



A POLÍTICA ÉTNICO-RACIAL NA PERSPECTIVA JURÍDICA NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA¹

ETHNIC-RACIAL POLICY IN THE NORTH AMERICAN AND BRAZILIAN LEGAL PERSPECTIVE

Thaís Alves Costa²

Resumo

Trata-se da análise do instituto jurídico das ações afirmativas nos contextos norte-americano e brasileiro, com o objetivo de averiguar se essa política está sendo capaz de cumprir com seu propósito almejado, a saber: a promoção da justiça distributiva e a diversidade racial nos mais diferentes setores da sociedade. Para tal, no primeiro momento apresentaremos o surgimento dessa política, seu background histórico e a sua consolidação nos Estados Unidos da América. Em seguida, demonstraremos como tal política foi adotada na realidade jurídica e social brasileira e seus consequentes desdobramentos. Para esse fim, utilizaremos como fio condutor da pesquisa as obras *Equal Treatment and Compensatory Discrimination* de Thomas Nagel e *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade* de Joaquim Barbosa Gomes, além de diversas decisões jurídicas norte-americanas, principalmente, *Regents of University of California vs. Bakke* (1978) e algumas legislações brasileiras, com a devida atenção para o *Estatuto da Igualdade Racial* de 2010 e a *Lei de Cotas* de 2012.

¹ Artigo submetido em 23-10-2017 e aceito em 20-03-2018.

² Doutoranda em Filosofia pela UFPel e participa do projeto de pesquisa: Contratualismo e Construtivismo Político em John Rawls: sobre sua relação entre metaética e filosofia política, com apoio financeiro da FAPERGS - Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul. Mestre em Filosofia pelo programa de pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), tendo sido bolsista integral da CAPES. Foi aluna visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) em 2016 e professora da graduação em Filosofia EAD na Universidade Federal de Pelotas em 2017 e 2018. Dedicar-se às pesquisas envolvendo Filosofia Política e do Direito. Professora do curso de Filosofia EAD da Universidade Federal de Pelotas. E-mail de contato: costa.thaisalves@gmail.com.



Palavras-chave: Política; Direito Comparado; Ação Afirmativa; Estados Unidos da América; Brasil.

Abstract

This is the analysis of the legal institute of affirmative actions in the North American and Brazilian contexts, with the objective of ascertaining if this policy is capable of fulfilling its intended purpose, namely: the promotion of distributive justice and racial diversity in the most different sectors of society. For that, in the first moment we will present the emergence of this policy, its historical background and its consolidation in the United States of America. Next, we will demonstrate how this policy was adopted in the Brazilian legal and social reality and its consequent unfolding. To this end, we will use as the guiding thread of the research the works *Equal Treatment and Compensatory Discrimination* by Thomas Nagel, and *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade* by Joaquim Barbosa Gomes, as well as several North American legal decisions, mainly, *Regents of University of California vs. Bakke* (1978), and some Brazilian legislation, with due attention to the *Estatuto da Igualdade Racial* (2010) and *Lei de Cotas* (2012).

Keywords: Policy; Comparative law; Affirmative action; United State of America; Brazil.

1. Introdução

Cada ordenamento jurídico possui especificidades que os permitem lidar de maneira diferente com um mesmo problema. Nesse sentido, lançar mão de um mesmo instituto jurídico adotado no contexto de outro país é como estar entre Cila e Caríbdis, pois tal medida pode ser tanto desastrosa, quanto eficaz para a resolução de determinada questão. Partindo desse pressuposto, proponho analisar como as Constituições, Supremas Cortes e sociedade civil norte-americana e brasileira lidam com um problema específico, a saber: as políticas afirmativas de cunho racial. Para isso, tentaremos demonstrar como cada família e



ordenamento jurídico podem em síntese comparativa, beneficiar ou não na resolução de problemas de outro Estado.

Para a análise comparada da constitucionalidade dessas políticas nos dois países, esta pesquisa será composta de duas partes: na primeira, trataremos do instituto nos Estados Unidos da América; na segunda, discutiremos o sistema jurídico brasileiro. Inicialmente (2.1), faremos uma breve introdução da problemática das ações afirmativas, apontando o seu conceito e, brevemente, o *background* histórico norte-americano a partir de excertos de seus textos jurídicos. Em seguida (2.1.1), apresentaremos os tipos de ações afirmativas desenvolvidas neste sistema e em seus correlatos, traçando a devida distinção entre modelos fortes e modelo fraco de ação afirmativa. Para isso, a discussão tomará por base teórica os textos de Pojman, Mackinnon, Dworkin e Lawuyi. Por fim (2.1.2), analisaremos os principais casos da literatura jurídica norte-americana sobre o tema das ações afirmativas. Consideraremos juridicamente a situação dessa política desde os tempos do início da segregação até o fim do modelo de ações afirmativas em alguns estados americanos, buscando demonstrar como a Suprema Corte lida com a resolução de tais casos.

Na segunda parte do *paper* discutiremos (2.2) como o Brasil se apropriou deste modelo de política praticado nos Estados Unidos, mantendo a mesma base teórica para a realidade brasileira (o que parece gerar problemas). Posteriormente (2.2.1), discorreremos sobre o debate no Supremo Tribunal Federal Brasileiro deste tema, tendo em vista os problemas oriundos desta apropriação tão irrefletida. Finalmente, realizaremos uma síntese comparativa para ressaltar as diferentes maneiras com que as cortes superiores de cada país lidam com cada caso, intencionando descobrir se essa política foi ou não eficiente em seus propósitos nos dois países, bem como as diferentes recepções em cada Estado.



2. Análise comparativa

2.1. O surgimento das políticas afirmativas no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América

As ações afirmativas são tipos de política, pública ou privada, que tem como objetivo a promoção de direitos e bens para pessoas que se encontram em situação de desvantagem social engendrada pela exclusão social, em razão da raça, gênero, por deficiência física e/ou mental, desvantagens financeiras ou por origem nacional, podendo assumir formas de ações voluntárias ou obrigatórias. Segundo Nagel, “affirmative action in the original sense-namely making special efforts to find women and minority candidates for positions in which they are underrepresented, and encouraging them to apply”³. Essa política é voltada para a transposição de um indivíduo que, até então, era politicamente considerado ausente de cor, raça, idade ou classe social, para alguém “especificado”, ou seja, alguém com uma raça definida, gênero e idade. Esse indivíduo especificado receberá as políticas sociais direcionadas.

A primeira política com a ideia de preferências para determinados grupos surgiu na Índia sob o nome de “política de reservas” (*reservation policies*). Apesar de haver indícios de

³ NAGEL, 1973, p. vii. Para saber mais acerca da ideia de ação afirmativa sob o prisma de Nagel, confira: NAGEL, Thomas. Equal treatment and compensatory discrimination. *Philosophy and public affairs*, Princeton, v.2, n4, Summer, 1973, p.348-363. E, COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas. *Equality and preferential treatment*. Princeton: Princeton University, 1977. De acordo com White, “affirmative action is an effort to remedy the injustice of racial and sexual discrimination, particularly in employment and admission to school” (WHITE, 2000, p. 414).



que preferências desse tipo já haviam sido usadas ainda na Índia Britânica⁴, seu termo só foi inserido nos textos legais do país quando, a partir da promulgação da constituição indiana, em 1949⁵, surgiu uma série de emendas constitucionais. Dentre essas emendas a reforma do artigo 15 da Constituição do país que autorizava ao Estado o uso de qualquer provisão especial para garantir o progresso de qualquer uma das classes sociais. De acordo com o texto legal: “Nothing in this article or in clause (...) shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes”⁶. A partir de então, vários grupos sociais passaram a ser beneficiados por essa que é a mais ampla política do gênero no mundo.

Apesar da experiência indiana, essa discussão somente tomou corpo nos Estados Unidos a partir de 1961, quando John Kennedy registrou a expressão *affirmative action* na ordem responsável pela criação do Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego, *i.e.* na Ordem Executiva 10925. A proposta da “Ordem Executiva de Kennedy situava-se no terreno do combate à discriminação, antecipando um dos aspectos da Lei dos Direitos Civis”⁷, pois o que a ordem previa era a associação da “noção de ‘ação afirmativa’ com as obrigações de contratar empresas ou empregar pessoas sem levar em conta suas raças, credo, cor ou origem nacional”⁸. Nesse sentido, as primeiras ações “was clearly *not* calling for group preferences or

⁴ Segundo Sowell: “India has also had affirmative action policies longer than any other nation, beginning in British colonial times, and then provided for in its constitution when it became an independent country in 1947”. (SOWELL, 2004, p. 23).

⁵ Confira a Constituição Indiana:

<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>

⁶ INDIA, 1951, p.07.

⁷ MAGNOLI, 2009, p.85.

⁸ *Idem., Ibidem.* Para saber mais acerca da Ordem Executiva 10.925, vide: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>.



quotas”⁹, consistindo na não discriminação de cunho étnico-racial, bem como da inserção de programas inclusão de pessoas deficientes, programas de aleitamento gratuito para crianças carentes, descontos nos transportes públicos para idosos entre outros programas que não se valiam de beneficiar minorias étnicas raciais¹⁰. Em relação à questão racial, a ordem previa que os empregadores contratassem “*without regard to group membership*”¹¹. Nesse sentido, as ações afirmativas eram pautadas na não discriminação dos indivíduos. Ou as situações que fossem comprovadamente racistas deveriam ser não só combatidas como remediadas, através da interferência de tribunais de direito para garantir, em conformidade com a lei, a reparação das vítimas da conduta discriminatória.

Posteriormente, por intermédio do Plano Revisado da Philadelphia, de 1969, ocorreu a associação das ações afirmativas como um “remédio” para uma situação indesejada socialmente, cabendo atenção especial para a discriminação do sujeito. Conquanto, a evolução das ações afirmativas para percentuais numéricos deu-se a partir de 1970, quando diretrizes passaram a fazer referência à “*results-oriented procedures*”¹², no qual deveria ser aumentado materialmente o número de minorias nos empregos, instaurando, assim, objetivos e cronogramas¹³. Nessa mesma década são implantadas as ações afirmativas nas universidades norte-americanas, dando início a uma série de disputas judiciais envolvendo a legitimidade de tais políticas.

⁹ SOWELL, 2004, p. 124.

¹⁰ No Brasil, podemos citar o exemplo de políticas de banco que consistem em programas de incentivos do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) que confere empréstimos a juros abaixo dos valores de mercado para certos setores de atividade econômica, com a intenção de promover maior crescimento econômico e justiça social.

¹¹ SOWELL, 2004, p. 124.

¹² *Ibid.*, p. 125.

¹³ Cf. SOWELL, *Affirmative action in United State* (2004).



As ações afirmativas foram implantadas em diversas esferas da sociedade, por exemplo, no mercado de trabalho, na educação, na política, entre outros. Dentre os beneficiários é possível encontrar negros, mulheres, indígenas, minorias territoriais e locais. Essas classificações se diferenciam de acordo com o país e o contexto no qual está sendo adotada tal política. Além do Brasil e dos Estados Unidos da América, países como a Malásia, Sri Lanka, China, Indonésia, Inglaterra, Nigéria, Índia, Austrália, Canadá, entre outros também fazem uso desse tipo de política¹⁴. Por questões de tempo e para manter o foco de nossa pesquisa, não abordaremos a questão das ações afirmativas nos diversos setores da sociedade, bem como em vários grupos vulneráveis. Deter-nos-emos apenas nas ações afirmativas no ensino superior e, mormente, para os negros norte-americanos e brasileiros para, a partir de então, verificarmos como se deu a constitucionalidade desse tipo de política nas suas duas famílias jurídicas distintas a saber: common law¹⁵ e romano-germânica¹⁶.

2.1.1. Tipos de ações afirmativas

¹⁴ Diversos países tiveram suas próprias políticas de preferências. Além da “política de reservas” da Índia, houveram a “discriminação positiva” na Inglaterra, “padronização” no Sri Lanka, “filhos da terra” na Malásia e na Indonésia, “Reflexos do caráter federal do país” na Nigéria, “sistema de cotas” em Israel, China, Austrália, Ilhas Fiji, Canadá, Pasquistão, Nova Zelândia, Irlanda do Norte, Finlândia, Macedônia, Japão, Romênia, Eslováquia, nos Estados sucessores da União Soviética e no Brasil. E, uma das mais populares, as “ações afirmativas” nos Estados Unidos. Todas partem da mesma justificação, possuindo algumas características próprias de acordo com as exigências sociais de cada país.

¹⁵ Acerca do *common law*: “o termo designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. Da maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através do processo legislativo”. (DWORKIN, 2002, p. 37. [N.T.]). De acordo com Dário Moura Vicente na obra *Direito Comparado*, “Compreende-se na família jurídica de *Common Law*, ou *Common Law Lato sensu*, o conjunto dos sistemas jurídicos que têm por base o Direito comum (*Common Law stricto sensu*) criado pelos tribunais ingleses a partir do século XI”. (VICENTE, 2016, p. 225).

¹⁶ O *Civil Law*, de acordo com Vicente, é “o Direito Constituído (ou Direito estrito)”. (VICENTE, 2016, p.139).



Com a instauração das políticas compensatórias que buscavam corrigir as desigualdades existentes entre os grupos étnicos, o Estado passou a exigir ações afirmativas nas contratações, admissões de funcionários e, principalmente, para regular o acesso aos sistemas educacionais tanto públicos quanto privados. Para tal, ao invés de todos terem, igualmente, acesso às políticas públicas, independente de raça, cor ou sexo, passam a pertencer a um grupo pré-determinado que receberão ou não os privilégios.

Dentre os tipos de ações afirmativas adotadas nos Estados Unidos, podemos destacar as fortes (*strong affirmative action*) e as fracas (*weak affirmative action*)¹⁷. Segundo Pojman, as ações afirmativas fracas, “involves such measures as the elimination of segregation (namely the idea of ‘separate but equal’), widespread advertisements to group not previously represented in certain privileged positions, special scholarships for the disadvantaged classes”¹⁸.

Essas políticas fracas consistem em apoiar socialmente as minorias. Sua efetivação pode ocorrer por intermédio de um programa social que fornece tutores para estudantes negros ou bolsas de estudo específicas para as minorias, garantindo por intermédio dessas políticas, a igualdade de acesso. Envolvendo medidas positivas que poderiam ser de origem estatal ou voluntária, tais políticas visavam à garantia de que os candidatos a vagas em empregos ou universidade estivessem cientes de que há posições abertas e serem incentivados a aplicar. Essa é uma forma de assegurar que “previously excluded groups were made aware of new opportunities now open to them, so as to be able to take practical steps to prepare for

¹⁷ Segundo Nagel ação afirmativa fraca é: “Programs that attempt to ensure that previously underrepresented groups are sufficiently well qualified so as to be able to apply for those jobs in which they were not represented.” (NAGEL, *In defense of Strong affirmative action*, p. 05).

¹⁸ POJMAN, 1977, p. 420.



and apply for such opportunities”¹⁹. Para isso, o pertencente ao grupo discriminado deve saber da possibilidade e ser incentivado, sem que outros tipos de medidas posteriores pudessem ser utilizadas.

As políticas afirmativas enfraquecidas envolveriam, por exemplo, a publicização das vagas de um determinado emprego através de anúncios em revistas que possuíssem maioria negra como leitores, ou programas de televisão e rádio em que o público alvo fosse os negros. Outras modalidades seriam o envio de representantes dessa empresa para recrutar candidatos em feiras de minorias e disponibilizar fundos e cursos para ajudar os negros a se prepararem melhor para as entrevistas. Uma empresa que adotasse as ações afirmativas fracas poderia se valer de todas essas medidas, porém, seria apenas no âmbito de auxiliar, enquanto forma de criar possibilidades para que o candidato consiga competir, muito embora a vaga não seria escolhida tendo em vista a raça, pois no processo de escolha não deveria haver preferências²⁰. Não obstante, o objetivo da ação afirmativa fraca é de garantir o conhecimento de todos da existência de determinado cargo ou vaga disponível, ou seja, “enlarging the pool of applicants, then hiring on the basis of competence”²¹.

Nesse âmbito, os negros somente receberiam atenção extra na fase inicial do processo, ou seja, quando a empresa estaria tentando angariar candidatos para se submeterem ao processo seletivo. Entretanto, nenhuma atenção extra seria dada na fase final do processo,

¹⁹ SOWELL, 2004, p. 124.

²⁰ Segundo Barbara MacKinnon, as ações afirmativas fracas são defensáveis e aplicáveis. Ela afirma: “Thus in hiring, a company might place ads in minority newspaper. In college admissions, counselors might be sent to school with heavy student populations of underrepresented minority group, or invite the students to campus, or give them special invitations to apply. Once the pool is enlarged, then all in the pool would be judged by the same criteria, and no special preferences would be given on the basis of race or sex”. (MACKINNON, 1995, p.243).

²¹ *Ibid.*, p. 244.



quando os sujeitos seriam avaliados, exclusivamente, por sua competência técnica. Na educação esse tipo de ação afirmativa envolveria a garantia de maior divulgação do ambiente universitário para o grupo minoritário, cabendo, inclusive, o investimento em cursos gratuitos com monitores que contribuíssem para um melhor aproveitamento do negro nos testes de aptidão.

Em contrapartida, as ações afirmativas fortes “involves more positive steps to eliminate past injustice, such as reverse discrimination, hiring candidates on the basis of race and gender in order to reach equal or nearly equal results, and proportionate representation in each area of society”²². Segundo Nagel, “strong affirmative action is justifiable in limited application when it is relied upon as a means of remedying an historical injustice that has yielded a serious social evil (e.g., the on average lower socio-economic status of African-Americans)”²³. Nesse sentido, tal política defende que a distribuição de vagas específicas para determinados grupos deve ser considerado com o intuito de aumentar a presença desses nas universidades e mercados de trabalho. Nessa lógica, por vezes pode ocorrer de ser escolhido um candidato menos qualificado em detrimento de um mais qualificado, sem que isso seja considerado uma injustiça.

As ações afirmativas fortes podem ser de duas naturezas: *i.* sistema de cotas ou *ii.* sistema de bônus, também chamado de políticas flexíveis sensíveis à raça ou *goals*. As cotas (*i.*) estabelecem uma exigência numérica para admissão em empregos ou promoções. Em outras palavras, é a destinação de certo percentual de vagas para determinado grupo desfavorecido²⁴. Essa exigência numérica consiste em um percentual a ser ocupado numa

²² POJMAN, 1977, p. 420.

²³ NAGEL, *In Defence of Strong Affirmative Action*, p.08.

²⁴ A exemplo disso, “uma quota poderia ser imposta em um clube campestre se lhe fosse dito para admitir cinco



instituição de ensino. Há, ainda, taxas e metas estatísticas que são responsáveis por medir e alcançar o progresso relativo à presença desses grupos nas instituições de ensino.

Por outro lado, as políticas sensíveis racialmente (*ii.*), “apenas consideram a raça como um fator na tomada de decisão. Nenhuma quota é imposta”²⁵. Nesse caso, não há garantia de vagas, apenas é adicionado, nos processos de seleção, uma pontuação à nota do candidato pertencente a esse grupo pré-definido, o que lhe garante uma vantagem em relação aos demais. Segundo MacKinnon, “goals are usually thought of as ideals to be sought but which we are not absolutely required to reach. Goals can be formulated in terms of percentages or numbers”²⁶.

No âmbito educacional, cabe à universidade a escolha do plano de ação afirmativa que pretende seguir para alcançar seus objetivos sociais. Essas políticas sensíveis à raça geralmente englobam vários elementos no processo de admissão e mesmo sendo consideradas mais flexíveis que o sistema de cotas, podem ser mais ríspidas, quando, por exemplo, a nota de corte para o ingresso via ação afirmativa é tão alta que acaba desfavorecendo o candidato à vaga. Dentro desse sistema de “bônus” vários fatores podem ser utilizados em sua aplicação como, por exemplo, as notas no teste de aptidão; análise do currículo escolar; entrevista, condições econômico-sociais precárias; ser pertencente a um grupo étnico vulnerável²⁷;

membros de um grupo minoritário específico em um ano” (RACHELS, 2014, p. 319).

²⁵ GOMES *apud* PAIM, 2003 p. 73.

²⁶ MACKINNON, 1995, p. 244.

²⁷ Em alguns lugares as pessoas que sofrem as injustiças não são as minorias numéricas, mas a maioria do país. Podemos citar como exemplo, o caso da Nigéria em que as ações afirmativas são para um grupo étnico, chamado de minoria, que não representa numericamente uma minoria no país. Haja vista que no país “there is no majority group”. (SOWELL, 2004, p. 96). Confira o texto *Ethnicity, Political Leadership and the Search for a Stable Nigerian Society* (1992) de Olatunde Bayo Lawuyi.



pertencer a um gênero vulnerável; ser um ex - combatente de guerra; ter familiares que estudaram na mesma universidade pretendida, entre outros.

2.1.2 Casos da literatura jurídica norte-americana e a constitucionalidade via escrutínio

A evolução do direito das minorias raciais nos Estados Unidos pode ser percebida desde a segregação até a adoção das ações afirmativas, através de emblemáticos casos jurídicos. Com o objetivo de demonstrar a evolução dessas causas de pedir será analisado desde o caso, *Plessy versus Ferguson*, responsável por iniciar o período segregacionista, passando por *Brown versus Board of Education*, no qual, há o uso das medidas estruturantes (*structural reform*), até a decisão do caso *Bakke*, que em parte favoreceu as ações afirmativas. Através desses casos jurídicos que geram precedentes é possível perceber o quanto os direitos foram se modificando em curto espaço de tempo.

A primeira decisão marcante para a luta pelos direitos civis foi o caso *Plessy versus Ferguson* de 1896²⁸, que questionava as leis segregacionistas da época. Ocorre que, na Louisiana, uma lei segregacionista estipulava que haveria vagões separados para brancos e negros (*colored*) nos trens. Homer Plessy, um jovem que tinha um oitavo de ancestralidade negra e morava em New Orleans comprou uma passagem para o vagão de brancos e ao

²⁸ Confira: *Plessy versus Ferguson* (1896) em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Porém, essa não foi a primeira decisão tendo em vista a doutrina “separate, but equal”, mas a responsável pela sua consolidação. A primeira foi o caso *Roberts versus City of Boston* (1850), em Massachusetts. Link disponível em: <<https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>>. E, depois, *Pace versus Alabama* em 1883. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>.



embarcar avisou a um funcionário a sua condição. Após o aviso, ele foi convidado a se retirar do vagão e, como não aceitou mudar-se para aquele reservado para não brancos, acabou sendo preso e processado. Durante o julgamento, com a diferença de apenas um voto contrário determinou-se que a reserva de acomodações no transporte ferroviário seriam “separadas, mas iguais”, ou seja, os negros deveriam utilizar apenas, os vagões que lhe forem destinados, sob a pena de serem expulsos do mesmo pela força policial, além de multa e prisão. Da mesma forma, os brancos não poderiam utilizar os vagões destinados aos não brancos. Plessy, então, deu início a uma demanda judicial afirmando que a legislação estadual violava a décima terceira e décima quarta emenda constitucional²⁹. Todavia, esses argumentos foram rejeitados tanto pela instância estadual, quanto pela Suprema Corte Norte-Americana, considerando que a décima terceira emenda apenas proibia a reinserção da escravidão, e a décima quarta não seria aplicável ao caso, pois a separação de raça não sugeria que uma era superior à outra. Dessa forma, a suprema corte concluiu que não havia inconstitucionalidade nesse tipo de determinação desde que a companhia ferroviária disponibilizasse acomodações iguais para todos. No voto contrário à sentença, o juiz John Marshall Harlan, que era um ex-proprietário de escravos que havia se tornado contrário à escravidão tendo em vista o horror do *Ku Klux*

²⁹ De acordo com a XIII Emenda, de 1865: “Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction. Section 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”. (Constitution of the United State. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html). Segundo a XIV Emenda: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. (*Idem., Ibidem.*).



*Klan*³⁰, afirmou: “our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”³¹.

As leis segregacionistas continuaram sendo aplicadas até o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*³², quando a doutrina do “separados, mas iguais” foi vigorosamente mitigada. Foi no ano de 1954 que Brown deu início a uma ação coletiva de pais de alunos negros contra a segregação nas escolas de Topeka, no Kansas. Apesar de Brown ter perdido na instância estadual, na Suprema Corte seu caso foi julgado procedente. De acordo com o ministro Warren³³ a segregação racial ocasionava a inferioridade intelectual dos negros³⁴. Com isso, a Corte considerou que as escolas para negros eram inferiores às escolas para brancos e dessa forma, decidiram que a segregação originada no precedente *Plessy versus Ferguson* não se aplicava às crianças da escola pública, tendo em vista que as escolas para negros e para brancos eram de qualidade totalmente distintas. A primeira era extremamente pior em relação à segunda, o que contrariava a Décima Quarta Emenda Norte-Americana de proteção igual às crianças negras no ensino público. Entretanto, esse caso não foi suficiente para acabar com o *separate but equal*, antes de seu fim ocorreram ainda os casos NAAP

³⁰ Organização racista originada em 1865 que pregava a supremacia racial branca.

³¹ HARLAN, 1896, p. 559. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>.

³² Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

³³ É curioso o fato de que, apesar do ministro Earl Warren ter se pronunciado contrário à segregação racial, o mesmo durante a segunda guerra mundial, quando era governador da Califórnia, defendeu a exclusão dos descendentes de japoneses na região. Confira: *Uma gota de Sangue* (2009), de Demétrio Magnoli.

³⁴ Apesar de outro ministro ter afirmado que: “leis que permitem, e até exigem a separação [das raças], em lugares onde houver possibilidade de elas entrarem em contato, não implicam necessariamente a inferioridade de uma sobre a outra e têm sido geralmente, se não universalmente, reconhecidas como na esfera da competência legislativa dos Estados, no exercício de seu poder de polícia” (BROWN *apud* MENEZES, 2001, p.76).



versus Alabama em 1958³⁵, *Boynton versus* Virginia em 1960³⁶ e *Loving versus* Virginia³⁷, em 1967, esse último o responsável pelo fim desse modelo de política pública.

Quatro anos antes do caso *Brown versus* Board Education of Torpeka, citado acima, ocorreu o caso *Sweatt versus* Painter³⁸ no qual, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei estadual texana que proibia o ingresso de negros na Universidade do Texas, que por sua vez era mantida com verba pública³⁹. Nesse caso específico, a Suprema Corte afastou a aplicação do “separados, mas iguais”, julgando que a lei texana violava o princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda à Constituição Americana. No julgamento, concluiu-se que, Sweatt não estava obrigado a aceitar a vaga na Faculdade de Direito para negros que possuíam condições de ensino inferiores às da Faculdade de Direito da Universidade do Texas. A decisão assegurou ao estudante negro Sweatt ingressar nessa Faculdade, que previamente lhe negara admissão motivada, exclusivamente, em critérios

³⁵ Confira o caso NAAP *versus* Alabama em: <http://naacpvalabamaat50.org/>.

³⁶ Confira o caso *Boynton versus* Virginia em: <http://supreme-court-cases.insidegov.com/>.

³⁷ Confira o caso *Loving versus* Virginia em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>.

³⁸ Para saber mais sobre o processo *Sweatt versus* Painter, confira: *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>>. Ronald Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sérios, afirma que* a exclusão racial segregacionista do caso Sweatt pautava-se na “despicable idea that one race may be inherently more worthy than another” (DWORKIN, 1977b, p. 07).

³⁹ Como uma parte do sustento da Universidade do Texas decorria de verba do Governo Federal, Sweatt defendeu o seu direito de não ser recusado com base em sua raça considerando a *Spending Clause* (cláusula de dispêndio de recursos públicos) da Constituição que foi mais delimitada e aplicada após a edição do *Civil Rights Act* de 2 de julho de 1964 e da *Executive Order* 11.246 de 1965, os quais contribuíram para a disseminação das ações afirmativas nos Estados Unidos. Assim, toda Universidade que recebesse verba pública (*the purse power*) não poderiam “discriminar contra qualquer raça, e porque a lei da tributação recusa isenção de impostos a qualquer universidade que pratique a discriminação. Qualquer Suprema Corte que declare que a ação afirmativa viola a constituição provavelmente estaria dizendo que discrimina dentro do significado dessa lei”. (DWORKIN, 2012, p.544). De acordo com Dário Moura Vicente sobre o *Civil Rights Act* de 1964, “proscreeu todas as formas de discriminação em função da raça, do credo religioso e do sexo, bem como a segregação racial em lugares públicos, pondo termo ao sistema de *apartheid* até então abertamente praticado em muitos Estados do Sul”. (VICENTE, 2016, p.316).



raciais⁴⁰. O caso Brown, apesar de não ter marcado o fim da doutrina do “*separate, but equal*”, foi responsável por deflagrar a luta pelos direitos civis⁴¹.

Após o fim das leis segregacionistas, que mantinham a hierarquia entre indivíduos e grupos pautada nas características individuais, cria-se um dispositivo jurídico que busca afirmativamente equalizar as desigualdades entre os grupos. Assim, a discriminação deixou de ser por meio das leis segregacionistas, para tornar-se a discriminações inversas. Era o início da adoção das ações afirmativas, que visava à reparação dos efeitos da discriminação de outrora. É a partir da definição do grupo que fora vitimados no passado que se deu o conteúdo da igualdade para fins de igual proteção (*equal protection*). Segundo Magnoli, quando as ações afirmativas foram implantadas no início da década de 70, durante o governo de Nixon,

⁴⁰ Em meu texto intitulado “A relação entre justiça igualitária e políticas públicas em Ronald Dworkin”, publicado no livro *Contratualismo Moral e Político na Contemporaneidade*, analiso pormenorizadamente os casos Sweatt v. Painter, DeFunis v. Odegaard e Regents of Univ. of California v. Bakke. O livro encontra-se disponível no endereço eletrônico <<http://www.editorappgfiluftrj.org/wp-content/uploads/2015/03/Contratualismo-moral-e-pol%C3%ADtico-nacontemporaneidadeAnaisdo-I-Congresso-Internacional.pdf>>.

⁴¹ A luta pelos direitos civis teve seu sentido político enfatizado no discurso do líder e pastor do Alabama, Martin Luther King. Ao tratar da segregação da época, Magnoli afirma que “a discriminação racial ‘exilava’ os negros, convertendo-os em estrangeiros. A conquista dos direitos civis significava um retorno do ‘exílio’, a volta dos negros à ‘sua própria terra’. Contra uma tradição pontuada por líderes negros que olhavam o mundo pelas lentes da raça, Luther King estava dizendo que os negros americanos eram, antes de tudo, americanos”. (MAGNOLI, 2009, p 124). Segundo Martin Luther King, “one day right there in Alabama little black boys and black girls will be able to join hands with little white boys and white girls as sisters and brothers”. (LUTHER KING JR. Martin. “I have a dream”. Disponível em: <<http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihavedream.htm>>). A luta de Luther King era pela recuperação da promessa inicial sob a qual surgiu os Estados Unidos, isto é, de uma verdadeira igualdade. Para Magnoli, as ações afirmativas como foram aplicadas a partir da década de 70 nos Estados Unidos em nada se aparenta com a luta pelos direitos civis de Luther King, pelo contrário, representa “uma ruptura fundamental com o núcleo de visão de Luther King”, que era a defesa da igualdade perante o caráter do sujeito. É possível encontrar nas obras de Luther King, defesas claras da crença no caráter individual, bem como uma defesa da igualdade de oportunidades, tais como encontramos na obra: *Why We Can't Wait*. Em sua penúltima obra, *Where do We go from Here* Luther King registrou que havia na sociedade da época duas vezes mais brancos pobres que negros pobre, defendendo assim, que ao invés da excessiva assimilação entre discriminação racial e pobreza, era mais interessante abordar somente a pobreza que atinge negros e brancos.



não houve a preocupação na definição do que seria raça, haja vista que essa determinação já havia sido feita durante as leis segregacionistas por intermédio da regra da gota de sangue⁴². Todavia, com as ações afirmativas, vários casos acerca do princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda foram questionados.

O caso *DeFunis versus Odegaard*⁴³ de 1974 foi um dos primeiros casos contrários a essa política e consistia na alegação de que o programa de ações afirmativas da Faculdade de Direito da Universidade de Washington violava a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana⁴⁴. Posteriormente, surgiu o caso *University of California versus Bakke*⁴⁵ em 1978,

⁴² Muitas das leis antimiscigenação se valiam de frações para estipular o quanto de mistura no sangue colocava alguém fora da raça branca. Em alguns estados o limite era de 1/16 de “sangue negro”, enquanto em outros estados era 1/32. Devido a essas dificuldades, adotou-se a regra de uma gota de sangue (*one drop rule*), ou seja, bastava uma gota de sangue negro para que o indivíduo não fosse mais considerado branco. Nos estados do sul e sudeste americanos, as leis segregacionistas, além de abranger o casamento, englobavam as relações sexuais, os transportes públicos, banheiros, escolas, hospitais, restaurantes, teatros, reformatórios e bibliotecas. Para esse controle, as certidões de nascimento vinham escritas: brancos ou *colored* (não brancos) de acordo com o critério racial. Segundo Magnoli, na Carolina do Norte, uma lei proibia o intercâmbio de livros escolares de branco para não branco e, nas situações em que houvesse o empréstimo para uma pessoa não branca, esse livro seria de uso exclusivo desse. Tais medidas demonstram as dificuldades dos norte-americanos para lidarem com as diferenças raciais. Apesar dos estudos genéticos revelarem que as diferenças são mínimas, ainda assim, os grupos mantêm essa rivalidade.

⁴³ Para saber mais sobre a decisão do caso *DeFunis* confira: *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>>.

⁴⁴ O judeu Marco Defunis candidatou-se a uma vaga no curso de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, embora a sua nota fosse suficiente para o ingresso caso a referida Universidade não adotasse políticas de favorecimentos a grupos minoritários. DeFunis, então, dá início a um processo jurídico no qual alegava fundamentalmente dois problemas: *i.* a inconstitucionalidade do programa de ações afirmativas da Universidade, em face da violação do seu direito individual de ser tratado com igual consideração perante as leis, ou seja, o programa transgredia a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América; e *ii.* o seu direito de que a raça não seja usada como critério de seleção, independentemente de quanto uma classificação racial possa contribuir para o bem-estar da sociedade, devendo assim, ser avaliado apenas no que tange à sua inteligência. Independente do resultado do processo a Universidade de Washington decidiu por admitir DeFunis, que viu seu processo chegar à corte somente quando já estava próximo de se formar. Considerando que o autor da ação já tinha conseguido a vaga, cinco Ministros optaram por não julgar mais o mérito da ação e apenas um, o juiz Douglas redigiu voto argumentando que a Décima Quarta Emenda Constitucional exigia “a reflexão de cada caso de maneira racialmente neutra” (DOUGLAS, *apud* GUNTHER, 1991, p. 759). Alegando, assim, que



que foi um dos casos mais famosos da literatura jurídica norte-americana. Nesse caso a Suprema Corte Americana vedou o emprego de cotas, ou números fixos de vagas a serem preenchidas por membros do grupo discriminado afirmativamente, porém consideraram válido a adoção de políticas sensíveis à raça que envolvessem outros critérios além da raça⁴⁶.

DeFunis deveria ter direito ao ingresso na Universidade de Washington. Para Dworkin, o que ocorreu no caso DeFunis foi a violação do seu “direito individual à igualdade em nome de uma política de maior igualdade geral”. (DWORKIN, 2012, p.349).

⁴⁵ Para ler a decisão judicial na íntegra, confira: *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <<http://supreme.nolo.com/us/438/265/>>.

⁴⁶ A Corte de nove juízes encontrava-se tão dividida que emitiu três posições diversas. Do total de magistrados, quatro votaram pela invalidação da política de ingresso da referida universidade considerando que o seu sistema de cotas violava o Título VI do *Civil Right Act* de 1964, uma vez que a Universidade recebia recurso do governo federal, devendo o autor da ação ser reintegrado ao curso. A saber, o título VI do *Civil Right Act* de 1964 diz “It prohibits discrimination on the basis of race, color, and national origin in programs and activities receiving federal financial assistance”. (42 U.S.C. 2000d - 2000d-7). Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>>.). Quatro outros juízes acreditavam na política de ingresso aplicada pela universidade sobre a base de que estava justificada em virtude da necessidade de corrigir os efeitos da discriminação racial vivenciada no passado. Sendo assim, Bakke não teria direito à vaga. Por fim, a posição do nono juiz, Lewis Powell, prevaleceu, o qual defendeu a inconstitucionalidade de programas de cotas fixas, recusando, assim, a noção de que uma política baseada em cotas raciais ou justificada no interesse de aumentar o número de médicos entre as minorias fosse constitucional. Todavia, Powell não declarou expressamente que a raça não poderia ser utilizada como critério de admissão nas universidades norte-americanas, pois o problema encontrava-se, segundo o magistrado, no fato dela ser utilizada como o critério único para a destinação das vagas. Não obstante, Powell reconhece a constitucionalidade de programas de cotas flexíveis tendo em vista exclusivamente garantir a diversidade do corpo estudantil. Em outras palavras, foi considerado legal o sistema de admissão nas quais a raça representava apenas um dos critérios para admissão do candidato como ocorria em universidades prestigiadas como é o caso de Harvard. Nesse sentido, outros critérios, dentre eles a raça, poderiam ser utilizados para compor a nota final do estudante (*benchmark score*). Em seguida, o juiz salientou ainda a necessidade de serem consideradas as especificidades de cada indivíduo, com o intuito de garantir a justiça nos sistemas de avaliação que partem de um processo democrático. Deve-se, nesse sentido, utilizar-se de uma investigação rigorosa (*strict scrutiny*) das condições dos candidatos para que se possa garantir que os critérios de admissão sejam justos. Em outras palavras, para que a classificação seja justa faz-se necessário a adoção de um padrão rigorosíssimo, o que não ocorre com a reserva de vagas. Para o juiz Powell, a reserva de vagas tal como utilizada pela Universidade da Califórnia, não assegurava a efetiva diversidade estudantil porque apenas uma faceta isolada do candidato estava sendo considerada durante o processo de admissão. Segundo ele: “the diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element. [The Medical School's] special admissions program, focused solely on ethnic diversity, would hinder rather than



Após o julgamento do caso Bakke, outros casos similares nortearam o cenário jurídico norte americano. Como os casos *AFL-CIO versus Weber*⁴⁷ e o caso *Fullilove versus Klutznick*⁴⁸, que declarava ser inconstitucional uma lei que destinava 10% do orçamento de obras públicas para empresas que tinham como donos pessoas pertencentes às minorias. Ocorreu ainda o caso *Wygant versus Jackson Board of Education*⁴⁹, de 1986, que apelava contra uma política que determinava que, nos institutos educacionais, em caso de demissões, deveria ser demitido em primeiro lugar um professor branco. E, por fim, em 1995, tendo em vista o precedente do caso: *Andarand Constructors versus Peña*⁵⁰, o veredito determinou que todas as políticas federais que tivessem como embasamento a classificação racial deveriam passar pela análise de um tribunal revisor de estrito escrutínio.

A metodologia de julgamento americana de escrutínio (*Scrutiny*) avalia se uma dada legislação fere ou não a cláusula de *equal protection*, ou seja, adota-se um controle de constitucionalidade para aferir valor à natureza do bem ferido, bem como à classificação do indivíduo ou grupo. São três os níveis de análise: *i. Rational basis teste*; *ii. Intermediate Scrutiny*; e *iii. Strict Scrutiny*. Na *Rational basis teste (i.)*, é analisado se os bens utilizados são ou não fundamentais bem como se a classificação é ou não suspeita. Para que a lei passe

further attainment of genuine diversity". (*Grutter v. Bollinger, apud, FULLINWIDER; LICHTENBERG, 2004, p.154*). Como já aventado, Powell rejeita a política de cotas empreendida pela Universidade da Califórnia e defende um tipo de ação afirmativa mais flexibilizada, na qual a raça seja apenas um dos critérios a ser considerados.

⁴⁷ Confira o caso *AFL-CIO versus Weber*, disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/443/193>>.

⁴⁸ Confira o caso *Fullilove versus Klutznick* 448 U.S. 448 (1980), disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/>>.

⁴⁹ Confira o caso *Wygant versus Jackson Board Education*, disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/267.html>.

⁵⁰ Confira o caso *Andarand Constructors versus Peña*, disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>>.



no teste de constitucionalidade basta que o judiciário perceba que o legislador pretendia um fim legítimo ao legislar o dispositivo, tendo agido de modo racional. Dessa forma, exige apenas a demonstração da racionalidade da medida discriminatória para aceitá-la como válida. A segunda análise (*ii.*) refere-se às situações em que tanto a finalidade como os meios devem ser relevantes, haja vista o quão fundamental deve ser o valor do bem jurídico. Em outras palavras, os bens devem ser importantes e exige-se a comprovação de que a política possui um interesse governamental significativo. E, por fim, o último nível (*iii.*) é a análise rigorosa, os bens precisam ser absolutamente necessários, assim, exige-se que a medida empregue métodos estritamente adequados para a aplicação do interesse governamental, requerendo que os meios sejam absolutamente necessários e a finalidade importante o suficiente⁵¹. De acordo com Fernanda Silva:

A Suprema Corte condiciona o tipo de scrutiny a ser exigido em função da classe considerada e do interesse público considerado. Isto significa que se um determinado grupo de pessoas (como por exemplo, gays, aposentados, crianças minorias étnicas, mulheres, idosos, economicamente hipossuficientes, consumidores, trabalhadores, religiosos, etc...) foi reconhecido pela Corte como classe suspeita (*suspect class*), o grau de proteção que a constituição outorgará a seus direitos em face da *equal protection* será bem mais externo e contundente.

Apesar de tudo isso, há uma dificuldade enorme em equalizar os elementos que envolvem a relação entre ação afirmativa e o critério étnico-racial. Basta observar que, mais recentemente, o processo contrário vem acontecendo e casos vêm gerando precedentes que excluem as ações afirmativas em alguns Estados Norte-Americanos. É o exemplo do caso

⁵¹ SILVA, 2002, p. 177.



Hopwood *versus* University of Texas law School⁵². Neste, a sentença suspendeu o uso de ações afirmativas para a admissão na Universidade do Texas, interrompendo inclusive o precedente do caso Bakke que configurava como a exclusão das cotas, mas não das ações afirmativas sensíveis racialmente. Em 1997, o estado da Califórnia aprovou a Proposição 209, segundo a qual: “The state shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting”⁵³, que deu fim à política de preferências no estado. Em 1998 lei similar foi adotada no Estado de Washington, a chamada iniciativa 200. Outro caso também polêmico foi Parents *versus* Seattle⁵⁴, em 2007, quando a sentença proibiu a adoção de critérios raciais em seleções afirmando que,

Ações governamentais que dividem o povo por meio da raça são essencialmente suspeitas, pois tais classificações promovem noções de inferioridade racial e conduzem a políticas de hostilidade racial; reforçam a crença, sustentada por tantos durante tanto tempo de nossa história, de que os indivíduos avaliados pela cor de sua pele; endossam argumentações baseadas na raça e a concepção de uma nação dividida em blocos raciais, contribuindo desse modo para uma escalada de hostilidade racial e conflito⁵⁵.

2.2. O surgimento das ações afirmativas no Brasil

⁵² Confira: Cheryl J. Hopwood *versus* State of Texas, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Fifth Circuit, 78 F. 3d 932. Disponível em: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>.

⁵³ Proposição 209, artigo 31 da Constituição da Califórnia. Disponível em: <http://vote96.sos.ca.gov/Vote96/html/BP/209text.htm>.

⁵⁴ Parents Involved in Community Schools *versus* Seattle School Dist. No. 1 551 U.S. 701 (2007). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/701/>.

⁵⁵ Supreme Court of United States, *apud*, Magnoli, 2009, p. 135.



O Brasil importou, tardiamente, o sistema de ações afirmativas dos Estados Unidos. É importante salientar que a metodologia brasileira de política compensatória étnica-racial deu-se exclusivamente por meio de cotas, não sendo utilizado sistema de favorecimento mais brando como ocorreu nos Estados Unidos. De acordo com o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Joaquim Barbosa Gomes, “as cotas são a modalidade mais extrema de ação afirmativa. São, por essência, por natureza, algo bastante heterodoxo, pois fogem ao esquema normal de observância do princípio da igualdade”⁵⁶. Durante a sua sabatina para compor o Supremo Tribunal Federal, Gomes complementou:

Iniciar programas de ações afirmativas fazendo cotas não é a melhor maneira. Devem-se buscar maneiras mais sutis, mais inteligentes, como aquelas que envolvam a utilização pelo Estado dos trunfos institucionais que ele tem. Um deles é o poder, a bolsa, o orçamento. Se o Estado utiliza os mecanismos orçamentários para incentivar instituições públicas, e até mesmo instituições privadas, a tomarem iniciativas de integrar as pessoas marginalizadas, isso não é cota. E está atendido o objetivo⁵⁷.

Apesar disso, para o ex - ministro, a realidade brasileira comporta apenas o sistema de cotas, haja vista que a miscigenação pode tornar-se um empecilho para a garantia das ações afirmativas sensíveis racialmente e assim, não proporcionar o benefício almejado. Nesse sentido, a extrema miscigenação no Brasil revela a dificuldade em delimitar aqueles que são ou não negros, basta observar que de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e

⁵⁶ GOMES *apud* PAIM, 2003 p. 73. A exemplo disso, no caso Bakke referida na nota de rodapé 44, a Suprema Corte considerou válidas as ações afirmativas sensíveis à raça em detrimento das cotas raciais. Na análise do caso Bakke, a corte da Califórnia considerou esse sistema válido em detrimento da política de cotas. Confira os capítulos 14 e 15 da obra *Uma questão de Princípio* de Dworkin.

⁵⁷ *Idem, ibidem.*



Estatística, do total de 190.755.799 habitantes no Brasil, 47,7% se declarou branco, 7,6% preto, 43,1% pardo, 1,1% amarelo e 0,7% indígena⁵⁸.

A primeira política de cotas adotada no Brasil por uma universidade de grande porte foi com a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) em 2002⁵⁹. Não obstante, no território brasileiro, o termo ação afirmativa só foi registrado em 2010, por meio do Estatuto da Igualdade Racial, sendo a lei específica das cotas sancionada dois anos depois. Esse estatuto prevê no artigo 1º, inciso VI: “Para efeitos desse estatuto, considera-se: (...) VI – Ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promulgação da igualdade de oportunidades”⁶⁰. Em 2012, com o advento da Lei de Cotas, as universidades públicas federais e institutos federais de ensino técnico de nível médio brasileiro passaram a assegurar 50% das vagas para um grupo de candidatos definidos, a saber: estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, os oriundos de família com renda igual ou inferior 1,5 salários mínimos *per capita* e para os autodeclarados negros, pardos e indígenas⁶¹. Essa lei permitiu que fosse definitivamente instaurada a política de cotas nas universidades brasileiras.

Segundo Joaquim Barbosa, no texto *A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*, a noção de igualdade no Brasil vem das ideias francesas,

⁵⁸ Confira os dados do IBGE disponíveis em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>.

⁵⁹ Outras formas de cotas já haviam sido adotadas no Brasil, como o caso da primeira política preferencial que ocorreu de forma isolada e foi chamada *Lei do Boi*, de 1968, consistindo na garantia de acesso de filhos de fazendeiros às universidades, hoje essa lei não tem mais validade. Confira: Lei nº 5.465, de 3 de Julho de 1968.

⁶⁰ Confira a Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2010.

⁶¹ Confira: Lei n. 12.711 - *Lei de Cotas*, de agosto de 2012.



sendo concebida com a finalidade específica 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*’”⁶², surgindo sob o discurso da tentativa de se garantir a igualdade que já havia sido a grande característica jurídica engendrada no final do século XVIII com as revoluções americanas e francesas. Por intermédio dessas revoluções emergiu-se a construção jurídico-política da necessidade da igualdade que garantisse o tratamento igual de todos perante a lei, sem possíveis distinções ou privilégios. Nesse sentido, logo após o constitucionalismo do século XIX e XX que preocupou-se primordialmente com a ideia de igualdade em seus textos legais, surge as exigências de tratamento igualitário a todos, em especial com a igualdade racial. De acordo com a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1969, o artigo 1º, parágrafo 4º, prevê:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos⁶³.

Ao tratar desse artigo Flávia Piovesan afirma que essa convenção defende as ações afirmativas mediante “a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação

⁶² GOMES, 2002, p. 02.

⁶³ Confira a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>.



com os demais”.⁶⁴ Nesse sentido, as ações afirmativas no Brasil, proporcionariam o aceleração do processo igualitário substantivo das minorias étnicas.

Essa afirmação parece legitimar a adoção do sistema de cotas, sendo largamente utilizada pelos seus defensores para legitimar a adoção de políticas de ação afirmativa forte no Brasil. Todavia, o fato dessa ideia estar contida nos dispositivos legais não faz dela uma lei justa, válida e justificável em termos de aceitação da sociedade, pois encontramos outros textos legais, cujo conteúdo parece não sustentar a adoção de tais “medidas especiais” no ensino superior. É o caso da *Declaração dos Direitos Humanos* de 1948, da qual o Brasil⁶⁵ e os Estados Unidos são signatários. Seguindo a linha de argumentação presente na *Declaração* e contrapondo-a a uma forma de ação afirmativa, em que alguns grupos teriam direito de ingressar na universidade via *discriminação inversa*, não parece haver argumentos que justifiquem tal discriminação em detrimento do mérito como critério de acesso ao ensino superior, conforme reza o artigo 26:

Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito⁶⁶.

⁶⁴ PIOVESAN, 2010, p. 255.

⁶⁵ No Brasil há ainda o artigo art. 208, inciso V, da Constituição Federal do Brasil, em que é assegurado o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988, art. 208, V). Ou seja, mesmo na Constituição Brasileira, a Universidade não é tratada como um bem indispensável à realização plena do ser humano, não obstante isso, o seu acesso está condicionado à capacidade individual.

⁶⁶ ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948, artigo 26.



É fato que no Brasil, dado o tamanho de sua diversidade, considerar raça como algo dado é muito difícil, haja vista que, como foi dito anteriormente, a miscigenação do país é colossal⁶⁷. Por conseguinte, entre considerar o genótipo ou fenótipo do indivíduo, o Estatuto da Igualdade Racial optou pela autodeclaração no país. Segundo o artigo 1º, inciso IV, negros são “pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam auto definição análoga”⁶⁸. Partindo da ideia do artigo 1º, considerando que negros são as pessoas autodeclaradas pretas e pardas, mais de 50% da população brasileira merece tratamento preferencial. Ora, tal realidade tornar-se um problema para a adoção das cotas, haja vista seu número elevado, bem como as possíveis dificuldades para sua regulamentação.

2.2.1. O debate no Supremo Tribunal Federal

⁶⁷ As características físicas dos indivíduos variam de acordo com a região de origem, mas não refletem as variações genômicas generalizadas dos grupos. Mesmo assim, as sociedades humanas construíram elaborados sistemas de privilégio e opressão baseados nessas pequenas diferenças genéticas. Em geral, os antropólogos e geneticistas humanos acreditam que, do ponto de vista biológico, raças humanas não existem. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um grupo de pouquíssimos genes, por exemplo, as diferenças entre um negro africano e um branco nórdico compreendem apenas 0,005% do genoma humano, o qual é composto por aproximadamente 25 mil genes. Segundo Magnoli, na obra *Uma gota de sangue*, a genética provou que as diferenças entre as raças humanas não passam de características físicas superficiais, controladas por uma fração insignificante de carga genética humana. A cor da pele, por exemplo, seria uma mera adaptação evolutiva a diferentes níveis de variação ultravioleta, expressa em menos de dez dos 25 mil genes do genoma humano, o que enfraquece qualquer argumentação racial que autorizasse o racismo científico. De acordo com Santos, “racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização biogenética de fenômenos puramente sociais e culturais. É também uma modalidade de dominação ou, antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre outro, inspirado nas diferenças fenotípicas da nossa espécie. Ignorância e interesses combinados”. (SANTOS, *apud*, CRUZ, 2003, p. 149).

⁶⁸ BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2010. p. 1051.



Numa audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 4 de março de 2010 para discutir a implementação das cotas no Brasil, o geneticista Sérgio Pena afirmou que “do ponto de vista científico, raças humanas não existem e que não é apropriado falar de raça e, sim, de características de pigmentação da pele⁶⁹”. Nesse sentido, “a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional [logo] argumentos usados pelos racistas não têm nenhuma credibilidade científica”⁷⁰. Por sua vez, a raça é a reivindicação do pertencimento em um determinado grupo, um gueto, com base na ancestralidade. Ainda nessa mesma audiência a professora de antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Yvonne Maggie, afirmou acerca das questões envolvendo raça e sistema de cotas que,

Os cidadãos depois de divididos poderão lutar entre si por cotas e não pelos direitos universais, mas por migalhas que sobraram do banquete que continuará sendo servido à elite (...) as leis raciais não serão temporárias. Elas virão para ficar e irão se espalhar como erva-daninha, entre todas as instituições, na mente e no coração dos brasileiros, transformando-os em cidadãos diversos e legalmente definidos pela cor de sua pele⁷¹.

Essa audiência pública demonstrou o quão complexo está sendo estas recentes discussões nos tribunais brasileiros, apesar disso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi sempre favorável à adoção de medidas afirmativas. Anterior à publicação da lei de cotas, ocorreu o caso mais marcante julgado no Brasil sobre essa matéria, sendo o estopim para a criação da referida lei. Ocorreu que em 2009, o Partido Democratas (DEM) ajuizou a

⁶⁹ BRASIL, 2010, p. 01.

⁷⁰ *Idem.*, *ibidem*.

⁷¹ *Idem.*, *ibidem*.



Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186⁷² contra a política de cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UnB) que estava em vigor desde 2004⁷³.

De acordo com o DEM, essa política feria diversos preceitos fundamentais da Constituição Federal do Brasil, como o repúdio ao racismo e a promoção da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Em 2012, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que era constitucional a política preferencial adotada pela referida Universidade, pois promovia um ambiente de ensino diverso e plural, buscando resolver os graves problemas sociais existentes na sociedade brasileira. Ademais, a Constituição do Brasil através do artigo 3º, inciso I, prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por conseguinte, há o dever constitucional do Estado em promover a educação e o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”⁷⁴.

Para o ministro Marco Aurélio, o artigo 3º revela o suporte para a ação afirmativa, sendo “a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei,

⁷² De acordo com o próprio STF, a Arguição de Preceito Fundamental é : “É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto”. BRASIL, STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>.

⁷³ A política de cotas da Universidade de Brasília consistia na reserva de 20% das vagas para estudantes autodeclarados negros. Em 2014 essa reserva diminuiu para 5%, tendo em vista o cursar do tempo. Confira os últimos relatórios disponíveis em: http://unb2.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/reatorio_sistema_cotas.pdf.

⁷⁴ Luiz Fux durante a Arguição de Preceito Fundamental 186. De acordo com o Ministro Celso de Mello: “O desafio não é apenas a mera proclamação formal de reconhecer o compromisso em matéria dos direitos básicos da pessoa humana, mas a efetivação concreta no plano das realizações materiais dos encargos assumidos”. Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf186rl.pdf>>>.



com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual”⁷⁵. Ainda na mesma audiência e buscando embasar seu posicionamento, Ricardo Lewandowski lança mão da teoria do filósofo norte-americano Ronald Dworkin para afirmar a necessidades dessas políticas. De acordo com ele,

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho.⁷⁶

Ao final, Lewandowski cita ainda a pesquisa *The Shape of the river*⁷⁷, que foi um estudo norte-americano que buscou demonstrar as consequências das ações afirmativas no

⁷⁵ MELLO, Marcos. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano I, nº 01, abril 2006. Além desse, também foi citado o artigo 23º, X: sobre a competência federativa (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) de “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. (BRASIL, 1988, art. 23, X.)

⁷⁶ DWORKIN, *apud*, LEWANDOWSKI, 2012, durante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-186-voto-ministro-ricardo.pdf>. É interessante que Lewandowski não parece levar em conta o fato de considerarem como utilitarista esse argumento de Dworkin, o que seria uma incoerência para um filósofo que se diz deontologista como ele. De qualquer forma, não é esse o nosso problema agora. Para saber mais sobre essa crítica confira nosso artigo *Os Limites da ação afirmativa forte em Dworkin*. Publicado na revista *Intuitio*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5dYC7QETQzsJ:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/download/15173/11419+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>.

⁷⁷ Após 30 anos das ações afirmativas nos Estados Unidos um estudo realizado por William Bowen e Derek Bok, respectivamente reitores de Princeton e Harvard, nominado *The Shape of the River*, foi publicado e amplamente divulgado pelos defensores das ações afirmativas. Trata-se de um estudo estatístico que avalia os impactos das ações afirmativas para 80.000 negros graduados em instituições de ensino superior norte-americanos, sendo 24 instituições privadas e 4 públicas, nos anos de 1951, 1976 e 1989. Para os defensores das ações afirmativas, esse estudo foi uma estratégia providencial para a manutenção das ações afirmativas que vinham sofrendo constantes



país. No que se observou no estudo, ocorreu o significativo aumento de negros admitidos nas universidades norte-americanas. Em 1951, por exemplo, quando ainda não havia ações afirmativas, das 19 melhores instituições de ensino dos Estados Unidos, havia um total de 63 negros admitidos, o referente a 0,8 % por instituição. Ao passo que, em 1989, por intermédio das ações afirmativas, o número de admitidos nas mesmas instituições foi de 6,7 %. Bowen e Bok calcularam que, caso não tivesse sido adotado a política de preferência racial, esse aumento teria sido entre 2,1 e 3,6⁷⁸.

A intenção ao falar dessa pesquisa foi claramente a de trazer argumentos empíricos para as discussões em voga. Apesar de ainda haver muita polêmica acerca desse tipo de política norte-americana aplicada no Brasil, foi com o advento da *Lei de Cotas* de 2012, que algumas reivindicações judiciais acerca dessa matéria foram diminuindo em certa medida. Ainda assim, a questão é, se o Brasil possui uma configuração adequada para a utilização dessa política tal como é utilizada, haja vista que a realidade e o passado norte-americano é muito diferente do brasileiro.

3. Considerações finais

derrotas como a sua proibição na Universidade da Califórnia, posteriormente estendida para todas as instituições do estado e na Universidade de Washington. Para os teóricos contrários às ações afirmativas como é o caso do economista Thomas Sowell, o estudo apresenta sete grandes falhas, a saber: *a.* A escolha do grupo; *b.* A falta de acesso de outros pesquisadores aos mesmos dados da pesquisa; *c.* O fato da imensa maioria das instituições serem da rede privada; *d.* A ausência de outras minorias na pesquisa; *e.* A utilização da faixa restrita; *f.* A relação entre quantidade de alunos, universidade e formação; e, por fim, *g.* Má interpretação dos dados. Confira a crítica de Sowell na *Affirmative Action Around the World* de 2004.

⁷⁸ Confira Bowen e Bok, *The shape of the river*.



Por tudo o que vimos, a política afirmativa racial adotada no Brasil é claramente retirada das bases teóricas norte-americanas, basta observar como o Supremo Tribunal Brasileiro cita teóricos e estudos empíricos norte-americanos, especialmente porque o contexto nacional brasileiro não detêm em seu bojo grande literatura sobre o tema. Não obstante, as dificuldades na sua aplicação derivam da não observância de que as famílias jurídicas são diferentes, assim como a dinâmica social e a história de cada país passa ao largo da discussão⁷⁹. Entre ela, destacamos que a política *the botton to the top* adotada nos Estados Unidos da América pressupõe um movimento da base social, considerando-se os mais diversos casos concretos, o que vai de encontro ao modelo brasileiro. No caso brasileiro, o mesmo instituto foi adotado em sentido inverso, ou seja, *the top to the botton*, o que demonstra as diferentes maneiras de aplicar um mesmo instituto e seus desdobramentos.

De um ponto de vista histórico, a população negra no Brasil nasce de uma demanda escravocrata, assim como nos Estados Unidos. Entretanto, o Brasil não partilhou de políticas antimiscigenações como os EUA, conseqüentemente, o país tornou-se extremamente mestiço e com um acréscimo considerável de população parda. Dada essa divergência estrutural, a maneira como nós nos utilizamos da política americana soa errônea, pois não adotamos qualquer tipo de política segregacionista no passado e, por conseguinte, não temos uma linha divisória clara entre brancos e negros. Por sua vez, os Estados Unidos adotaram diversas leis antimiscigenações, proibindo, inclusive, o casamento inter-racial entre negros e brancos, v.

⁷⁹ Sobre a receptividade do *Common Law* para o *Civil Law*, Vicente nos diz, “parece inequívoco qua a maior receptividade da doutrina e da jurisprudência norte-americanas à análise económica do Direito evidencia mais um ponto de contraste entre as famílias de *Common Law* e *Civil Law*, que importa salientar: a sua diferente permeabilidade a considerações de índole utilitarista na construção das soluções jurídicas”. (VICENTE, 2016, p. 338).



g.,o Estado da Virginia⁸⁰. Hoje, no Brasil, há uma dificuldade em determinar com exatidão quem é “negro” e quem é “branco”. Como se trata de um país miscigenado, adotar uma divisão dual nesse estilo é extremamente redutivista, pois evidentemente há indivíduos que não se enquadram em nenhuma delas.

O Brasil é um país continental com diferentes tipos de mestiçagem, o que faz com que a questão fenotípica sobre a cor da pele varie de local para local. Nesse sentido, a utilização do critério racial para estabelecer tratamento desigual numa população miscigenada é de aplicação difícil, haja vista a falta de parâmetros cientificamente seguros na identificação dos destinatários dessa diferenciação. Por conta da dificuldade da classificação dos seres humanos em raças, muitos testes para a entrada na universidade solicita a autodeclaração (se negro, branco, pardo, etc.) para inscrição nas cotas raciais. Entretanto, como a autodeclaração nem sempre é exata, criaram-se mecanismos de fiscalização para comprovar a opção escolhida, o que deturpa o próprio sentido da autodeclaração e transmite a falsa impressão de tribunais de cor.

⁸⁰ Um famoso caso jurídico envolvendo a proibição do casamento inter-racial foi *Loving versus Virginia* 388 U.S. 1 (1967), no qual a negra Mildred Jeter casou-se com o branco Richard Loving. Eles eram da Virginia, lugar que proibia o casamento inter-racial, e optaram por casar no Distrito de Columbia (onde esse tipo de casamento era permitido), mas logo retornaram para o estado natal. Lá foram processados e sentenciados a um ano de prisão ou a transferência do casal para outro Estado por um mínimo de 25 anos. Segundo o juiz que deu a sentença: “Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And, but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriage. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix”. (U. S. 3, p. 388). Mais tarde, quando o caso chegou à Suprema Corte, a restrição do casamento foi declarado inconstitucional, assim como todas as medidas que restringiam os direitos dos cidadãos tendo em vista a raça dos indivíduos. Para saber mais desse caso, acesse: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>. Por outro lado, no Brasil ocorreu o contrario, na capitania da Paraíba, durante o século XVI o casamento inter-racial (entre negros e portugueses) era estimulado com o intuito de garantir o “embranquecimento” da população.



Estas diferenças demonstram como a aplicação de um instituto jurídico vindo de fora por parte de um país é sempre controverso e nem sempre alcança o resultado pretendido. Isso é passível de observação quando comparamos Brasil e Estados Unidos. Ao mesmo tempo, tanto o povo brasileiro, como o americano é, no mais das vezes, racista. Nesse sentido, vemos que o Estado precisa de políticas que combatam a discriminação e promovam a diversidade étnica para facilitar a convivência entre pessoas diferentes. Ademais, isso poderia prevenir futuras visões preconceituosas e práticas discriminatórias entre os indivíduos, propiciando também uma dimensão de justiça distributiva, na medida em que possibilitam que pessoas financeiramente carentes possam ascender socialmente. Entre tantas convergências e divergências de contexto, percebemos que a adoção de um instituto constitucional *tout court* pode, ao mesmo tempo, trazer malefícios e benefícios, o que demonstra a necessidade de certas adaptações e concessões por parte de quem as promove. Em todo caso, lançar mão de um mesmo instituto jurídico em países com metodologias, histórias e configurações de cortes superiores diferentes pode ser eficiente quando reformulações adequadas forem feitas, respeitando as especificidades de cada país. No Brasil, é evidente que ajustes precisam ser feitos com o intuito de tornar essas políticas mais justas e eficientes, quando, por exemplo, se fortalecesse as questões sociais e não apenas o fator racial. Em suma, quando tratamos de analisar um mesmo ordenamento jurídico aplicado em contextos diferentes, percebemos que são nuances e justificativas que derivam não da letra fria da lei, mas do contexto ao qual este instituto está circunscrito.

Bibliografia

E-Civitas -Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH -Belo Horizonte. Volume XI, número 1, agosto de 2018 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



BOWEN, William; BOK, Derek. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

_____. *The shape of the river*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal: Editora Saraiva, 1988.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ministério da Justiça*. Brasília, 1998. Disponível em: Acesso em 19 de agosto de 2013.

_____. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. *Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em 06 de dezembro de 2016.

_____. Lei n. 5.465, de 03 de julho de 1968. Lei do Boi. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 1968.

_____. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Processo e Julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 1999.

_____. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2010.

_____. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Lei de cotas. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2012.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública sobre a reserva de vagas nas Universidades Públicas por critério raça*. Brasília, DF, 04 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121135>. Acesso em: 19 de novembro de 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Glossário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

_____. Universidade de Brasília. *Análise do Sistema de Cotas Para Negros da Universidade de Brasília Período: 2º semestre de 2004 ao 1º semestre de 2013*. Disponível em: http://unb2.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/realtorio_sistema_cotas.pdf. Acesso em 18 de novembro de 2016.

COSTA, Thaís. “A relação entre justiça igualitária e políticas públicas em Ronald Dworkin”. *Contratualismo Moral e Político na Contemporaneidade*. Disponível em: <<http://www.editorappgfilufrj.org/wp-content/uploads/2015/03/Contratualismo-moral-epol%C3%ADtico-nacontemporaneidadeAnaisdo-I-Congresso-Internacional.pdf>>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

_____. “Os Limites da ação afirmativa forte em Dworkin”. *Intuitio*, 2014. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5dYC7QETQzsJ:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/download/15173/11419+&cd=1&hl=ptPT&ct=clnk&gl=pt>. Acesso em 26 de novembro de 2016.

COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas. *Equality and preferential treatment*. Princeton: Princeton University, 1977.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Why Bakke has no case. *The New York Review of Books*, 1977b, p. 01-11.

FULLINWIDER, R; LICHTENBERG, J. *Leveling the playing field: justice, politics, and college admissions*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2004.

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



_____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. 2002.

GUNTHER, G. *Constitutional Law*. Westbury: The Foundation Press Inc., 1991.

INDIA. *The Constitution of India*. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

LAWUYI, Olatunde Bayo. Ethnicity, Political Leadership and the Search for a Stable Nigerian Society. *Scandinavian Journal of Development Alternatives*. Sep–Dec, 1992.

LUTHER KING JR. Martin. *I have a dream*. Disponível em: <<http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihaveadream.htm>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

_____. *Where Do We Go from Here: Chaos or Community?* New York, Harper & Row, 1967.

_____. *Why We Can't Wait*. New York, Harper & Row, 1963.

MACKINNON, Barbara. *Ethics: Theory and Contemporary Issues*. New York: Wadsworth Publishing Company, 1995.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Editora Contexto, 2009.

MELLO, Marcos. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano I, nº 01, abril 2006. Disponível em: <<http://www.enm.org.br/docs/RevistaENM.pdf>>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

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

NAGEL, Thomas. *Equal treatment and Compensatory discrimination*. *Philosophy and public affairs*, Princeton, v.2, n4, Summer, 1973, p.348-363.

_____. *In Defense of Strong affirmative action*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fFzYaZ484GcJ:instruct.uwo.ca/philosophy/162f-001/nagel.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 14 de novembro de 2016.



ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2016.

PAIM, Paulo. *Sabatina do Dr. Joaquim Barbosa Gomes*. Brasília: Senado Federal, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

POJMAN, Louis. The Moral Status of Affirmative Action. *Public Affairs Quarterly*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1977.

SOWEL, Thomas. *Affirmative Action Around the World: an empirical study*. New Haven: Yale University Press, 2004.

RACHELS, James. Em defesa das cotas. *A coisa certa a se fazer: leituras básicas sobre filosofia moral*. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Rower v. Ewans: o amor que não ousa dizer o nome. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

UNITED STATES. U.S. *Constitution of the United State*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

_____. U.S. *Constitution of California*. Proposição 209. Disponível em: <<<http://vote96.sos.ca.gov/Vote96/html/BP/209text.htm>>. Acesso em: 08 de outubro de 2016.

_____. Department of Justice. Equal Employment Opportunity Commission. *Executive Order 10.925*, 6 mar. 1961. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

_____. *Title VI of the Civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>>. Acesso em: 28 de outubro de 2016.

_____. In The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. *Cheryl J. Hopwood v. State of Texas*, 78 F. 3d 932 (1996). Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. Supreme Court. *AFL-CIO versus Weber*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/443/193>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

E-Civitas -Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH -Belo Horizonte. Volume XI, número 1, agosto de 2018 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



_____. *Adarand Constructors versus Peña* (1995). Disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

_____. *Boynton versus Virginia* (1960). Disponível em: <<http://supreme-court-cases.insidegov.com/>>. Acesso em : 11 de novembro de 2016.

_____. *Brown versus Board of Education of Topeka* (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 06 de outubro de 2016.

_____. *DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974)*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. *Fullilove versus Klutznick 448 U.S. 448 (1980)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

_____. *Loving versus Virginia 388 U.S. 1 (1967)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4> Acesso em: 10 de novembro de 2016.

_____. *NAAP versus Alabama, (1958)*. Disponível em: <http://naacpvalabamaat50.org/>. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

_____. *Pace versus Alabama (1883)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>>. Acesso em: 10 de novembro 2016.

_____. *Parents Involved in Community Schools versus Seattle School Dist. No. 1 551 U.S. 701 (2007)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/701/>. Acesso em: 15 de novembro de 2016.

_____. *Plessy versus Ferguson (1896)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

_____. *Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)*. Disponível em: <<http://supreme.nolo.com/us/438/265/>>. Acesso em: 06 de abril de 2013.



_____. *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts (1850). Disponível em: <<https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

_____. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

_____. *Wygant versus Jackson Board of Education* (1986). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/267.html>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

WHITE, James E. *Contemporary moral problems*. London: Wadsworth Publishing Company, 2000.