



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PONDERAÇÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Ana Carolina Costa de Oliveira

Rio de Janeiro  
2019

ANA CAROLINA COSTA DE OLIVEIRA

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PONDERAÇÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## ACÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PONDERAÇÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Ana Carolina Costa de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** A essência do trabalho objetiva examinar de modo crítico a temática das ações afirmativas, na modalidade específica de cotas raciais, bem como realizar a análise minuciosa a eleição dos fatores de *discrímén*. Pretende-se aferir se o critério puramente étnico-racial alcança e promove o princípio da igualdade em seu viés material, tendo em vista a realidade socioeconômica brasileira. Busca-se realizar ao longo da pesquisa um cotejo entre os aspectos jurídicos e sociais que permeiam as políticas afirmativas, principalmente a questão da hipossuficiência e o caráter multirracial preponderante no Brasil. Ao traçar os principais fundamentos e dissonâncias, tende-se então a aclarar a eficiência e a efetividade do critério étnico-racial frente a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre os indivíduos.

**Palavras-chaves:** Direito Constitucional. Ações afirmativas. Cotas raciais. Princípio da igualdade. Cotas Sociais.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípio da Igualdade e a Viabilidade Constitucional das Ações Afirmativas. 2. A Inserção das Ações Afirmativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3. A Desigualdade Social como justificativa para o Sistema de Cotas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática das ações afirmativas, com o objetivo de analisar de forma crítica e minuciosa os critérios adotados no momento da eleição do fator *discrímén*, e, após essa escolha verificar a efetiva possibilidade da promoção do direito da igualdade em seu viés material. Busca-se sobretudo aferir se o critério puramente étnico-racial promove a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, apresentando por seguinte o porquê da necessária consideração de uma eleição conjunta entre fatores para o *discrímén*, ante complexa realidade social brasileira.

Sabe-se que as ações afirmativas são medidas temporárias e especiais de políticas públicas inseridas pelo Estado, que tem por objetivo garantir a promoção do princípio constitucional da igualdade. Este princípio possui duas concepções: a formal e a material, salientando-se que as ações afirmativas *prima facie* é um meio de restauração do equilíbrio entre grupos historicamente excluídos e o restante da sociedade.

No Brasil percebe-se que não há uma uniformidade na adoção desses critérios pelas diversas instituições de ensino, e, é preciso considerar que o Brasil é um país miscigenado.

Neste contexto, demonstra-se a relevância de uma ponderação entre o critério puramente racial e critérios sociais adotados pelas políticas de cotas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as ações afirmativas, e, o questionamento acerca da viabilidade constitucional de se adotar no Brasil a política de cotas puramente raciais, ressaltando que será traçado não só o aspecto jurídico, mas também o aspecto social que permeiam as políticas afirmativas.

Traceja-se também o escopo de tais políticas públicas inserido no princípio constitucional da igualdade, de forma a aprofundar o que se entende, e o que se busca com este valor tão caro à sociedade.

No segundo capítulo a pesquisa se atém ao cenário brasileiro, realizando-se um cotejo sobre a forma as ações afirmativas foram inseridas no ordenamento pátrio, bem como, os seus avanços com o decurso do tempo. Colaciona-se como a questão foi tratada no âmbito do Legislativo, bem como, a problematização do tema até a chegada ao Superior Tribunal Federal.

É trazido os principais questionamentos e argumentos acerca das políticas raciais, analisando-os de forma crítica, bem como, o entendimento que se consolidou acerca da constitucionalidade das cotas raciais.

Por último, o terceiro capítulo trata sobre o critério social, mais especificamente quanto a questão da hipossuficiência, e a sua viabilidade e eficiência na promoção da igualdade substancial. Busca-se realizar um paralelo entre o critério racial e o critério social, e, a coexistência entre ambos como parâmetro para fazer jus a inserção do indivíduo na política afirmativa.

Questionou-se a admissão da adoção de um critério puramente racial para promoção do equilíbrio de oportunidades entre indivíduos que se encontram inseridos em um país multirracial e subdesenvolvido como o Brasil, de maneira a aclarar a eficiência e efetividade das políticas afirmativas.

Com relação às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do trabalho científico, pois o pesquisador elenca especulações que, com base em estudos e análises estatísticas, são comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras doutrinárias sobre o tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

## 1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A redução das desigualdades regionais e sociais e a erradicação da pobreza são objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, e, se extraem de diversos dispositivos constitucionais, dentre eles o 3º, incisos I, II, III e IV e art. 5º, *caput*, todos da Constituição Federal.

Veja-se o teor do princípio da igualdade disposto no *caput* do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1</sup>: Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Cumprido ressaltar que a igualdade à que se aspira não é a igualdade formal, ao revés, o Princípio da Igualdade determina que se dê tratamento igual aos que se encontram, em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os que se encontrem em situações desiguais, na medida de sua desigualdade, ou seja, deve-se aspirar a vertente da igualdade substancial ou material.

Neste sentido, o princípio da igualdade vai de encontro aos privilégios que demarcam a sociedade, de modo que não há o que se falar em vedação a adoção de tratamentos diferenciados, entre indivíduos que guardem distinções de natureza social, de sexo, profissão, entre outras, desde que o parâmetro diferenciador adotado seja razoável.

Logo, enfatiza-se o papel primordial do princípio da igualdade no cenário jurídico e social brasileiro, sobretudo em seu viés substancial, o qual deve ser de parâmetro para a atuação estatal.

A partir de tais premissas, inserem-se as ações afirmativas, as quais se tratam de um rol de políticas ou programas que pela concessão de um tratamento diferenciado, objetivam que os integrantes de determinada minoria ou grupo social passem a compor setores sociais, que hodiernamente gozam de pouca ou nenhuma representação.

Infere-se que a viabilidade constitucional das ações afirmativas no Brasil se concentra no fato de serem meios necessários para o alcance da redução das desigualdades entre os diversos grupos que compõem a sociedade, de modo a promover a integração social, e, também a igualdade material.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Posto isso, cabe trazer à baila que as expressões ações afirmativas e políticas de cotas raciais não são sinônimas. Pode-se dizer que ação afirmativa é o gênero que compreende toda e qualquer política que busque reduzir desigualdades sociais e regionais mediante a concessão de um tratamento beneficiário às minorias ou determinado grupo, enquanto as políticas de cotas raciais enquadram-se como espécie de tal gênero.

Cada espécie de programa afirmativo deve passar pelo crivo da constitucionalidade, e, neste sentido vejamos as lições de Kaufmann<sup>2</sup>:

Pode-se, então, afirmar que o princípio da igualdade não funciona, em tese, como limitador à adoção de programas afirmativos, entretanto, a constitucionalidade ou não de programas positivos não pode ser diagnosticada em abstrato, deve ser analisada no caso concreto, a partir de cada medida específica. Em princípio, sabe-se que é próprio das normas estabelecerem critérios diferenciadores entre as pessoas, desde que a eleição de tais critérios seja justificável.

*A priori*, não é simples compreender o correto sentido do direito a igualdade, haja vista que se faz necessário anteriormente verificar com precisão qual é a realidade social em que se objetiva assegurar a igualdade, e, assim qual será o fator de discriminação eleito.

Sabe-se que a igualdade entre os indivíduos é um valor raro e perquirido pelas sociedades desde a Antiguidade. Desta feita, o princípio constitucional da igualdade deve ser aplicado de modo a reconhecer as particularidades dos indivíduos e conceder um tratamento diferenciado viabilizando o amplo acesso a bens fundamentais, dentre eles a educação, ensejando em outro valor fundamental constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Acerca do princípio da igualdade, leciona Alexandre de Moraes<sup>3</sup>:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Conforme os ensinamentos do jurista supracitado, deve se atentar para a razoabilidade do fundamento eleito em um programa afirmativo, para que não ocorra o efeito reverso à que se espera, ou seja, a ampliação da desigualdade que se pretende combater, e, assim desestabilizar ainda mais as relações sociais.

---

<sup>2</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 268.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 65.

Nesse mesmo sentido, depreende-se das lições do Ministro Gilmar Mendes<sup>4</sup>, que o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que a adequação propõe a verificação da eficácia do meio escolhido para se alcançar o fim desejado; a necessidade impõe que a escolha do meio eficaz implique no menor número de restrições possíveis, ou seja, aquela que for menos gravosa aos demais indivíduos. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito procura aferir se os resultados obtidos pela medida adotada e os danos por ela causados estão dentro dos limites da razoabilidade.

No que tange a política de cotas raciais o critério de *discrímén* eleito é a raça, e, o que se busca analisar é se a eleição de tal critério de forma exclusiva, em um país miscigenado como o Brasil, é suficiente para promover a igualdade substancial.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, para ser compatível com o princípio da igualdade, o tratamento diferenciado outorgado a determinado grupo deve se justificar por haver uma correlação lógica entre o fator de *discrímén* adotado e o respectivo regramento. Porém, se inexistir esta relação de congruência lógica, a norma de inclusão será incompatível com o princípio da igualdade.

A adoção de programas com a finalidade de atender a igualdade substancial implica em inevitável restrição aos outros indivíduos, ante o tratamento privilegiado conferido aqueles que se enquadrem no critério de discriminação eleito. Assim, se faz necessário questionar se a adoção da raça como fator de *discrímén* exclusivo promove a diminuição das desigualdades.

Nesse sentido, o jurista Guilherme Pena de Moraes<sup>6</sup>, afirma:

A constitucionalidade material das ações afirmativas é submetida à análise do fator de diferenciação de tratamento, como também à avaliação da correspondência entre este e a distinção implementada, ao teor do princípio da razoabilidade. Por exemplo, malgrado a cota de até 45% para estudantes carentes oriundos da rede pública de ensino, negros e pessoas com deficiência no acesso às Universidades Públicas do Estado do Rio de Janeiro tenha sido lastreada em fator de diferenciação de tratamento individualizado, comungamos da opinião de que a norma inserida no art. 1º da Lei Estadual nº 4.151/03 é materialmente inconstitucional, uma vez que não apresenta correspondência entre aquele e a distinção implementada, de acordo com o princípio da razoabilidade, tendo as ações afirmativas na área da educação dado ensejo à “discriminação invertida” no acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, em desapeço à norma inserida pelo art. 208, inc. V da Constituição da República.

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3, ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: desequiparação proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 81.

<sup>6</sup> MORAES apud CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006, p. 158.

Assim, as ações afirmativas enquanto gênero, estão em consonância com o escopo de promoção da igualdade substancial, contudo há de se levar em consideração que a realidade social brasileira é complexa, e a eleição de um único critério, qual seja, a raça, não condiz com tamanha complexidade e diversidade.

É imprescindível que se analise minuciosamente como se colocam as ações afirmativas no mundo dos fatos, tendo sempre como parâmetro a razoabilidade e a proporcionalidade na adoção dos critérios e juízos de valor. Somente a partir dessas premissas, haverá conformidade com os direitos protegidos constitucionalmente.

## 2. A INSERÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As ações afirmativas, segundo o jurista Joaquim B. Barbosa Gomes<sup>7</sup> são: “políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades que todos os seres humanos têm direito”.

Destaca-se que a positivação das ações afirmativas no cenário nacional se deu com o advento da Lei nº 10.558/02, denominada como “Lei das Cotas”, que se trata de uma norma geral, cuja finalidade precípua é a implementação de estratégias para a promoção do acesso amplo ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos discriminados na sociedade, dentre eles cita-se: os afrodescendentes e os indígenas. Ou seja, a regulamentação deste tipo de política pública, sistema de cotas, fica a cargo do legislador estadual.

A questão da constitucionalidade da política de cotas raciais para o acesso à universidade pública chegou ao Superior Tribunal Federal no ano de 2012, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 do Distrito Federal<sup>8</sup>, proposta pelo Partido Democrata (DEM) em face da Universidade de Brasília (UNB), a qual à época reservada 20% das vagas do seu vestibular para estudantes negros, e, com o julgamento do Recurso

---

<sup>7</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p. 41. Guilherme Peña de Moraes apresenta, por sua vez, o seguinte conceito de ações afirmativas: “políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, índios, mulheres e negros...”. (MORAES, Guilherme Peña. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, 298-315, p. 300).

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>> Acesso em: 02 fev. 2019.



Extraordinário nº 597285<sup>9</sup>, acerca da casuística de um aluno do Rio Grande do Sul, o qual embora tenha alcançado nota superior às dos cotistas, fora eliminado do vestibular para o ingresso na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Em síntese, os pontos controvertidos levantados acerca da política de cotas foram: (i) adotar o critério raça em um país miscigenado como o Brasil e (ii) a situação de hipossuficiência socioeconômica dos indivíduos. Contudo, os ministros entenderam por unanimidade que as ações afirmativas são proporcionais e razoáveis ante a desigualdade histórica entre os negros e os brancos.<sup>10</sup>

Logo, entendeu a Suprema Corte<sup>11</sup> que o sistema de cotas para negros adotados pelas Universidades está em consonância com os ditames constitucionais. Porém, em que pese tenha se firmado entendimento acerca da constitucionalidade da política de cotas raciais, tais decisões não solucionam questões sociais de suma importância.

Neste contexto, verifica-se a ausência de critérios objetivos para a aferição do preenchimento dos requisitos para saber quem serão os beneficiários do sistema de cotas, gerando assim total insegurança e descrédito do sistema de inclusão.

Outrossim, a adoção de ações afirmativas tendo como critério exclusivo a raça, restringe de forma errônea o escopo dessas políticas públicas de inclusão, o qual é muito mais amplo do que as desigualdades relacionadas unicamente à raça.

O que se busca enfatizar é a ideia de que as políticas de inclusão devem ter como objetivo precípuo as pessoas que se inserem em grupos vitimados pela exclusão socioeconômica, independentemente se a causa dessa exclusão seja advinda do passado ou o presente.

Desde logo, critica-se a ineficiência do sistema de cotas para solucionar efetivamente a causa da desigualdade que se apresenta de forma categórica no Brasil. A política atinge o resultado da desigualdade e não a sua causa, tendo em vista que o indivíduo permanece dependente de ações governamentais para o acesso efetivo de seus direitos sociais.

Esmiúça-se de forma crítica as causas de discriminação e a viabilidade das soluções propostas para a sua erradicação. Isso porque, se o objetivo primordial das políticas afirmativas é a inclusão das minorias discriminadas da sociedade, de modo a conceber uma composição

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 597.825*, do Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>> Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Publicado acórdão de ADPF sobre cotas raciais na UnB*. Notícia STF, 21 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>> Acesso em: 29 mar. 2019.

<sup>11</sup> *Ibid.*

mais igualitária, deve-se ter também como direcionamento a questão da desigualdade econômica que segrega e restringe o campo de oportunidades dos cidadãos brasileiros.

Assim, ao examinar os critérios passíveis de indicar uma legítima desequiparação na lei entre indivíduos que compõe uma mesma sociedade, primeiro deve-se ter como parâmetro a vedação imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro a discriminação em qualquer forma, e, especificamente a de origem, raça, sexo, cor e idade. Segundo, o *discrímén* legal eleito deve, portanto, promover a igualdade substancial prevista na Constituição Federal.

Vislumbra-se assim a precariedade e insegurança em eleger o critério racial para promoção de inclusão de minorais e erradicação de desigualdade, tendo em vista a realidade histórica segregacionista brasileira.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>12</sup> leciona de forma acertada como o fator *discrímén* deve ser escolhido:

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

A miscigenação é característica da sociedade brasileira, por diversos fatores, dentre eles: a presença dos povos indígenas; a colonização do país pelos portugueses; o histórico escravocrata, e, a chegada dos imigrantes. Ou seja, a diversidade cultural e racial brasileira se trata de uma herança.

Diante de tamanha dificuldade em aplicar o critério racial, verifica-se que as Instituições promovem os seus concursos e vestibulares através da autodeclaração, a qual cinge-se em uma manifestação unilateral do próprio candidato, se autodeclarando negro ou pardo. Ora, é inegável tamanha insegurança e subjetividade deste sistema.

Constata-se ainda que no Brasil a regra no sistema de avaliação para ingresso nos cursos de ensino superior é o critério meritório, o que significa dizer que são avaliados os conhecimentos do aluno, por meios objetivos que impedem que o critério de raça seja considerado em sua admissão. Em outras palavras, a causa de discriminação não está no processo seletivo e

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípio da Isonomia: desequiparação proibidas e desequiparações permitidas*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 41.

ingresso, seja para o ensino superior, seja para um concurso a cargo público, mas sim em questões histórico-sociais e educacionais pertinentes no país.

Com relação as ações afirmativas, deve-se atentar para que a discriminação positiva não gere o efeito contrário que se pretende, ou seja, ao invés de promover a igualdade material, se crie mais desigualdades ante a não observância do limite necessário ao reestabelecimento do equilíbrio social entre os indivíduos.

Conforme elucida Alexandre Vitorino Silva<sup>13</sup>:

A situação, de fato, contém um paradoxo, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material e aplicar um critério de justiça distributiva capaz de reverter, no plano dos fatos, os efeitos presentes de uma discriminação pretérita, a solução aventada é a de reduzir as chances de acesso de integrantes da maioria, pelo simples fato de pertencerem a ela. Com isso, há no mínimo uma aparente violação ao princípio da igualdade formal, que precisa ser analisada no caso concreto segundo o mecanismo de ponderação de princípios para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade.

Neste contexto, as medidas de discriminação positiva para que sejam legítimas devem ser dotadas de temporariedade e especialidade, com o objetivo específico de eliminar uma certa desigualdade social existente entre o grupo majoritário e a minoria cuja inclusão se pretende promover.

Pelo exposto, o critério exclusivamente racial de política de cotas suscita controvérsias que não podem ser ignoradas, visto que a divisão entre os indivíduos pela raça cria ínsita por si só discriminação e preconceito segregacionista.

Desta feita, para que se considere constitucional a implantação do sistema de ações afirmativas deve haver uma adequação entre o fim almejado e o instrumento proposto, e, deve ser necessária a implantação de tal sistema, por não haver outro meio menos oneroso a direito individual e proporcionalidade estrita.

Ressalta-se que o estabelecimento de cotas como um todo deve possuir um caráter paliativo, pois de longe soluciona o problema in concreto que afeta a sociedade, qual seja, a desigualdade social e racial. Logo, somente se constata a validade de um sistema de ação afirmativa se este for temporário e se limitar ao grupo que se pretende conceder inclusão. Para as gerações futuras, somente se vislumbra a desnecessidade desses sistemas de inclusão, quando houver meios que propiciem o exercício pleno dos direitos sociais de todas as camadas integrantes da sociedade, independente da raça ou classe social que venham a pertencer.

---

<sup>13</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002, disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

### 3. A DESIGUALDADE SOCIAL COMO JUSTIFICATIVA PARA O SISTEMA DE COTAS

Ao longo da discussão acerca do princípio da igualdade e seus consectários, bem como a viabilidade constitucional do sistema de ações afirmativas e as controvérsias acerca da política de cotas raciais, pretende-se elencar e resgatar a essência do instituto das ações afirmativas, tendo como pressuposto as desigualdades sociais.

Cardoso<sup>14</sup> considera que as desigualdades sociais, tendo em vista as diferenças educacionais, econômicas e culturais, justificam as políticas de ações afirmativas. Assim, essas ações são medidas de caráter social que possibilitariam a igualdade de oportunidade e colocariam em condição igualitária os indivíduos de uma sociedade e o acesso aos direitos e garantias fundamentais.

Há duas teorias que se destacam para justificar a adoção das políticas afirmativas: a Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva.

Guilherme Pena<sup>15</sup> ensina:

Para a Justiça Compensatória as desvantagens competitivas atualmente verificadas entre os afrodescendentes são produto das discriminações ocorridas no passado. Assim, propõe a adoção de medidas favoráveis aos indivíduos que sofreram essas discriminações com o fim de reequilibrar as relações sociais, isto é, tal teoria tem por escopo a reparação a um dano ocorrido no passado em relação aos membros de determinado grupo, no caso em análise os afrodescendentes, com o fim de reequilibrar as relações sociais.

Infere-se que pela justiça compensatória, as cotas raciais seriam um instrumento para reparação de uma dívida histórica advinda da escravidão. Ou seja, seria meio necessário para reconduzir os negros ao patamar que estariam caso não houvessem sido submetidos a anos de escravatura e discriminação.

Contudo, cabe salientar que essa teoria mostra-se insuficiente quando se analisa o atual contexto de desigualdade social e econômica que marca o Brasil. Outrossim, a real situação dos negros não decorre somente do fator racial e do preconceito, mas sim de toda uma conjuntura socioeconômica.

---

<sup>14</sup>CARDOSO, C. B. *Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão*. 2008. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Educação da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil, 2008.

<sup>15</sup> MORAES, Guilherme Pena de. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. JusPodivm, 2006, p. 143.

Logo, a identificação dos reais beneficiários de um programa compensatório é fundamental para que não se atinja um resultado diverso daquele que se espera, e, viole ainda mais a igualdade substancial entre os indivíduos.

Camargo<sup>16</sup>, traz o conceito acerca da Teoria da Justiça Distributiva, veja-se:

A Teoria da Justiça Distributiva tem por fundamento uma redistribuição proporcional de bens, direitos e responsabilidade entre os indivíduos, propondo uma distribuição do ônus na promoção da igualdade substancial a todos os membros da sociedade. Assim, a justiça distributiva propõe a distribuição de benefícios e incentivos aos menos favorecidos, concedendo-lhes um tratamento privilegiado em detrimento da camada social mais favorecida, que, por sua vez, deve arcar com o ônus decorrente deste incentivo.

Desta feita, verifica-se que a Teoria da Justiça Distributiva fundamenta a política de ações afirmativas, na medida em que vai ao encontro da promoção de igualdade material, ao defender a igualdade de oportunidades e reconhecer as desigualdades sociais, bem como a responsabilidade do Poder Público na distribuição do acesso aos direitos fundamentais.

Com o advento da Lei Federal nº 12.711/12<sup>17</sup>, tornou-se obrigatório a reserva de vagas para alunos egressos de escolas públicas, de baixa renda e autodeclarados pretos, pardos ou indígenas nas instituições federais de ensino superior e ensino técnico. Verifica-se um grande avanço, quando se compara as primeiras experiências de políticas de cotas no Brasil.

Isso porque, a nova lei traz critérios objetivos baseado nas desigualdades socioeconômico-financeiras dos indivíduos, o que se mostra acertado ante a complexidade social e racial predominante no país. Outrossim, a real situação dos negros não decorre somente do fator racial e do preconceito, mas sim de toda uma conjuntura socioeconômica.

É essencial que se leve em consideração a desigualdade de renda que permeia a sociedade, a qual desencadeia no desequilíbrio ao acesso as oportunidades, que atingem tanto os cidadãos brancos, quanto os cidadãos negros de forma indistinta.

Cabe frisar que não se nega a existência do preconceito racial e dos malefícios do período da escravidão, porém não cabe ao instituto das ações afirmativas sanar o problema do racismo da sociedade. A seleção do critério racial materializa-se em a chamada discriminação reversa.

Em relação as chamadas cotas sociais, estas dão relevância ao aspecto da hipossuficiência econômica, convergindo assim com os ideais de justiça e igualdade material. Além disso,

---

<sup>16</sup> CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006. Capítulo VII, p. 150.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei nº. 12. 711*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

a eleição de critérios objetivos, fomentam a transparência necessária a qualquer política pública estatal, propiciando a segurança jurídica que se espera em qualquer certame.

Observa-se que todo e qualquer programa de políticas públicas, especialmente as ações afirmativas, não estão isentos de adequações com o decurso do tempo e as mudanças sociais, deve-se atender sempre a razoabilidade. As ações afirmativas devem se vincular a outros programas de implantação do acesso aos direitos sociais, de modo que com o tempo seja cessada a sua aplicação, por se tornar desnecessária.

Neste mesmo raciocínio, se encontra a necessidade da medida, que deve beneficiar de forma temporária e especial um determinado grupo minoritário, propiciando a igualdade deste com o grupo da maioria, se alicerçando assim as bases da igualdade social em sua plenitude.

Em outras palavras, o que se deve perquirir sempre é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos de forma indistinta. As ações afirmativas em sentido amplo, se configuram como instrumentos necessários para o alcance da almejada igualdade material, devendo ser aplicadas de forma razoável e proporcional, até que se tornem desnecessárias.

## CONCLUSÃO

A pesquisa exposta objetivou verificar de que forma os critérios de *discrímén* eleitos nas ações afirmativas, em sua especialidade cotas raciais, podem se coadunar com o Princípio da Igualdade em seu viés material previsto na Constituição Federal. Pretendeu-se aferir se o critério puramente étnico-racial promove efetivamente a igualdade de oportunidades entre os indivíduos inseridos no contexto socioeconômico brasileiro.

Inicialmente, ressaltou-se o contexto em que se inserem as ações afirmativas e a sua viabilidade no Estado Democrático Brasileiro. Necessariamente, abordou-se o escopo fundamental do instituto, qual seja, o alcance e a efetividade do Princípio da Igualdade em seu viés material.

A tomada de conhecimento desses aspectos iniciais e gerais sobre as ações afirmativas revelou-se possível diante da Constituição que vigora no ordenamento jurídico pátrio e o princípio da igualdade contido nele.

Buscou-se, ainda, realizar um paralelo para demonstra que, as ações afirmativas enquanto gênero, estão em consonância com o escopo de promoção da igualdade substancial, contudo há de se levar em consideração que a realidade social brasileira é complexa, e a eleição de um único critério, qual seja, a raça, não abarca tal complexidade. Assim, atenta-se para a razoabilidade do fundamento

eleito em um programa afirmativo, para que não cause o efeito reverso, ou seja, a ampliação da desigualdade.

Ato contínuo, pretendeu-se demonstrar o cenário em que se inserem as ações afirmativas no Brasil. Realizando um panorama geral, desde a origem das ações afirmativas pelo advento da Lei nº 10.558/2002, até a chegada da questão no Superior Tribunal Federal para avaliação da constitucionalidade do objeto da lei.

A partir destes fatos, passou-se a centralizar os apontamentos das ações afirmativas no que tange ao contexto socioeconômico brasileiro. Dessa forma, ponderou-se a questão da razoabilidade, proporcionalidade e adequação do critério racial como sendo exclusivo para a política de cotas.

Assim, não obstante seja legítima a implantação de tais programas de inclusão no Brasil por hora, deve-se buscar para as gerações futuras meios que propiciem o exercício pleno dos direitos sociais de todas as camadas integrantes da sociedade, tornando àqueles desnecessários.

Já no terceiro capítulo abordou-se as teorias que justificam a aplicação das cotas raciais, a Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva, relatando a insuficiência da Teoria da justiça compensatória, e por sua vez, a consonância da Teoria da justiça distributiva com o ordenamento jurídico pátrio.

Destacou-se a eleição de um critério de *discrímén* que esteja em a par do princípio da igualdade, sob pena de distribuição desproporcional de benefícios e correspondente ônus, já que a situação social dos afrodescendentes no Brasil não se explica somente pelo fator racial, mas também por questões socioeconômicas.

Ao eleger exclusivamente a raça como critério de escolha dos beneficiários das ações afirmativas na modalidade cota racial, alcança-se uma discriminação reversa, uma vez que há outros indivíduos na mesma situação socioeconômica precária e que também precisam de uma política afirmativa inclusiva, que reestabeleça o equilíbrio e a igualdade material.

Por fim, no terceiro capítulo concluiu-se pelo fundamento acertado das desigualdades sociais para justificarem as ações afirmativas, elencando o advento da Lei 12.711/2012, a qual promove as chamadas cotas sociais, que elege critério objetivos de aferição para os beneficiários das ações afirmativas.

Sendo assim, restou inequívoca para esta pesquisadora a necessidade e a legitimidade das ações afirmativas no Brasil, haja vista a realidade desigual que predomina na sociedade. Contudo, o sistema de cotas que utiliza o critério *discrímén* racial de forma exclusiva vai de encontro a busca pela promoção do princípio da igualdade material. Isso porque, ponderar a questão da hipossuficiência econômica dos indivíduos é determinante para minimizar as desigualdades em um país multirracial.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- CARDOSO, C. B. *Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Educação da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil, 2008.
- CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social*. A Experiência dos EUA. Renovar; Rio de Janeiro/São Paulo, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 10.558*, de 2002, de 13 de novembro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10558.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10558.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 12. 711*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Notícias STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Acesso em: 17 abr. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 597.825*, do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>> Acesso em: 17 fev. 2019.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípio da Isonomia: desequiparação proibidas e desequiparações permitidas*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Guilherme Pena de. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2008.



PENA, Marcelo Raposo Guimarães. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade: a questão das cotas raciais nas universidades públicas*.30f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro– EMERJ, Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, Marina Jacob Lopes da. *Igualdade e ações afirmativas sociais e raciais no ensino superior: o que se discute no STF?*.97f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito)-Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2009.

SILVA, Alexandre Vitorino. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002, disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 05 mar. 2019.