIA SET AS  
BACKGROUND OF THE ADPF DECISION

UN PARALELO ENTRE EL BRASIL CONTEMPORÁNEO BAJO LA PERSPECTIVA  
DE JESSÉ SOUZA (“RALÉ” BRASILEÑA: QUIÉN ES Y CÓMO VIVE) Y LA  
DECISIÓN DEL STF EN LA ADPF 186: LOS ORÍGENES DE LAS DESIGUALDADES.  
LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO COMPENSATÓRIO DE LAS  
DESIGUALDADES PERPETRADAS EN EL PASADO - UN BREVE ANÁLISIS SOBRE  
LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS COMO FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE LA  
ADPF

**Luciana Ferreira De Mello**

Advogada, Bacharel em Direito pela UNIBRASIL (2009), Especialista em Direito Aplicado pela EMAP –  
Escola da Magistratura do Paraná (2010), Mestranda em Direito Constitucional – Direitos Humanos pela  
UNIBRASIL. luciana\_mello84@hotmail.com

---

<sup>1</sup> Artigo entregue para fins de avaliação parcial na disciplina de Estado Constitucional e Democracia, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, das Faculdades Integradas do Brasil – Ministrada pelo Doutor Marcos Augusto Maliska.

## UM PARALELO ENTRE O BRASIL CONTEMPORÂNEO PELA PERSPECTIVA DE JESSÉ SOUZA

Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas. Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente texto objetiva identificar, brevemente, as origens das desigualdades em nossa sociedade, que culminaram nas estratificações sociais, cujas camadas mais prejudicadas são os indivíduos que acumulam duas características: ser negro e ser pobre. Com base na leitura do livro de Jessé Souza, *A ralé brasileira: quem é e como vive*, busca-se identificar a realidade cotidiana da parcela esquecida da sociedade. Além disso, pretende-se desmistificar algumas afirmações a respeito de nossa sociedade, como por exemplo, do Brasil ser composto de uma sociedade singular. O estudo culmina na análise do julgamento da ADPF 186, cuja decisão foi proferida no corrente ano.

**Palavras-chave:** ADPF. Ações afirmativas. Cotas. Universidades públicas. Constitucionalidade. Igualdade. Proporcionalidade. Racionalidade. Negros. Índios. Critérios.

### ABSTRACT

This text aims to identify briefly the origins of inequalities in our society that culminated in social stratifications. The most disadvantaged social layers are consisted of individuals who present two characteristics: being black and poor. Based on the book by Jesse Souza *A ralé brasileira: quem é e como vive*, it is sought to identify the daily reality of the forgotten part of society. In addition, it aims to demystify some statements about our society, for example, Brazil as being composed of a unique society. The study culminates in the analysis of the trial of the ADPF 186, which decision was rendered in 2003.

**Key words:** ADPF. Affirmative Actions. Quotas. Public Universities. Constitutionality. Equality. Proportionality. Rationality. African descendants. Indians. Criteria.

### RESUMEN

Este texto tiene como objetivo identificar, brevemente, los orígenes de las desigualdades en nuestra sociedad que culminaron en las estratificaciones sociales, cuyas capas más desfavorecidas son los individuos que tienen dos características: ser negro y pobre. Basada en la lectura del libro de Jessé Souza, *La "ralé" Brasileña: quién es y cómo vive*, tratamos de identificar la realidad cotidiana de la parcela olvidada en la sociedad. Además, se pretende desmitificar algunas afirmaciones sobre nuestra sociedad, como por ejemplo, Brasil se compone de una sociedad natural singular. El estudio culmina en el análisis del proceso de la ADPF 186, cuya decisión fue dictada en este año.

**Palabras-clave:** ADPF. Acciones afirmativas. Cuotas. Universidades públicas. Constitucionalidad. Igualdad. Proporcionalidad. Racionalidad. Negros. Índios. Critérios.

---

<sup>2</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura. **As tensões da modernidade.** Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo, em uma perspectiva ampla, é apresentar uma sucinta reflexão sobre as ações afirmativas<sup>3</sup> que se expressam através da implementação de cotas baseadas em critérios de raça nas universidades públicas brasileiras. De maneira restrita, o que se visa é analisar o tema sobre a ótica da definição de critérios que, de acordo com a decisão proferida em sede de ADPF, deveriam balizar tais ações afirmativas: a transitoriedade e a razoabilidade.

Para que este objetivo logre êxito, como ponto de partida, será analisada a possível origem desta sociedade plural que forma nossa população, bem como a gênese das desigualdades sociais e raciais. Para tanto, tomar-se-á por base a bibliografia histórica a respeito deste tema.

A seguir, mediante a análise da concepção de Brasil contemporâneo expressada por Jessé Souza no livro *A Ralé Brasileira: quem é e como vive*<sup>4</sup>, pretende-se desmistificar a leitura que tem sido feita do Brasil, desmentindo a afirmação de que se caracteriza como um país unitário no qual a solidariedade impera, e que aqui não existe racismo.

É fundamental que a realidade seja encarada e que se abandone a visão de brasileiro cordial e amigável, e se reconheça que no Brasil existe desigualdade e preconceito para que, após a identificação destes problemas, medidas possam ser

---

<sup>3</sup> Breve relato acerca do advento das ações afirmativas no Brasil: “Nos anos 1980, o deputado federal Abdias Nascimento, por exemplo, elaborou vários projetos de lei, visando a implementação de igualdade racial. O projeto de lei nº 1.332/1983 previa a obrigatoriedade de cotas de 20% para homens negros e 20% para mulheres negras em todos os órgãos da administração pública direta e indireta nos três níveis da federação, bem como a obrigação da mesma porcentagem para empresas privadas. O projeto não foi aprovado. As políticas de ação afirmativa receberam importante estímulo entre 1995 a 2003. Provavelmente, as preocupações do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando era apenas professor e sociólogo, se refletiram na formulação de políticas públicas contra a discriminação do negro. Houve, paralelamente, um esforço internacional contra o racismo e a discriminação que repercutiu no Brasil”. FERREIRA, Siddharta Legale. Justiça, adequação e eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em universidades brasileiras. In: Concurso ESMPU de Monografias 2008: POLÍTICA DE COTAS: MITIGAÇÃO DA ISONOMIA EM AÇÃO AFIRMATIVA?. **Política de cotas: parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal**. Brasília: ESMPU, p.137.

<sup>4</sup> SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

adotadas. Uma solução que se aponta para a diminuição da desigualdade racial, por exemplo, são as políticas de ação afirmativa.

Posteriormente, será trazido um breve resumo acerca da decisão proferida pelo STF em 25 de maio de 2012 no julgamento da ADPF 186 que discutiu as políticas de cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UNB). Esta decisão pôs fim às discussões a respeito da constitucionalidade da implementação de políticas de cotas nas Universidades públicas que tomavam como base critérios raciais. O ponto mais importante desta decisão é o estabelecimento de critérios para que tais políticas sejam consideradas constitucionais. Após decidir pela constitucionalidade o relator Ministro Ricardo Lewandowski estabeleceu a transitoriedade e a proporcionalidade como critérios de aferição da constitucionalidade da medida.

Ingo Wolfgang Sarlet preceitua que: “as ações afirmativas consubstanciadas no estabelecimento de cotas para afrodescendentes nas universidades públicas tem sido duramente questionadas, **mas o que se discute não é aplicabilidade das cotas, mas o modo como são realizadas.**”<sup>5</sup> É exatamente aqui o ponto alto da discussão, pois o presente estudo visa apresentar os critérios que têm balizado a aplicação destas políticas públicas de cotas.

Deste modo, a finalidade precípua do presente estudo é trazer uma breve análise sobre os critérios: dentre eles a transitoriedade e a proporcionalidade estabelecidos por Ricardo Lewandowski como parâmetros para aferição de constitucionalidade de tais medidas.

---

<sup>5</sup> De acordo com os ensinamentos de Ingo Wolfgang: Particularmente no caso das políticas de cotas para afrodescendentes, já implantadas em dezenas de universidades Públicas e mesmo privadas, ou por força de legislação federal, como se deu no caso do Programa Universidade para todos, o conhecido PROUNI. Diversas dessas medidas foram impugnadas, mas em geral não se discute em si a possibilidade de serem adotadas ações afirmativas (**ou seja, o ‘se’**), **mas sim o modo e especialmente os critérios utilizados para aferir o rol de beneficiários de tais medidas**, pois é notório que a adoção de cotas, isto é, a destinação de determinado percentual de vagas (para mulheres, pessoas com deficiência, afrodescendentes) em escolas, universidades, no serviço público, em empresas privadas etc, não constitui a única modalidade do gênero ações afirmativas. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 543-544.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

## A origem das desigualdades

Ao realizar um breve relato sobre o período em que Portugal colonizou o Brasil há quem afirme que este processo foi isento de violência e que os nativos foram receptivos com o povo português que, por ser dotado de plasticidade<sup>6</sup> e não afeito ao trabalho, se identificou com os índios que também não estavam acostumados ao labor<sup>7</sup>.

No entanto, logo no período colonial<sup>8</sup> pode-se perceber certa estratificação em camadas sociais em que de um lado – nas camadas escravizadas, estavam em um primeiro momento os índios e, posteriormente, os negros; e de outro – explorando o trabalho escravo, os brancos portugueses colonizadores<sup>9</sup>.

Para Sérgio Buarque de Holanda o processo de colonização pelos Portugueses não foi algo incomum pois eles já conheciam a escravidão africana no seu país<sup>10</sup>. O autor faz parecer que o preconceito com os negros era bem maior do que com os índios no Brasil colonial, apontando como um fator determinante a barreira linguística identificada como dificuldade de comunicação entre portugueses e negros<sup>11</sup>.

Conclui-se, assim, que o processo de colonização no qual o Brasil figurou como colônia de exploração de Portugal durante longos anos, fez dos índios e negros

---

<sup>6</sup> Sérgio Buarque utiliza este termo para definir a capacidade de adaptação do povo português às diferentes situações tanto climáticas como comportamentais, fator que os torna mais maleáveis e receptivos às mudanças e diferenças.

<sup>7</sup> BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio, **Raízes do Brasil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio: 1971, p. 1-92.

<sup>8</sup> É Salutar trazer um trecho do prefácio cujo Título é: o significado de raízes do Brasil: “Os homens que estão hoje um pouco prá cá ou um pouco para lá dos cinquenta anos aprenderam a refletir e a se interessar pelo Brasil sobretudo em termos de passado e em função de três livros: Casa Grande e Senzala, de Gilberto Freyre, publicado quando estávamos no ginásio; Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda; publicado quando estávamos no curso complementar; Formação do Brasil Contemporânea, de Caio Prado Junior, publicado quando estávamos no curso superior. Para nós, os três autores citados foram trazendo elementos de uma visão do Brasil que parecia adequar-se ao nosso ponto de vista. Traziam a denúncia do preconceito de raça, a valorização do elemento de cor, a crítica dos fundamentos ‘patriarcais’ e agrários, o discernimento das condições econômicas, a desmistificação da retórica liberal” (Ibidem. Prefácio: O significado de Raízes do Brasil).

<sup>9</sup> Sobre este assunto ver: Documentário Universidade Colorida. Unibrasil, 2010.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Idem.

suas vítimas, pois desde os primórdios dificultou-lhes o acesso à ascensão social uma vez que na gênese de nossa sociedade estes foram escravizados<sup>12</sup>.

Lilia Schwarcz afirma que:

diferentemente do que ocorrera em outras nações, onde o final da escravidão desencadeara um processo acirrado de debates intensos ou mesmo lutas internas, no Brasil a Abolição, representada como dádiva, gerou certa resignação (...) corolário incontestado de uma aceitação da ideia da existência de diferenças raciais e biológicas entre grupos<sup>13</sup>.

Ainda, de acordo com Maria do Socorro da Silva, em sua dissertação de mestrado identifica que, no início do século XIX, doutrinas de índole racista, cujos autores podem ser elencados: Silvio Romero (1851-1914), João Batista de Lacerda (1846-1915) e Nina Rodrigues (1862 - 1906), sendo que, em suas obras defendiam que existia superioridade da raça branca sobre a negra<sup>14</sup>.

Logo, após esta breve e sucinta exposição histórica acerca da origem desse país com múltiplas culturas e etnias, pode-se extrair uma primeira conclusão: a de que no período de colonização contribuiu para a formação de uma sociedade plural (pois foi composta de portugueses, índios e negros); e que houve exploração da força de

---

<sup>12</sup> A finalidade do presente estudo não é a de realizar um apanhado histórico a respeito das desigualdades. No entanto, é salutar trazer algumas explicações de Maria do Socorro da Silva em sua dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo a respeito da Origem das desigualdades raciais. Esta autora identifica que as perdas históricas acumuladas se iniciaram com o período de escravatura que perdurou entre 1526 e 1888, **ou seja, aproximadamente 3 séculos de exploração da força de trabalho gratuita dos negros**. E, ainda, apesar da edição da Lei Áurea que teve como finalidade a abolição da escravidão, esta medida foi isolada e insuficiente para colocar a população negra em patamar de igualdade com os brancos. Isto justifica-se pelo fato de que após a alforria os negros, sem condições financeiras e competindo em pé de inferioridade com a mão-de-obra europeia, ficou fadado a viver na marginalidade. DA SILVA, Maria do Socorro. **Ações Afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil**. São Paulo, 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.20.

<sup>13</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 47 apud KRAMER, Helton. **O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 15: 208-227 vol.1 ISSN 1678 – 2933.

<sup>14</sup> DA SILVA, Maria do Socorro. **Ações Afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil**. São Paulo, 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.20.

trabalho dos negros e, ainda, que a simples promulgação da Lei Áurea não foi suficiente para sanar os danos que a escravidão causou por aproximadamente três séculos aos negros, pois mesmo após declaração de alforria eles continuaram à margem da sociedade e sem possibilidade alguma de ascender socialmente<sup>15</sup>.

### O Brasil contemporâneo sob a perspectiva de Jessé Souza

Tão importante quanto entender a origem das desigualdades no período colonial, é perceber o Brasil contemporâneo de um modo novo, em uma perspectiva que extrapole a visão do “povo animado” e do “jeitinho brasileiro”. Justamente, neste sentido, é que Jessé Souza se encarrega de desfazer alguns mitos sobre a brasilidade, veja-se:

Até hoje, a interpretação brasileira dominante sempre partiu da análise pretensamente “científica” de uma singularidade sociocultural brasileira – singularidade essa pensada em termos absolutos e supostamente incomparável com qualquer outra experiência humana no planeta. Existem dois graves enganos nesse tipo de procedimento. O primeiro é que se parte de um ponto obviamente ideológico, na medida em que é fabricado por interesses ‘pragmáticos’ de se construir uma narrativa de ‘unidade nacional’, como claro compromisso de se produzir uma fonte alternativa de solidariedade social entre grupos e classes em conflito latente.<sup>16</sup>

O autor, neste trecho e em diversas partes deste livro, desmistifica a afirmação de que o Brasil é uma sociedade singular<sup>17</sup>. Além disso, dentro desta

---

<sup>15</sup> É o que afirma Maria de Lourdes Teodoro: “A lei Áurea ao abolir a escravidão, somente liberou o escravo do cativo, porém não se preocupou em dar condições para que esses ex-escravos viessem a se transformar em cidadãos brasileiros. Diante da omissão estatal, sem educação e sem respaldo econômico, os negros libertos são a origem dos sem-terra, sem-teto e dos analfabetos.” TEODORO, Maria de Lourdes. **A intensidade do branco no espectro cromático: Ensaio sobre relações raciais no Brasil**. Universidade e sociedade: Brasília, v. 10, n21, p113, jan./abr., 2000.

<sup>16</sup> SOUZA, Jessé. Como é possível perceber o Brasil contemporâneo de um modo novo? \_In: SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2011. P. 103-124.

<sup>17</sup> O mito da democracia racial serviu para generalizar a consciência falda da realidade racial, suscitando todo um elenco de convicções etnocêntricas: 1º) a ideia de que o ‘negro não tem problemas no Brasil’;  
*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

mesma obra, um trecho cujo título é Cor e Dor Moral: sobre o racismo na ralé, mediante a narrativa do autor de vários depoimentos percebe-se que o racismo é corriqueiro em nossa sociedade<sup>18</sup>, veja-se:

O fato de tomarmos como algo natural a ideia de que o Brasil é um país absolutamente singular e oposto aos Estados Unidos (onde há uma estrutura de castas), nos impede de seguir adiante exatamente aqui: **o que fazemos geralmente é afirmar que o quanto o nosso racismo é ‘distorcido’ ‘camuflado’ e ‘hipócrita’ e não, como deveria ser, observar com calma e encontrar um modo de compreendê-lo.**

Ou seja, as desigualdades não são tratadas da maneira adequada pelo fato de que sequer se reconhece que existe racismo no Brasil. O que ocorre, ao contrário do modo como é nos Estados Unidos, é que existe racismo de maneira velada. Logo, percebe-se que desde os primórdios da sociedade brasileira existe a desigualdade e que existe racismo mesmo que de maneira implícita nas relações sociais. E esta desigualdade, este tratamento desigual, esta discriminação reflete no desempenho escolar e futuramente no desempenho profissional dos negros que convivem na sociedade brasileira contemporânea.

Na sequência, tratar das escolas, no capítulo cujo título é: A instituição do fracasso: a educação na ralé, Lorena Freitas<sup>19</sup>, preceitua o seguinte:

**... a má-fé institucional atinge tanto a ralé estrutural, cuja miséria moral e material apenas encontra sua confirmação e institucionalização nas**

---

2º) a ideia de que, pela própria índole do Povo Brasileiro, ‘não existem distinções entre nós’; 3º) a ideia de que as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram indistinta e igualmente acessíveis a todos, durante a expansão urbana e industrial de São Paulo; 5º) a ideia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao ‘negro’, excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania. FERNANDES, Florestan. **A integração do negro da sociedade de classes**. São Paulo: Ática, 1978, V.1. p. 256.

<sup>18</sup> ROCHA, Emerson. Cor e Dor Moral: sobre o racismo na Ralé. In: SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 353-384.

<sup>19</sup> FREITAS, Lorena. A instituição do fracasso: a educação na ralé. In: SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 281 - 304.

**escolas públicas**, quanto as demais frações da classe baixa, que apesar da renda precária, não deixam de ser contempladas com uma vida familiar organizada e com algum conhecimento incorporado. Estas últimas teriam alguma possibilidade de ascensão social, caso as escolas públicas não se encarregassem muitas vezes, por efeito da má-fé institucional, de também lhes fechar as portas para essa possibilidade<sup>20</sup>.

Este é o ponto fundamental para compreender que, apesar de a Constituição Federal garantir o amplo acesso ao ensino público por meio dos artigos: 206, inciso I<sup>21</sup>, e 208, inciso V<sup>22</sup>, somente a parcela mais privilegiada da população tem condições financeiras de optar pelo ensino particular.<sup>23</sup> Pois, depreende-se do trecho acima citado que somente “opta” pelo ensino fundamental e médio público, a parcela da população que não tem condições financeiras de arcar com as despesas do ensino particular.

Marcos Augusto Maliska, corroborando com tudo o que acima se afirmou, detecta que:

**Os alunos de escola privada levam vantagem nessa disputa em razão do procedimento de avaliação elaborado pela Universidade.** Eles dominam a técnica do vestibular, pois são treinados para competir e vencer por professores muito bem preparados, que inclusive conhecem o histórico dos vestibulares e sabem de antemão quais as questões podem vir a cair na prova. **Os alunos de escola pública, de outro modo, não dispõem dos mesmo recursos e não conseguem estar tão bem preparados para a acirrada competição<sup>24</sup>.**

Assim, detecta-se o fato de que o acesso às instituições públicas de ensino superior não ocorre em igualdade de condições<sup>25</sup>. Ainda, este mesmo autor traz

---

<sup>20</sup> Ibidem. p. 304.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> MALISKA, Marcos. A identificação dos cotistas entre o direito à informação e o direito à não discriminação negativa – reflexões a partir dos programas de ações afirmativas em universidades públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 2, p. 180- 185, Jan./Mar. 2008.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Neste sentido, a autora: “É senso comum afirmar que estudantes detentores de maior capital econômico e cultural são privilegiados notavelmente por esses exames. Nesse sentido, o ‘fenômeno *Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*”

alguns dados estatísticos da Universidade Federal do Paraná que comprovam o que foi afirmado: demonstram que os alunos oriundos de escola pública são a maioria dos inscritos no vestibular (54%) e a minoria dos aprovados (42%)<sup>26</sup>.

Neste secundo tópico, a segunda conclusão que se extrai, é a de que o Brasil não obteve êxito em garantir acesso às universidades públicas a todos os membros da sociedade através de meios racial e economicamente neutros<sup>27</sup>; e que os negros continuam sendo prejudicados<sup>28</sup>, pois a educação que recebe nos ensino fundamental é insuficiente para que concorra em pé de igualdade com os alunos das demais classes sociais, fator que representa mais uma barreira à sua ascensão social.

Novamente, o Estado erra por ser omissivo, pois num primeiro momento pensou-se ser suficiente a mera declaração de Alforria dos negros concedendo-lhes a liberdade, sem aplicar uma medida de socialização sequer. E, agora, erra por acreditar que “colocar à disposição” o ensino fundamental é suficiente, ou que, realizar um teste seletivo para ingresso nas universidades garante o amplo acesso às vagas que oferece.

---

dos vestibulares’ como um dos rituais de passagem mais importantes que marcam o fim da adolescência e introduzem parte da juventude nos espaços privilegiados da universidade”. GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. *Perspectivas de Estudantes em Situação de Vestibular sobre as cotas Universitárias. Revista da Associação Brasileira de Psicologia*, local, 2010, v. 22, n. 3, p. 486-498, p. 47.p. 487

<sup>26</sup> Ibidem. Dados citados pelo Prof. José Borges Neto no Processo 1498/04-12 que tratou do plano de metas de inclusão Racial e Social na UFPR. Donde se fez referência àqueles que cursaram a maior parte de sua formação em escola pública.

<sup>27</sup> DE OLIVEIRA ALMEIDA, Tatiana Bitti, Justiça, Adequação e Eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em universidades brasileiras. in: Concurso ESMPU de Monografias 2008: Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa?. **Política de cotas: parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal**. Brasília: ESMPU, p.137.

<sup>28</sup> Sobre o tema, explanação de Renata Malta Vilas-Bôas: “Nos dias atuais ainda podemos verificar esse paradoxo, pois os grupos designados ‘minorias’, quais sejam, os negros, os índios, as mulheres, os pobres e os estrangeiros, ainda não possuem voz ativa na sociedade brasileira. É importante ressaltar que, ainda hoje, vivemos em uma sociedade onde o modo de produção é escravagista, posto que reduz o trabalhador a mera peça em toda a engrenagem de produção; ele não é individualizado. Vários estudos realizados sobre a denominada escravidão urbana (que só foi percebida no Brasil nos anos 70) conseguem demonstrar as origens culturais de certos posicionamentos, como, por exemplo, a desconfiança que os policiais demonstram ter com os negros, aplicando medidas violentas quando os prendem ou os detêm para averiguação. A origem deste procedimento está ligada à época da escravidão, onde era de praxe a polícia vigiar o escravo urbano quando este era alugado pelo seu dono para prestar serviços na rua.” VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

Assim, como bem preceitua Marcos Augusto Maliska: “Sem a presença atuante do Estado e da sociedade civil com medidas compensatórias a diferença entre negros e brancos não se alterará, ainda que possa haver melhora das condições de vida para o conjunto”.<sup>29</sup>

É exatamente composto por este sentimento de compensação<sup>30</sup> que se justificam o estabelecimento de cotas para estudantes negros na Universidade, pois assegura a este segmento da população uma política de compensação das condições de desigualdade que sempre enfrentaram.

A terceira conclusão que se extrai até este ponto, é a de que a atuação do Estado para reduzir desigualdades é fundamental e que as ações afirmativas funcionam como mecanismo de compensação de desigualdades.

Desde o advento das ações afirmativas no Brasil muito se tem discutido a respeito<sup>31</sup>. No entanto, em maio de 2012 o STF foi chamado a decidir a respeito das políticas de cotas adotadas pela UNB. O próximo tópico tratará desta decisão.

---

<sup>29</sup> MALISKA, Marcos. A identificação dos cotistas entre o direito à informação e o direito à não discriminação negativa – reflexões a partir dos programas de ações afirmativas em universidades públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 2, p. 180- 185, Jan./Mar. 2008.

<sup>30</sup> Maria do Socorro da Silva, em sua dissertação de mestrado traz algumas notas sobre o que chama de perdas acumuladas: “Nos tópicos a seguir veremos em detalhes os temas acima levantados, iniciando pelas **perdas históricas acumuladas**, devido à importância e repercussão que ideias do passado têm nos dias de hoje, além do prejuízo econômico que a escravidão causou à população negra. Como população escravizada, não pôde acumular bens para as gerações seguintes, e como foi dito não tiveram nenhuma ajuda do estado com o fim da escravidão. Depois veremos os estudos acadêmicos da década de 50, que demonstram haver racismo e desigualdade racial no Brasil, contradizendo a teoria da democracia racial, tornando-a um ‘mito’, embora muitos a defendam até hoje. Na década de 70, Hasenbalg demonstrou que o racismo se renovava. E por fim, veremos as estatísticas mais recentes, que mostram a continuidade das desigualdades raciais. Todo esse quadro justifica as ações afirmativas para a população negra. Sem políticas focalizadas para a população negra, como as ações afirmativas, a igualdade racial dificilmente será alcançada”. [sem grifo no original] DA SILVA, Maria do Socorro. **Ações Afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil**. São Paulo, 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p.20.

<sup>31</sup> No seio destas discussões: de um lado estão os alunos não cotistas e demais membros da sociedade acostumados ao vestibular tradicional que privilegia os estudantes das melhores escolas de ensino médio e fundamental e com maiores oportunidades também em termos de capital cultural. Do outro lado estão os alunos cotistas, atuais beneficiários desses programas de inclusão, buscando construir as próprias bases para uma identidade que se efetive no meio universitário local. GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Perspectivas de Estudantes em Situação de Vestibular sobre as cotas

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

ADPF 186 – Julgada em 2012<sup>32</sup>

O STF foi chamado a decidir se os programas de ação afirmativa<sup>33</sup> que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critérios raciais para o ensino superior, estão em consonância com a Constituição Federal<sup>34</sup>.

O que se questionou na referida ação constitucional foi, basicamente, a metodologia de reserva de vagas empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública.

Tendo em vista que o julgamento decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade das medidas de ação afirmativa nas universidades, em específico na UNB, o voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski servirá como norte para a análise da decisão que determinou o seguinte:

Isto posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais

---

Universitárias. *Revista da Associação Brasileira de Psicologia*, local, 2010, v. 22, n. 3, p. 486-498, p. 488.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

<sup>33</sup> Ação afirmativa para Paulo Lucena de Menezes: Ação afirmativa, nos dias correntes, é um terno 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. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas. MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 27. Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero 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. GOMES, Joaquim Benedito Barboza. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 137.

<sup>34</sup> Precedentes que trataram sobre ações afirmativas: MS-ADI 1276/SP- Min. Rel. Octávio Golloti; ADI 1276/SP – Min. Rel. Ellen Gracie; RMS 26071; Rel. Min. Ayres Brito; ADI 1946/DF - Min. Rel. Sydney Sanches; e, por fim, MC-ADI 1946/DF – Min. Rel. Sydney Sanches.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios e aos fins empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, julgo improcedente esta ADPF.<sup>35</sup>

Do teor da decisão proferida pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski para decidir pela constitucionalidade das ações afirmativas – estabelecimento de cotas nas universidades - detecta-se que o relator levou em consideração: a. o fato de que as ações afirmativas têm o condão de promover a igualdade material; b. a realização da justiça distributiva, adoção do critério étnico-racial; c. a consciência étnico-racial como fator de exclusão e a insuficiência do critério de baixa renda; d. a importância desempenhada pela Universidade, e. a Hetero e a auto identificação; f. a reserva de vagas.

A partir deste ponto, busca-se mesclar os fundamentos da decisão da ADPF 186 com os posicionamentos doutrinários pátrios a respeito das cotas.

### **Discriminação positiva – ofensa à isonomia<sup>36</sup> - igualdade formal<sup>37</sup> e material<sup>38</sup>**

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

<sup>36</sup> Para Celso Antonio Bandeira de Mello, ao definir o conteúdo jurídico do princípio da isonomia define que: 43. Ao fim e ao cabo desta exposição teórica têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fato ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fato de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Maheiros, 2009. p. 47-48.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

O tema referente à ofensa e à discriminação positiva é de fundamental importância. Mediante pesquisas realizadas pela Associação de Psicologia do Brasil, verificou-se que, mesmo dentre os alunos que poderiam se beneficiar com o sistema de cotas, muitos preferem tentar uma vaga na universidade pública sem lançar mãos deste instrumento. Este comportamento ocorre pelo temor que tem se serem, durante o curso da graduação, discriminados em razão de terem recebido este tipo de tratamento diferenciado<sup>39</sup>.

Deste modo, verifica-se que a aplicação da política de Cotas que é uma discriminação positiva pode, acidentalmente, ocasionar uma discriminação negativa no seio das universidades.

No que se refere à isonomia, para Lewandowski:

toda seleção, em qualquer que seja a atividade humana, se baseia em algum tipo de discriminação. No entanto, o que se discute é a legitimidade dos

---

<sup>37</sup> A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente. BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011. Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Teoria dos direitos fundamentais, 1999.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48. Para Celso Antonio Bandeira de Mello: “Deste modo, o que o legislador constituinte visa, através do princípio da igualdade, a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”.

<sup>39</sup> Muitos dos estudantes que poderiam ser beneficiados com um programa de Cotas tendem a discordar de tal alternativa, temendo serem hostilizados no meio universitário. O ingresso na universidade por meio de Cotas pode se entendido como um atestado público de incapacidade e demérito. GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Perspectivas de Estudantes em Situação de Vestibular sobre as cotas Universitárias. **Revista da Associação Brasileira de Psicologia**, local, 2010, v. 22, n. 3, p. 486-498, p. 488.

critérios empregados, pois deve guardar estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles<sup>40</sup>.

Verifica-se que a decisão diz respeito ao modo como a discriminação foi realizada. Tendo em vista que o princípio da igualdade, erigido pelo constituinte originário como cláusula pétrea, proíbe tratamento discriminatório, torna difícil determinar o melhor modo de discriminar positivamente a população negra. Neste sentido, é salutar trazer os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito:

... as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados pela Constituição<sup>41</sup>.

Assim, em consonância com o exposto pelo voto do Ministro Lewandowski, o sistema de cotas não ofende o princípio da igualdade além de ser um meio hábil a promover a competição em igualdade de condições.

Mister salientar que, no que se refere à política de Cotas, verifica-se que este instrumento assume um prisma diferenciado do princípio da igualdade<sup>42</sup>, pois a sua

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17-18.

<sup>42</sup> Marcos Augusto Maliska, a respeito de igualdade de condições: “Parece estar claro que a interpretação do Princípio da Igualdade de condições para o acesso e permanência na Universidade deve levar em consideração as desigualdades fáticas que cercam a sociedade brasileira. É inadequado se considerar apenas a resolução de um aprova para todos os candidatos como critério suficiente para dizer que estão todos sob as mesmas condições. Nesse ponto não se pode retroceder a uma visão formalista do Direito, que ignora a realidade e transforma a Constituição em mero instrumento nominal. A constituição é um instrumento para a promoção da justiça e aqui poderia se sustentar inclusive a cláusula de proibição de retrocesso social de modo a evitar interpretações restritivas ou negativas de direitos fundamentais já conquistados”. MALISKA, Marcos Augusto. Análise da Constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE PIZA, Evandro C; *Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

finalidade é justamente a de conceder igualdade de condições entre os vestibulandos<sup>43</sup>.

### **A realização da justiça distributiva, adoção do critério étnico-racial – um paralelo com a questão do mérito**

No que se refere ao mérito<sup>44</sup>, de acordo com o relator, o constituinte buscou temperar este requisito de acesso, de maneira que este não pode ser analisado de maneira linear, devendo levar em consideração o princípio da igualdade.

De acordo com o relator:

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem, com relação a outros, em virtude

---

LIMA BERTÚLIO, Dora Lúcia; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícius (Coord.). **Cotas raciais no ensino superior: Entre o jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57-74.

<sup>43</sup> O princípio da igualdade de oportunidades, ou de chances, ou de pontos de partida, é considerado como uma das bases do Estado de uma democracia social. Se formos considerá-lo de forma abstrata, ele não passa da aplicação de uma regra de justiça diante de uma situação em que existem diversas pessoas competindo entre si para a obtenção de algo que somente pode ser alcançado por um dos competidores (seria o primeiro lugar, a primeira colocação, num jogo, num torneio) etc. Os diversos competidores partem de um ponto em comum para atingir um objetivo único. O que transforma esse princípio em princípio inovador nos Estados sociais decorre do fato de que a vida social nada mais é do que uma forma de competição que tem como objetivo a aquisição de bens escassos. Desta forma, entende-se que, visando à colocação de todos os indivíduos da sociedade de forma que tenham iguais condições de competição por aqueles bens da vida tidos como essenciais, **é preciso favorecer alguns indivíduos diante de outros, criando, de forma artificial, discriminações que de outro modo não existiriam. Passamos a ter uma desigualdade para atingir uma igualdade**, posto que essa desigualdade visa corrigir uma desigualdade pretérita. A nova igualdade passa a ser ‘resultado da equiparação’ entre duas desigualdades”. VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 23. [sem grifo no original]

<sup>44</sup> Para as autoras as políticas e ações afirmativas interferem diretamente na forma de admissão por meio de provas vestibulares, através dos quais se avaliava única e exclusivamente o mérito, ou seja, os resultados levavam em consideração unicamente o esforço pessoal de cada candidato. GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Perspectivas de Estudantes em Situação de Vestibular sobre as cotas Universitárias. **Revista da Associação Brasileira de Psicologia**, local, 2010, v. 22, n. 3, p. 486-498, P. 487.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

de suas condições sociais, pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em vista a necessidade de se observar o citado princípio<sup>45</sup>.

Neste ponto, salutar trazer à lume o que preceitua Dworkin a respeito do mérito e do fato da raça:

Não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços que constituam o 'mérito' no sentido abstrato; se mãos ágeis contam como mérito no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis capacitam-no a atender melhor o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra, em prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse argumento pode parecer perigoso, mas apenas porque confundem a sua conclusão – que a pele negra pode ser característica socialmente útil em dadas circunstâncias – com a ideia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerentemente mais valor que outra<sup>46</sup>.

Assim, tanto da afirmação de Dworkin quanto do voto de Lewandowski retira-se que o mérito não pode ser atrelado à raça, mas que deve ser levado temperado com o princípio da isonomia, levando em consideração que os negros sempre competiram em pé de desigualdade com os brancos.

### **A consciência étnico-racial como fator de exclusão e a insuficiência do critério de baixa renda;**

O legislador constituinte qualificou como inafiançável o crime de racismo o que, por consequência, determina que é vedado qualquer atitude negativa de

---

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 1 ed. São Paulo: Martins fontes, 200, p. 446.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

discriminação. Todavia, é possível falar em condutas por parte do Estado, discriminatórias positivas com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos<sup>47</sup>.

É importante trazer o trecho do voto no qual Lewandowski afirma que a raça é identificada como um fator de exclusão racial:

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na esfera privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita<sup>48</sup>.

Ou seja, identifica que, apesar de ser velado, o racismo existe em nossa sociedade e prejudica sobremaneira os negros. Na sequência identifica as políticas de cotas raciais como um bônus adicional na aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes dos grupos minoritários, pois aumenta a autoestima e lhes prepara terreno para sua progressiva e plena integração social<sup>49</sup>.

### **O papel integrador da Universidade,**

Lewandowski aponta as universidades como centros de formação das elites brasileiras, e que representam um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros altos cargos públicos e privados do país.

A seguir, afirma que “o grande beneficiado pelas políticas de ações afirmativas não são aqueles que tiveram acesso a uma vaga através das cotas, mas

---

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Idem.

todo o meio acadêmico, que terá oportunidade de conviver como diferente”<sup>50</sup>. Ou seja, as políticas de cotas contribuem para o pluralismo<sup>51</sup>.

### **A Hetero e a auto identificação;**

Ao analisar os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial verificou-se que as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a heteroidentificação.

Concluindo o Relator afirma que ambas são plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional, desde que observem na medida do possível, os critérios constitucionais e jamais desrespeitem a dignidade da pessoa humana<sup>52</sup>.

### **Reserva de vagas.**

Apesar de não haver dispositivo constitucional algum que especifique a política de cotas para negros, o Relator identifica no artigo 37, inciso VII, que preceitua o seguinte: “(...) a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos

---

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Neste sentido, Flávia PIOVESAN: “Esse tipo de ação, como políticas compensatórias, adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Elas constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que esta deve se moldar na fôrma do respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas, transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva”. FLÁVIA, Piovesan. *Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos*. In: DUARTE PIZA, Evandro C; LIMA BERTÚLIO, Dora Lúcia; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícius (Coord.). **Cotas raciais no ensino superior: Entre o jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 15-26.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, como suporte constitucional para este instituto<sup>53</sup>.

Após inúmeras citações e argumentações Lewandowski conclui que o escopo das medidas de ações afirmativas é o de compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica, e que estas medidas não são meras concessões do estado, mas refletem deveres extraídos dos princípios constitucionais.

Em consonância com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, ao se tratar de ações afirmativas não se questiona a sua constitucionalidade, mas o modo como ela é realizada, veja-se:

Particularmente no caso das políticas de cotas para afrodescendentes (sic), já implantadas em dezenas de universidades Públicas e mesmo privadas, ou por força de legislação federal, como se deu no caso do Programa Universidade para todos, o conhecido PROUNI. **Diversas dessas medidas foram impugnadas, mas em geral não se discute em si a possibilidade de serem adotadas ações afirmativas (ou seja, o ‘se’), mas sim o modo e especialmente os critérios utilizados para aferir o rol de beneficiários de tais medidas**, pois é notório que a adoção de cotas, isso é, a destinação de determinado percentual de vagas (para mulheres, pessoas com deficiência, afrodescendentes) sic. em escolas, universidades, no serviço público, em empresas privadas etc. não constitui a única modalidade do gênero ações afirmativas<sup>54</sup>.

Assim, o relator, após concluir que as políticas de ações afirmativas estão de acordo com os princípios constitucionais e consubstanciam-se em deveres do estado a fim de reduzir as disparidades sociais, define dois critérios para que as ações afirmativas sejam consideradas individualmente compatíveis com a constituição, quais sejam: a transitoriedade e que haja proporcionalidade e razoabilidade entre os meios adotados e os fins visados.

---

<sup>53</sup> O STF se posicionou no sentido de que está afastada a ideia de que o texto constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para mulheres. (RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008).

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 543. [sem grifo no original].

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

## Transitoriedade

Lewandowski aponta para a necessidade de transitoriedade das medidas de ações afirmativas, fundamentado no fato de que tais políticas tem como finalidade corrigir distorções históricas. Uma vez superadas, estas não tem mais razão de ser e, se mantidas, podem se converter em benesses permanentes, tornando-se incompatível com qualquer texto constitucional.

Todavia, neste ponto, parece que de acordo com tudo o que já foi exposto, é pouco razoável que apenas dez anos de exercício de ações afirmativas sejam suficientes para compensar as perdas que os negros vêm acumulando durante séculos de exploração e desigualdade.

No entanto, foi justamente esta característica de transitoriedade que, de acordo com Lewandowski, faz das políticas de Cotas adotada pela UNB uma atitude constitucional.

## Proporcionalidade<sup>55</sup> entre os meios empregados e os fins colimados

Em seu voto, Lewandowski preceitua que:

Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais do ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a

---

<sup>55</sup> “Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita.” E, ainda, que “Sem um meio, um fim concreto e uma relação entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

## UM PARALELO ENTRE O BRASIL CONTEMPORÂNEO PELA PERSPECTIVA DE JESSÉ SOUZA

proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade<sup>56</sup>.

A política de cotas adotada pela Universidade de Brasília se expressa na 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.

Mediante a análise das medidas adotadas pela UNB, o relator julgou providencias, adequadas e proporcionais para atingir os objetivos almejados. Ou seja, confirmou que a política de cotas adotadas pela Universidade de Brasília não é desproporcional e demonstra-se compatível com os princípios constitucionais.

### CONCLUSÃO

Através da breve exposição das origens das desigualdades em nossa sociedade foi possível perceber que os negros, desde o período colonial e mesmo após a escravidão, foram prejudicados sobremaneira e que, ainda hoje, em razão da discriminação e do racismo, mesmo que velados, os prejudicam, pois é comprovada sua dificuldade em ascender socialmente, principalmente em razão das dificuldades de acesso ao ensino superior.

Comprovou-se que o Estado mostrou-se omissivo no passado quando entendeu ser suficiente a mera declaração de alforria dos negros escravos, omitindo-se de implementar políticas de inclusão social. E que, atualmente, não é eficaz no fomento de políticas que possibilitem o acesso a igualitário ao ensino superior público.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

*Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 53 - 78, jul/dez 2013*

Em razão da necessidade de diminuir as desigualdades e de compensar a raça negra por séculos de exploração e descaso, as políticas de ações afirmativas funcionam e coadunam com os princípios de acesso ao ensino público.

Ao analisar a ADPF o Ministro Ricardo Lewandoski levou em consideração o conjunto principiológico constitucional para decidir que a política de cotas na Universidade de Brasília é constitucional e mostra-se adequada para reduzir as desigualdades perpetradas em nossa sociedade em razão de critérios étnico-raciais.

Por fim, estabeleceu como critérios de constitucionalidade para as políticas de cotas raciais: a previsão de transitoriedade das medidas adotadas e a proporcionalidade entre os meios adotados e os fins perseguidos.

Deste modo, mediante análise da doutrina e da jurisprudência, verifica-se que as políticas discriminatórias positivas não ofendem o princípio constitucional da isonomia, pois são meios para alcançar a igualdade material e a igualdade de condições de competição.

Porém, tais políticas discriminatórias devem atender aos requisitos supracitados por Lewandowski e, como não poderia deixar de ser e principalmente, respeitar os princípios constitucionais como um todo com destaque para a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011. Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Teoria dos direitos fundamentais, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator: Ministro: Ricardo Lewandowski. 25 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 24 jul.2012.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio, **Raízes do Brasil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio: 1971.

DA SILVA, Maria do Socorro. **Ações Afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil**. São Paulo, 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DE OLIVEIRA ALMEIDA, Tatiana Bitti, Justiça, Adequação e Eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em universidades brasileiras. \_ in: Concurso ESMPU de Monografias 2008: POLÍTICA DE COTAS: MITIGAÇÃO DA ISONOMIA EM AÇÃO AFIRMATIVA? **Política de cotas: parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal**. Brasília: ESMPU.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 1 ed. São Paulo: Martins fontes, 200.

FERREIRA, Siddharta Legale. Justiça, adequação e eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em universidades brasileiras. In: Concurso ESMPU de Monografias 2008: **POLÍTICA DE COTAS: MITIGAÇÃO DA ISONOMIA EM AÇÃO AFIRMATIVA? Política de cotas: parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal.** Brasília: ESMPU.

FLÁVIA, Piovesan. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: DUARTE PIZA, Evandro C; LIMA BERTÚLIO, Dora Lúcia; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícuís (Coord.). **Cotas raciais no ensino superior: Entre o jurídico e o político.** Curitiba: Juruá, 2008.

FREITAS, Lorena. A instituição do fracasso: a educação na ralé. \_ In: SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira quem é e como vive.** \_ Belo Horizonte: UFMG, 2011 \_ 281 - 304.

GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Perspectivas de Estudantes em Situação de Vestibular sobre as cotas Universitárias. **Revista da Associação Brasileira de Psicologia**, local, 2010, v. 22, n. 3, 486-498.

MALISKA, Marcos Augusto. Análise da Constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE PIZA, Evandro C; LIMA BERTÚLIO, Dora Lúcia; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícuís (Coord.). **Cotas raciais no ensino superior: Entre o jurídico e o político.** Curitiba: Juruá, 2008.

MALISKA, Marcos. A identificação dos cotistas entre o direito à informação e o direito à não discriminação negativa – reflexões a partir dos programas de ações afirmativas em universidades públicas brasileiras. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 2, p. 180- 185, Jan./Mar. 2008.

MELO-SILVA, Lucy Leal. Perspectivas de Estudantes em Situação de Vestibular sobre as cotas Universitárias. **Revista da Associação Brasileira de Psicologia**, local, 2010, v. 22, n. 3, 486-498.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

UM PARALELO ENTRE O BRASIL CONTEMPORÂNEO PELA PERSPECTIVA DE JESSÉ  
SOUZA

RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008.

ROCHA, Emerson. Cor e Dor Moral: sobre o racismo na Ralé. \_ In: SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira quem é e como vive.** \_ Belo Horizonte: UFMG, 2011 \_ 353-384.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil.** São Paulo: Publifolha, 2001.

SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira: quem é e como vive,** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.