

# CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA: PORQUE A POLÍTICA IMPORTA PARA O DIREITO

## CONSTITUTION AND JUSTICE: WHY POLITICS MATTERS TO LAW

*Evandro Barbosa\**

*Thaís Alves Costa\*\**

### RESUMO

O debate constitucionalista norte-americano traz à tona o debate dos limites da interferência da política sobre as questões jurídicas. Frente a essas discussões controversas que envolvem, de um lado a segurança jurídica, e de outros direitos de minorias pela concretização dos valores constitucionais, este artigo terá como objetivo a análise da interferência da política nas decisões judiciais tendo como pedra de toque as lutas étnico-raciais dos negros nos Estados Unidos e no Brasil. Para isso, partirei do constitucionalismo da teoria de Ronald Dworkin, a partir da qual a política, assim como as regras e os princípios, como parte integrante do Direito, para, em seguida, analisar as principais decisões da Suprema Corte Norte-Americana envolvendo as políticas étnico-raciais e, ao final, buscarei uma aproximação dessa análise com as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca das políticas de ação afirmativa para negros.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Política étnico-racial. Política.

### ABSTRACT

The North American constitutional debate raises the debate about the limits of political interference on legal issues. In view of these controversial consequences that involve, on the one hand, legal certainty, and other

---

\* Professor do Programa de Pós-Graduação de Mestrado e Doutorado em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas. Atualmente, encontra-se como professor visitante na *University of North Carolina – Chapel Hill* – Estados Unidos, com bolsa CAPES. E-mail de contato: [evandro@email.unc.edu](mailto:evandro@email.unc.edu). Endereço de contato: 2871 Homestead Road, Chapel Hill – North Carolina, Estados Unidos da América. Telefone: +191996414805.

\*\* Doutoranda em Filosofia do PPGFil da Universidade Federal de Pelotas, atualmente em estágio doutoral no exterior na *University of North Carolina – Chapel Hill*, sob orientação do professor Geoffrey Sayre-McCord. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Rio Grande. E-mail de contato: [tthais@email.unc.edu](mailto:tthais@email.unc.edu). Endereço de contato: 2871 Homestead Road, Chapel Hill – North Carolina, Estados Unidos da América. Telefone: +19195936801.

minority rights for the realization of constitutional values, this article will aim to analyze the interference of politics in judicial decisions with the touchstone of ethnic-racial groups of blacks in the United States and Brazil. For that, it starts from the constitutionalism of Ronald Dworkin's theory, from which politics, as well as rules and principles, as an integral part of Law, and then, analyzing the main decisions of the American Supreme Court involving the ethnic-racial policies and, in the end, I will seek an approximation of this analysis with the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court on affirmative action policies for blacks.

**Keywords:** Constitutionalism. Political-racial. Politics.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos observamos o acirramento das discussões acerca do limite de atuação da jurisdição constitucional na tentativa de concretizar valores fundamentais expressos na Constituição através da adoção de finalidades políticas. Entre os teóricos preocupados com a interferência das políticas na resolução de conflitos nas decisões jurídicas, podemos destacar Ronald Dworkin. Reconhecido por travar o debate acerca da teoria democrática e da moralidade pública em assuntos altamente polêmicos, o norte americano extrapola discussões circunscritas ao âmbito jurídico, atingindo discussões sobre o ideal de justiça em um Estado Democrático de Direito. Partindo dessa perspectiva, proponho analisar a interferência da política nas decisões judiciais envolvendo os negros nos Estados Unidos da América estendendo ao Brasil.

Com o objetivo de demonstrar como as políticas étnicas influenciaram as decisões judiciais, bem como foram por elas influenciadas, demonstrarei no primeiro tópico desse ensaio como a política pode ser encarada como parte integrante do direito, assim como a moral, tendo como fio condutor o constitucionalismo dworkiniano. Para tal, no primeiro momento, estaberecerei as bases do pensamento de Ronald Dworkin, delineando a distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*) por ele estabelecida em sua obra *Levando os Direitos a Sério*. Do que será exposto, as *policies* serão consideradas o *locus* da promoção de igualdade no Estado Democrático de Direito, tal como endossado por ele na obra *Uma Questão de Princípio*. Explicadas essas três dimensões que compõem o direito, o segundo tópico desse ensaio focará nos desdobramentos da consideração das políticas e dos princípios como parte do todo do direito. Dentre as políticas adotadas nas decisões da Suprema Corte com o intuito de amenizar problemas de justiça social destacaremos as polêmicas envolvendo as questões étnico-raciais. E os principais casos jurídicos, desde a segregação até às decisões favoráveis às ações afirmativas raciais, com os devidos destaques para os casos *Sweatt versus Painter* e o caso *Regents of University of California versus Bakke*.

Por fim, investigarei como esse constitucionalismo democrático norte-americano influenciou a realidade brasileira. Para isso, apresentarei brevemente como a legislação brasileira e o Congresso Nacional lidou tanto com as demandas étnico-raciais quanto com as políticas de ações afirmativas de cotas ao longo da história. Aqui, pormenorizarei as principais decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da temática, bem como da *Lei de Cotas* e da polêmica *ADPF 186*. Ao final, espero demonstrar a necessidade de políticas para que as decisões judiciais possam garantir, de fato, justiça e igualdade para a sociedade, ainda que reconheçamos os limites e desafios de sua aplicação.

## **REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS: A FILOSOFIA O DIREITO DE RONALD DWORKIN**

Para compreendermos a teoria jurídica de Dworkin o primeiro tópico desse ensaio será dividido em duas partes. Inicialmente veremos os princípios como condutores morais para a resolução dos chamados *hard cases*, isto é, são norteadores para a resolução dos casos difíceis. No segundo momento, avaliaremos como as políticas entrelaçam-se às regras e princípios no direito dworkiniano. A partir disso, teremos subsídios teóricos para compreender como podem ser justificadas as decisões judiciais com finalidades claramente políticas no contexto norte-americano. Em Dworkin, as regras são as normas jurídicas que detêm o direito positivado, são escritas e impõem direitos e obrigações específicas. Dessa forma, sua aplicabilidade é uma questão de “tudo ou nada”, quer dizer, a regra ou é válida ou não é, ou ela se aplica ou não se aplica (lógica do “ou ... ou”). E, assim, por não haver um meio – termo, não se consegue medir ou supor graus de cumprimento, *i.e.*, a regra exige que o seu cumprimento seja pleno. Por exemplo, para a simples regra do não matar, não existe meio-termo, haja vista que “ou” o sujeito não pode matar “ou” o sujeito pode matar (e arca com as consequências jurídicas do seu ato). Não existe matar somente um pouco. Por outro lado, os princípios possuem outra operacionalidade lógica, tendo em vista que são padrões de moralidade que ultrapassam a seara do direito positivo. O recurso a ele se dá justamente nos casos em que a regra *per si* não é o suficiente para solucioná-los. Cabe, então, o recurso aos padrões morais e políticos presentes na sociedade para as decisões jurídicas. Por isso, diz-se que os princípios constituem normas morais que não firmam uma consequência jurídica precisa, o que não retira suas qualidades de serem expressões de consideração sobre justiça, equidade ou outras dimensões de natureza moral relevante<sup>1</sup>. Por outro lado, os princípios não esta-

---

<sup>1</sup> Acerca disso Dworkin diz: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado não porque vai promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (...) utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras” (DWORKIN, Ronald. 2002, p. 36).

belecem pré-condições para a sua aplicação como ocorrem com as regras. E, na medida em que não são questões de tudo ou nada, seu cumprimento é questão de adequação e coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos como as regras, em contrapartida, eles possuem um peso moral na decisão jurídica e são tomados como pressupostos para uma interpretação adequada dessas regras.

Feita esta distinção entre regras e princípios, operamos agora em outro âmbito, a saber, o das *policies*. *Policies* são o que chamamos de políticas públicas, responsáveis por envolver as metas políticas tendo como consequência uma finalidade coletiva, ou seja, um bem público. Em outras palavras, as políticas públicas podem ser identificadas como os objetivos políticos do governo, tais como: as políticas econômicas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário, de ações afirmativas entre outras. Nesse sentido, possuem como especificidade “um telos: elas orientam, para um fim previamente estabelecido (...) é precisamente nesse sentido que elas diferem dos princípios (*principles*), os quais não têm um telos: eles são fios de condutores da deliberação”<sup>2</sup>.

Por sua vez, a ideia de justiça em Dworkin é pautada na esfera igualitária liberal, de tal forma que compreende a perspectiva de justiça distributiva e liberdades individuais. Nesse sentido, mais do que estipular o que é a justiça de um modo geral, a questão em voga é “saber qual é a forma justa de responder à injustiça”<sup>3</sup>, ou seja, como evitar que a desigualdade extermine os valores sociais de “liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do auto respeito”<sup>4</sup> que devem sob a ótica da justiça igualitária ser distribuído a todos.

De acordo com a teoria igualitária de justiça de Dworkin, no contexto de um Estado democrático de Direito, a igualdade deve sempre prevalecer em relação à liberdade, uma vez que é a virtude cardinal presente na comunidade política. Dada sua importância, a igualdade de recurso surge como faceta para a justiça distributiva compatível com uma sociedade baseada em um princípio político de igual consideração de todos os seus membros. Dworkin partirá, assim, do pressuposto de que deve existir a igualdade de qualquer recurso. Caberá ao Estado a função da igualdade no tratamento de seus cidadãos, sendo que há duas formas de entender o direito à igualdade. A saber, (*i.*) o direito a um tratamento igual ou (*ii.*) o direito ao tratamento como igual. O tratamento igual (*i.*) consiste no direito a uma distribuição igualitária de oportunidade, recursos e encargo (*e.g.*, o direito ao voto ou à educação básica), ao passo que o segundo (*ii.*) se configura pelo direito de todos os cidadãos serem tratados com igual consideração e atenção, sendo este um direito inalienável e fundamental.

---

<sup>2</sup> FERRAZ. 2011, p. 150.

<sup>3</sup> RAWLS. 2000, p. 245.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 62.

Para tanto, uma sociedade justa deve garantir a maior igualdade possível de recursos impessoais e pessoais, ou seja, os recursos passíveis de apropriação e transferência e as qualidades da mente e do corpo que são preponderantes para o êxito da realização dos projetos individuais. Esse será um direito fundamental para garantir a igualdade, mesmo que possa significar um tratamento diferenciado a alguns. Para Dworkin, o tratamento igual fundamentará a adoção das políticas (*policies*) de ações afirmativas e sua eficiência proporcionará a justiça social, não como uma compensação do passado, mas com vistas a concretizar a igualdade de oportunidade e induzir transformações que visam a diminuir os problemas sociais aos quais as minorias estão sujeitas. Será através da tentativa de praticar a teoria liberal igualitária na educação que surgirá a ideia de uma política de ação afirmativa calcada no aspecto racial do pensamento de Dworkin.

Como um tipo de política pública, a ação afirmativa 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. 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 que preferências desse tipo já haviam sido usadas ainda na Índia Britânica<sup>5</sup>, seu termo só foi inserido nos textos legais do país quando, a partir da promulgação da constituição indiana, em 1949<sup>6</sup>, 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*”<sup>7</sup>. 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

---

<sup>5</sup> 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, Thomas. 2004, p. 23).

<sup>6</sup> Confira a Constituição indiana: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%202Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>.

<sup>7</sup> ÍNDIA. 1951, p. 7.

Executiva de Kennedy situava-se no terreno do combate à discriminação, antecipando um dos aspectos da Lei dos Direitos Civis<sup>8</sup>, 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”<sup>9</sup>. Nesse sentido, as primeiras ações “*was clearly not calling for group preferences or quotas*”<sup>10</sup>, 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 raciais. Em relação à questão racial, a ordem previa que os empregadores contratassem “*without regard to group membership*”<sup>11</sup>. 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*”<sup>12</sup>, no qual deveria ser aumentado materialmente o número de minorias nos empregos, instaurando, assim, objetivos e cronogramas<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> MAGNOLI, Demétrio. 2009, p. 85.

<sup>9</sup> *Ibid.* Para saber mais acerca da Ordem Executiva 10.925, vide: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>.

<sup>10</sup> SOWELL, Thomas. 2004, p. 124.

<sup>11</sup> SOWELL, Thomas. 2004, p. 124.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>13</sup> SOWELL, Thomas. *Affirmative action in United States*. 2004.

<sup>14</sup> 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.

**CONSTITUCIONALISMO E A LUTA NEGRA POR JUSTIÇA SOCIAL**

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 demonstrarmos a evolução dessas reivindicações, inicialmente, analisaremos 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 é possível perceber o quanto os direitos foram se modificando em curto espaço de tempo. No segundo momento, o controle de constitucionalidade e a metodologia do escrutínio nos casos apresentados, ou seja, como a Corte Suprema Americana lidou com as finalidades políticas em suas decisões.

A primeira decisão marcante para a luta pelos direitos civis foi o caso *Plessy versus Ferguson* de 1896<sup>15</sup>, 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 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 as reservas 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 constitucional. 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

---

<sup>15</sup> 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 “separated, but equal”, mas a responsável pela sua consolidação. A primeira foi o caso *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts. 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>.

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 Klan*<sup>16</sup>, afirmou: “our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”<sup>17</sup>.

As leis segregacionistas continuaram sendo aplicadas até o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*<sup>18</sup>, 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 Warren a segregação racial ocasionava a inferioridade intelectual dos negros. 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 versus Alabama* em 1958<sup>19</sup>, *Boynnton versus Virginia* em 1960<sup>20</sup> e *Loving versus Virginia*<sup>21</sup>, em 1967, esse último o responsável pelo fim desse modelo de política pública.

Quatro anos antes do caso *Brown versus Board*, citado acima, ocorreu o caso *Sweatt versus Painter*<sup>22</sup> 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 pública. 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

<sup>16</sup> Organização racista originada em 1865 que pregava a supremacia racial branca.

<sup>17</sup> HARLAN. 1896, p. 559. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>.

<sup>18</sup> Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

<sup>19</sup> Confira em: <http://naacpvalabamaat50.org/>.

<sup>20</sup> Confira em: <http://supreme-court-cases.insidegov.com/>.

<sup>21</sup> Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>.

<sup>22</sup> 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>.

assegurou ao estudante negro Sweatt ingressar nessa Faculdade, que previamente lhe negara admissão motivada, exclusivamente, em critérios raciais. O caso Brown, apesar de não ter marcado o fim da doutrina do “*separate, but equal*”, foi responsável por deflagrar a luta pelos direitos civis.

Após o fim das leis segregacionistas, que mantinham a hierarquia entre indivíduos com base em 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 vitimado 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, 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 sangue.

Todavia, com as ações afirmativas, vários casos acerca do princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda foram questionados. O caso DeFunis *versus* Odegaard de 1974, por exemplo, foi um dos primeiros casos contrários às ações afirmativas 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 Americana. Considerado o caso mais emblemático da literatura jurídica norte-americana, o caso University of California *versus* Bakke em 1978, foi o marco das discussões sobre os limites da interferência da política, via ações afirmativas, nas decisões judiciais. 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 válida a adoção de políticas sensíveis à raça que envolvessem outros critérios além da raça.

É possível resumir em três os argumentos levantados em defesa de Bakke, a saber: *i.* a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa, por ferirem o direito à igualdade daqueles que obtiveram a vaga; *ii.* o direito do indivíduo de ser avaliado pelo critério da meritocracia e não como membro de um grupo racial definido; e *iii.* a discriminação racial inversa provocada por critérios que estariam alheios ao seu próprio controle individual. Os argumentos utilizados por Colvin, advogado de Bakke convenceram a Suprema Corte de que era efetivamente justo que seu cliente obtivesse a vaga na Escola de Medicina, porém tal convencimento não foi alcançado facilmente. Segundo Dworkin, 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<sup>23</sup>, uma vez que a universidade recebia recurso do governo federal, devendo o autor da ação ser reintegrado ao curso. 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.

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 Harvard. Nesse sentido, outros critérios, dentre eles a raça, poderiam ser utilizados para compor a nota final do estudante (*benchmark score*). Esses outros critérios podem ser o histórico escolar, provas de aptidão, entrevistas e a probabilidade de atuar com maior eficiência na profissão. 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.

Dworkin é contrário à decisão de Powell, afirmando que o *Task Force Program* possuía duas finalidades bem definidas, a saber: promover um bem social específico e garantir um cálculo estratégico capaz de engendrar tal bem social. O primeiro referia-se à necessidade de impedir que as carreiras mais importantes e lucrativas da sociedade fossem prerrogativas apenas para a raça branca, ao passo que a segunda visava a aumentar os números de negros nas profissões de prestígio para, no futuro, “(...) reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangi-

---

<sup>23</sup> Segundo o título VI do *Civil Right Act* de 1964: “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>.

mento racial da comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa”<sup>24</sup>, ampliando a autoestima do negro e a diversidade racial. Pautado nesse ideário, a decisão da Universidade da Califórnia seria justa<sup>25</sup> para Dworkin.

Para ele, todos os três elementos levantados pela defesa de Bakke não eram plausíveis. Primeiramente, por não reconhecer que essas políticas violam o princípio fundamental de moralidade do direito, não sendo assim inconstitucional, haja vista que “não há nenhum texto na constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”<sup>26</sup>. Vale lembrar que o objetivo social esperado deverá prevalecer sobre o direito individual de Bakke. O segundo argumento rechaçado pelo filósofo é quanto à meritocracia, dado que o candidato não pode ser avaliado exclusivamente pelo critério meritocrático, porquanto o mérito individual ultrapassa critérios numéricos das provas de admissão não devendo, pela ótica dworkiniana, a universidade considerar apenas os testes de inteligência. E, por fim, Dworkin rechaça o último apontamento de Colvin alegando que “as exclusões baseadas na raça foram baseadas historicamente não por algum cálculo instrumental (...) mas por causa do desprezo pela raça ou religião excluída. A exclusão por raça era um insulto, pois era gerada pelo desprezo”<sup>27</sup>.

Na obra *O Direito da Liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a Lei dos Direitos Civis tomou força na década de 1970 e início de 1980, de tal forma que se voltou contra as discriminações subjetivas e estruturais. Nesse sentido, as formas de erradicar essa discriminação se dá por meio de dois princípios básicos, sendo o primeiro a proibição de qualquer política que possa gerar a discriminação, ou seja, a imposição de que todas as formas de discriminação estrutural são ilegais. Essa discriminação é caracterizada pelo oferecimento desproporcionalmente pequeno de vagas em empregos para aquelas pessoas que não são negras. Tal discriminação, segundo Dworkin, deve ser evitada a menos que esse procedimento seja requisito indispensável para a prática negocial. Como consequência desse primeiro princípio, os tribunais de direito passam a ter o cuidado para que as condições de emprego e salário não sejam promotoras de discriminação por sexo ou raça<sup>28</sup>. Por sua vez, o segundo

---

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. 2005, p. 439.

<sup>25</sup> Todavia, é sabido que os problemas de autoestima possuem especificidades que variam de acordo com cada indivíduo, ou seja, não há garantias de que todos os negros que ingressarem em cursos universitários renomados se sentirão menos frustrados e constrangidos. Ainda assim, esse é um dos argumentos fortemente considerados por Dworkin para defender as cotas raciais assim como as que eram adotadas pela Universidade da Califórnia.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 445.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>28</sup> Warren Burger ao julgar o caso *Griggs v. Duke Power Co.* em 1971 e expor esse princípio da não discriminação pela primeira vez da história da Constituição norte-americana, afirma que:

princípio analisado por Dworkin é o da permissão de que tanto as instituições públicas quanto as privadas pudessem dar algum tipo de favorecimento a grupos minoritários nos processos de admissão de pessoal, a fim de que possam elas contribuir para a erradicação “das consequências estruturais de gerações de injustiça”<sup>29</sup> que esses grupos veem sofrendo ao longo dos anos.

Após o julgamento do caso *Bakke*, outros casos similares nortearam o cenário jurídico norte-americano. Como os casos *AFL-CIO versus Weber*<sup>30</sup>, também analisado por Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério*, o caso *Fullilove versus Klutznick*<sup>31</sup>, 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*<sup>32</sup>, 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: *Adarand Constructors versus Peña*<sup>33</sup>, 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 test*; *ii. Intermediate Scrutiny*; e *iii. Strict Scrutiny*. Na *Rational basis test (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 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 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

---

“o objetivo do Congresso ao promulgar o título VII [da Lei de Direitos Civis] é claro... Práticas, procedimentos ou provas neutros na aparência, e até mesmo neutros...quanto à intenção, não podem ser conservadores se colaboram para ‘congelar’ o *status quo* criado por práticas discriminatórias anteriores” (BURGER *apud* DWORKIN. 2006, p. 248).

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. 2006, p. 249.

<sup>30</sup> Confira o caso *AFL-CIO versus Weber*.

<sup>31</sup> Confira o caso *Fullilove versus Klutznick* 448 U.S. 448 (1980).

<sup>32</sup> Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/267.html>.

<sup>33</sup> Confira em: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>.

absolutamente necessários, assim, exige 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 suficiente.

## A REALIDADE BRASILEIRA

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 o sistema de favorecimento mais brando como ocorreu nos Estados Unidos. Para o estudo da realidade no Brasil, inicialmente apresentaremos as leis de natureza étnico-raciais adotadas para, em seguida, investigarmos como o Supremo Tribunal Federal do país vem enfrentando essas demandas.

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”<sup>34</sup>. 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 objetivo<sup>35</sup>.

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 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% indígena<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> GOMES *apud* PAIM. 2003, p. 73. A exemplo disso, no caso Bakke, 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.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Confira os dados do IBGE disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>.

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 2002<sup>37</sup>. 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”<sup>38</sup>. 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 indígenas<sup>39</sup>. 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, 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*’<sup>40</sup>, 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 se preocupou 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:

---

<sup>37</sup> 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 n. 5.465, de 3 de julho de 1968.

<sup>38</sup> Confira a Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 2010.

<sup>39</sup> Confira: Lei n. 12.711 – *Lei de Cotas*, de agosto de 2012.

<sup>40</sup> GOMES, Joaquim. 2002, p. 2.

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 prosigam após terem sido alcançados os seus objetivos<sup>41</sup>.

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 com os demais”<sup>42</sup>. 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 Brasil 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.

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 colossal<sup>43</sup>. 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 autodeclararam pretas e pardas, conforme quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de

<sup>41</sup> 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>.

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. 2010, p. 255.

<sup>43</sup> 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. De acordo com Santos, “racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização bio-genética 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).

Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam auto definição análoga<sup>44</sup>. 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.

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 pele<sup>45</sup>. 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<sup>46</sup>. 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 pele<sup>47</sup>.

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 Arguição de Descumpri-

---

<sup>44</sup> BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 2010. p. 1051.

<sup>45</sup> BRASIL. 2010, p. 1.

<sup>46</sup> *Ibid.* 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.

<sup>47</sup> BRASIL. 2010, p. 1.

mento de Preceito Fundamental (ADPF) 186<sup>48</sup> contra a política de cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UnB) que estava em vigor desde 2004<sup>49</sup>.

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”<sup>50</sup>.

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, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual”<sup>51</sup>. 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,

---

<sup>48</sup> 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>.

<sup>49</sup> 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](http://unb2.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/reatorio_sistema_cotas.pdf).

<sup>50</sup> 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/noticiarnoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>.

<sup>51</sup> MELLO, Marcos. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura – Associação dos Magistrados Brasileiros*. Ano I, n. 01, abr. 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).

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<sup>52</sup>.

Ao final, Lewandowski cita ainda a pesquisa *The Shape of the River*, que foi um estudo norte-americano que buscou demonstrar as consequências das ações afirmativas no 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 3,6<sup>53</sup>.

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 debater o tamanho da necessidade da política nas decisões judiciais para a garantia de justiça e igualdade assegurada constitucionalmente, bem como o seu alcance. De fato, há um enorme desafio na aplicação dessa metodologia no contexto plural brasileiro que desafio a nossa normatividade a ultrapassar a hegemonia dos atos de poder de um pequeno grupo decisório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a concretização dos valores assegurados pelas constituições, tanto americana quanto brasileira, carecem de elemento de política para, de fato, se consolidarem. Nessa perspectiva, a interferência da política nas decisões judi-

---

<sup>52</sup> 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>.

<sup>53</sup> Confira Bowen e Bok, *The shape of the river*.

ciais mostra-se como necessária para a amenização de problemas sociais históricos. Através da teoria jurídica de Dworkin é possível compreender como surge na esfera jurídica, entre regras e princípio, as *policies*, com finalidades específicas de lidar com problemas de uma sociedade plural e desigual.

Por meio do modelo político fortemente igualitarista que exige a igualdade de fato, não cabendo mais o apelo meramente formal, ou seja, uma igualdade nos textos jurídicos que não representa a sociedade real. Reconhecido o passado de políticas segregacionistas e excludentes, as desigualdades sociais mostram-se como na são molas propulsoras para políticas sensíveis racialmente. Apesar de todo esse embasamento filosófico a continuação das *policies* exige o controle de sua execução e eficiência, o que determinará a dinâmica do governo.

Como visto, as lutas raciais nos Estados Unidos passaram por diversos percalços, assim como a recente política brasileira. Entretanto, há um caminho a ser percorrido que passa não somente por movimentos sociais, mas também pelo poder do judiciário em atuar e contribuir para a amenização de problemas na sociedade. O Direito passa, dessa forma, a interferir positivamente nas relações sociais, demonstrando não ser apenas um instituto estatal estanque, que em nada dialoga com os diferentes grupos que compõem a sociedade.

Dessa forma, demonstrado os desafios e necessidades do judiciário para com a sociedade a interferência de finalidade de política nas decisões do judiciário parecem pesar mais positivamente que negativamente na balança social. O que por sua vez, revela sua legitimidade de atuação. Longe de querer fazer juízo de mérito quanto a justificabilidade de determinadas políticas étnico-raciais que estão constantemente em alterações, meu intento foi demonstrar como essa adoção pode contribuir para o processo dinâmico de aprendizagem e modificação social.

## REFERÊNCIAS

BOWEN, William; BOK, Derek. *The shape of the river*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

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

\_\_\_\_\_. *Brown versus Board of Education of Topeka (1954)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em: 06/10/2019.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Ministério da Justiça*. Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Senado Federal, 1968.

\_\_\_\_\_. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>. Acesso em: 03/11/2019.

- \_\_\_\_\_. Department of Justice, Equal Employment Opportunity Commission. *Executive Order 10.925, March 6<sup>th</sup>, 1961*. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em: 25/10/2019.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- GOMES, Joaquim. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 2002.
- INDIA. *The Constitution of India*. Disponível em: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.
- \_\_\_\_\_. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>. Acesso em: 25/10/2019.
- \_\_\_\_\_. 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.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 5.465, de 3 de julho de 1968. Lei do boi. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 1968.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.
- MELLO, Marcos. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura – Associação dos Magistrados Brasileiros*. Ano I, n. 1, abr. 2006. Disponível em: <http://www.enm.org.br/docs/RevistaENM.pdf>. Acesso em: 19/11/2019.
- MENEZES, P.L. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a constituição moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948*. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 19/10/2019.
- PAIM, Paulo. *Sabatina do Dr. Joaquim Barbosa Gomes*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Parents involved in community schools versus Seattle School Dist. No. 1551 U.S. 701 (2007)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/701/>. Acesso em: 15/11/2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Plessy versus Ferguson (1896)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>. Acesso em: 06/10/2019.

POJMAN, Louis. The moral status of affirmative action. *Public Affairs Quarterly*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1977.

POSNER, Richard. The Defunis case and the constitutionality of preferential treatment of racial minorities. *Affirmative Action and the Constitution*. New York: Garland, 1998. p. 249-280.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Civil Rights – Civil Liberty Law Review*. Harvard: Cambridge. v. 42, p. 373-433, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)*. Disponível em: <http://supreme.nolo.com/us/438/265/>. Acesso em: 06/04/2019.

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.

SOWELL, Thomas. *Affirmative action around the world: an empirical study*. New Haven: Yale University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. 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: 19/11/2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública sobre a reserva de vagas nas Universidades Públicas por critério raça*. Brasília/DF, 4 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121135>. Acesso em: 19/11/2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Glossário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em 18/11/2019.

\_\_\_\_\_. *Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950)*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>. Acesso em: 03/11/2019.

\_\_\_\_\_. *Title VI of the Civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>. Acesso em: 28/10/2019.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Disponível em: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html). Acesso em: 08/11/2019.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Why Bakke has no case. *The New York Review of Books*. 1977 b, p. 1-11.

*Data de recebimento: 13/10/2020*

*Data de aprovação: 29/12/2020*