



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL



**AÇÕES AFIRMATIVAS SEGUNDO A SUPREMA CORTE AMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL¹**

Amanda Oliveira de Souza²

Francisco de Salles Bezerra Farias Neto³

Marco Ângelo Soto Vianna⁴

Coordenador do artigo: Prof. Dr. Edival Braga⁵

Trabalho escrito com finalidade de avaliação na Disciplina de Processual Constitucional, ministrada pelo Professor Dr. Edival Braga.

Resumo: Este artigo científico tem como objetivo o estudo de casos sobre questões raciais julgados pela Corte Norte-Americana e pelo Supremo Tribunal Federal, também sob a ótica das ações afirmativas. Primeiramente, serão expostos a origem e o conceito das ações afirmativas, ponderando a sua relação com as questões raciais, bem como será explanado o histórico das decisões dos órgãos mencionados, com enfoque especial nos fundamentos utilizados para firmar o entendimento de ambas as cortes judiciais, por meio de uma análise crítica de tal fundamentação.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Cotas raciais. Supremo Tribunal Federal. Suprema Corte Americana.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Histórico de decisões da Suprema Corte Norte-Americana sobre questões raciais e ações afirmativas; 3.1 *Roberts vs City of Boston*; 3.2 *Plessy vs Ferguson*; 3.3 *Brown vs Board of Education of Tapeka*; 3.4 *DeFunis vs Odegaard*; 3.5 *University of California vs Bakke*; 3.6 *Grutter vs. Bollinger*; 3.7 *Fisher v. University of Texas*; 4. Evolução histórica das ações afirmativas nos Estados Unidos

¹ O artigo passou por uma revisão gramatical realizada pelo ChatGPT em 2026, revisão somente gramatical, de modo que foi mantida a originalidade do conteúdo do artigo.

² Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR.

³ Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR.

⁴ Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR.

⁵ Professor de Direito Processual Constitucional da Universidade Federal de Roraima - UFRR



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**



até meados da década de 70 e contexto atual; 5. O entendimento do Supremo Tribunal Federal; 6. Referências bibliográficas.

Abstract: This scientific article aim to study racial issues cases judged by Supreme Court of the United States and by Supreme Court of Brazil, also with the perspective of affirmative action. Firstly will be exposed the



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**



origin and concept of affirmative action, considering the relation with racial issues, besides will be explained the historic of the court's decisions mentioned above, focus on arguments used by them to establish the interpretation of both courts, through critical analysis about the argumentation.

Keywords: Affirmative actions. Racial quotas. Supreme Court of Brazil. Supreme Court of the United States.

1 INTRODUÇÃO⁶

As ações afirmativas têm origem estrangeira, sendo que a grande maioria dos doutrinadores aponta como origem os Estados Unidos, conquanto haja quem as remonte à Índia e à África do Sul. Tais países têm em comum, assim como o Brasil, a diversidade racial entre os povos e, principalmente, os contrastes sociais atribuídos aos diferentes tipos de raças, sobretudo entre brancos e pretos.

A origem americana das ações afirmativas, dominante na doutrina especializada por ser após o estabelecimento neste país que o referido instituto ganhou força em outras fronteiras, traz como marco inicial a possibilidade de reparação de danos oriundos de discriminação de empregador para com empregados sindicalizados ou líderes sindicais. Tal legislação data de 1935, por meio de normatização trabalhista, mostrando-se bastante restrita e não tendo o viés racial, caso a comparemos com o que conhecemos por ações afirmativas nos dias de hoje.

Por outro lado, os defensores da origem indiana se apoiam no art. 16 da Constituição Indiana, mais especificamente na quarta parte desse dispositivo. Já em 1949, a lei máxima da Índia trazia disposição sobre a reserva de vagas na administração pública, em institutos de ensino e na representação política para as castas historicamente desfavorecidas, como podemos observar:

Art. 16, parte 4: "Nada neste artigo deve impedir o Estado de fornecer a reserva de compromissos ou postos em favor de qualquer classe desfavorecida de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representadas nos serviços públicos."
(tradução livre);

Parte 4A: "Nada neste artigo deve impedir o estado de fornecer a reserva em matéria de promoção para quaisquer tipos de postos nos serviços estatais em favor das castas e tribos

⁶ COMO ELABORAR UM ARTIGO. Disponível em <http://www.fundec.edu.br/unifadra/dpe/arquivo/Modelo_de_Artigo_Cientifico.pdf>. Acesso em: 22/07/2016



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**



incluídos as quais, na opinião do estado, não estão adequadamente representadas nos serviços públicos.” (tradução livre)

Parece-nos que tal dispositivo já capta e positiva exatamente a essência do que entendemos hoje por ações afirmativas, que só viria a chegar nestes sentidos aos Estados Unidos na década de 1960. Assim, parece-nos que a origem de fato das ações afirmativas se dá na Índia, entendimento defendido por Carlos Moore Wedderburn:⁷

“O conceito de ação afirmativa originou-se na Índia imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, ou seja, bem antes da própria independência deste país. Em 1919, Bhimrao Ramji Ambedkar (1891-1956), jurista, economista e historiador, membro da casta ‘intocável’ Mahar propôs, pela primeira vez na história, e em pleno período colonial britânico, a “representação diferenciada” dos segmentos populacionais designados e considerados como inferiores”.

Em contrapartida, o termo “ações afirmativas” parece-nos, de fato, ter origem norte-americana, aparecendo no mundo do direito durante a década de 60 e a partir daí se espalhando para outras fronteiras. Em regra, na Europa se utiliza o termo “discriminações positivas”, mas no Brasil o instituto foi absorvido com o termo utilizado nos Estados Unidos.

2 CONCEITO

Entendemos por ações afirmativas a série de políticas públicas realizadas pelo governo ou pela iniciativa privada que, mediante tratamento preferencial àqueles que historicamente foram desfavorecidos, buscam corrigir as desigualdades raciais existentes em nossa sociedade.

A título de enriquecimento do trabalho, citamos o conceito dado por Carmen Lúcia, Ministra do Supremo Tribunal: “ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.

3 HISTÓRICO DE DECISÕES DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA SOBRE QUESTÕES RACIAIS E AÇÕES AFIRMATIVAS

⁷ Carlos Moore Wedderburn: Livro – Ações Afirmativas e Combate ao Racismo na América Latina – pág. 314.



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



A questão racial nos Estados Unidos sempre foi motivo de intensos debates e combates, principalmente no que tange a brancos e negros. Era bastante comum haver bairros apenas para negros morarem, as duas raças serem separadas do convívio em escolas, o diferente modo de tratamento por parte de autoridades, tendo os negros como parte marginalizada e prejudicada.

As questões raciais nos Estados Unidos são históricas, advêm desde antes da independência americana e continuaram com a sua independência, sendo que o principal conflito interno no país, por exemplo, teve forte viés racial, com a questão da continuação da escravidão dos negros, defendida pelos estados do sul, e a abolição, defendida pelos estados do norte.

Em âmbito jurídico, o judiciário norte-americano começa a proferir decisões importantes acerca das questões raciais em meados do século XIX, antes mesmo da grande guerra civil americana, a chamada Guerra de Secessão, onde a questão racial, como já mencionado acima, esteve fortemente presente.

3.1 Roberts vs City of Boston

O caso Roberts vs City of Boston é um dos mais importantes e influentes no tocante a questões raciais em toda a história americana. Na verdade, o caso é marcado por dar origem a uma doutrina que iria imperar nas cortes americanas por mais de meio século, a chamada “separate but equal”.

Caso que data do século XIX – ano de 1859 –, a decisão tomada pela Suprema Corte Norte-Americana se mostra totalmente absurda do ponto de vista atual de nossa sociedade. O fato gira em torno da não admissão de uma criança negra em uma escola exclusiva de brancos (all-white school) e a lesão ao princípio da igualdade trazido pela Constituição americana.

Ocorre que a Suprema Corte Norte-Americana indeferiu o pedido de Roberts, considerou como válida a separação de estabelecimentos por raça, fato completamente absurdo na óptica contemporânea, mas que mostrava o pensamento dominante e segregador da época.

Como já mencionado acima, tal decisão deu origem a doutrina “Separate but Equal”, a Suprema Corte tornava válida a segregação entre raças, ou melhor, a separação das raças. Argumentavam que tal situação não desrespeitava a Constituição Americana, contanto que os serviços e instalações disponibilizadas aos negros fossem iguais aos disponibilizados aos brancos, conforme nos ensina o professor André Ramos Tavares⁸:

Como se traduz do próprio nome, tal doutrina aceitava a separação, o isolacionismo das raças, porém, com a imposição de que os serviços prestados a cada uma

⁸ Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003 – pág. 295.



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



seriam os mesmos, é dizer, que os serviços prestados à raça negra deveriam possuir a mesma qualidade daqueles prestados à raça branca (grifo nosso).

3.2 Plessy vs Ferguson

Se *Roberts vs. City of Boston* foi responsável pela origem da doutrina “Separate but Equal” (Separados, mas iguais), o caso que dá nome ao tópico foi o responsável pelo estabelecimento dessa teoria separatista e segregacionista.

O caso *Plessy vs Ferguson*, 1896, sofreu influência do caso *Roberts vs City of Boston*, sendo este, inclusive, citado na hora da decisão daquele. A Suprema Corte reiterou que a separação entre as raças era válida, buscando o bem estar social.

O caso em questão se dá pela já aplicação da política do “Separate but Equal”. No estado de Luisiana, foi editado estatuto que delimitava vagões próprios para brancos e específicos para negros, não podendo haver mistura dentro dos estabelecimentos. A Suprema Corte decidiu que *Plessy* não tinha o direito de usar o vagão destinado aos brancos, validando o estatuto da Luisiana e mantendo o repugnante isolacionismo racial.

3.3 Brown vs Board of Education of Tapeka

A deplorável política do “Separate but Equal” perdurou por mais de meio século após o seu estabelecimento definitivo, com o caso *Plessy vs Ferguson*. No entanto, esta doutrina estava próxima a ser finalmente superada e isso se deu com o caso “*Brown vs Board of Education of Tapeka*, em 1954.

Antes de abordarmos o caso, convém destacar a importante década de 50 e a incessante busca por direito civis por parte da população negra, diante das escandalosas desigualdades raciais presente na sociedade americana. Os movimentos reivindicatórios iriam influenciar de forma vital as decisões da Suprema Corte e a legislação norte-americana que se sucedera.

Destacado isso, o caso em questão apresenta semelhança com o famoso *Roberts vs City of Boston*, uma vez que foi oriundo da possibilidade de negação de acesso à crianças negras em determinadas “all-white school”⁹. Convém destacar que tal caso é uma junção de uma série de cinco processos semelhantes¹⁰, referentes à segregação racial ao acesso de instituições de ensino.

⁹ “All-white school” é o termo utilizada para se referir a escolas exclusivas para pessoas de cor branca.

¹⁰ “The case that came to be known as *Brown v. Board of Education* was actually the name given to five separate cases that were heard by the U.S. Supreme Court concerning the issue of segregation in public schools. These cases were *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Boiling v. Sharpe*, and *Gebhart v. Ethel*. While the facts of each case are different, the main issue in each was the constitutionality of state-sponsored segregation in public schools. Once again, Thurgood Marshall and the NAACP Legal Defense and Education Fund handled these cases”



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



Entretanto, desta vez, o resultado foi diferente, tendo decidido a Suprema Corte pela possibilidade de inscrição de pessoas negras em escolas que antes eram reservadas apenas aos brancos. A política do “Separate but Equal”¹¹, enfim, chegava ao fim e em seu lugar surgiu a “Treatment as an Equal”¹².

Buscava-se a igualdade material entre as raças, a inclusão de uma minoria reprimida e segregada historicamente. A Suprema Corte passava a ter o entendimento que mais tarde daria o pontapé inicial para o que conhecemos hoje por ações afirmativas. Tão importante quanto, marcava o fim, pelo menos em teoria, da separação de raças.

A partir desta importante decisão, a doutrina do “Treatment as an Equal” passa a imperar dentro dos corpúsculos decisórios da Suprema Corte.

3.4 DeFunis vs Odegard

Com o estabelecimento da política do “Treatment as an Equal”, as ações afirmativas finalmente tomaram corpo semelhantes ao que conhecemos nos dias de hoje. Um profundo avanço na legislação americana foi realizado, as ações afirmativas cada vez mais foram se fazendo presente no cenário jurídico-social norte-americano.

Por todo o país foram criados meios de inclusão racial, sobretudo cotas reservando vagas em estabelecimentos de ensino superior e em seleção de serviços públicos. Tal situação almejava a igualdade material entre brancos e negros, mas não deixou de gerar conflitos para com outras minorias.

Um desses conflitos resultou no caso DeFunis vs Odegard, em que um judeu, DeFunis, entrou com ação reivindicando a admissão na Universidade de Washington, alegando estar sendo discriminado pelos critérios de admissão implementado pela Universidade. O estabelecimento de ensino superior reservava certa quantidade de vagas para pessoas negras, algo que fora visto por DeFunis como injusto e discriminatório, uma vez que o mesmo possuía excelentes notas, suficientes para admissão caso fosse negro, mas insuficiente para o acesso sendo branco e judeu.

O caso não chegou a ser julgado pela Suprema Corte, DeFunis conseguiu admissão por decisão oriunda de 1º instância, decidindo a máxima corte por rejeitar o processo, uma vez que sua decisão não teria efeito no fato concreto, pois o mesmo já se encontrava no segundo ano de faculdade. Mesmo assim, destaca-

(Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acessado em 13/08/2016).

¹¹ Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set 1996 – pág. 286.

¹² “tipo de doutrina permitia a adoção de políticas públicas ou privadas que tratassem de forma diferente aqueles que, de fato, eram diferentes: essencial para efetivamente combater a discriminação” (Prof. André Ramos Tavares - Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003 – pág. 295)



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



se que a Suprema Corte de Washington decidiu pela constitucionalidade da política de reservas de vagas raciais, mas não chegou a gerar efeitos contra Marco DeFunis, pois sua vaga na Universidade já havia sido assegurada.

Por fim, destaca-se que este foi um dos últimos casos em que as cortes americanas optaram por validar e manter as cotas raciais reservadas aos cargos de funcionários públicos e a admissão à entidades de ensino superior.

3.5 University of California vs Bakke

Emblemático precedente na história da jurisdição constitucional americana, o caso **Regents of the University of California vs. Allan P. Bakke**, de 1978, originou-se da inadmissão deste em processo seletivo para o curso de Medicina daquela academia. No caso, havia reserva rígida de 16% (dezesesseis por cento) das vagas segundo critérios raciais.

A insatisfação de Allan Bakke culminou no acionamento da estrutura judiciária da Califórnia, atingindo o ápice dentro da Justiça local no julgamento procedido pela Suprema Corte do Estado em 1976. Na ocasião, maioria de 6 a 1 deliberou pela inconstitucionalidade da determinação de cotas étnicas para admissão em cursos superiores, enxergando violação à Cláusula de Proteção da Igualdade, insculpida na Emenda Catorze da Constituição Americana e no **Civil Rights Act**, de 1964.

A grande repercussão jurídica e política do caso ensejou a admissibilidade do recurso interposto junto à Suprema Corte Norte-Americana.

Em julgamento histórico e controvertido no qual seis diferentes teses foram sustentadas pelos ministros, formou-se maioria em torno de solução (*plurality opinion*) apresentada pelo relator Lewis Powell, para quem a diversidade na sala de aula deveria ser considerada um interesse precípua do Estado, de modo que o uso de critério racial estava de acordo com Cláusula de Proteção da Igualdade, sendo lícitas ações afirmativas. Todavia, reputou-se o formato de reserva de vagas excessivamente rígido, donde inconstitucional, julgando-se a causa favoravelmente a Allan Bake.

O relator foi seguido pelos ministros Warren Burger, Potter Stewart, William Rehnquist e John Stevens, formando apertada maioria de 5 a 4. Contudo, mesmo os magistrados dissidentes manifestaram-se em sintonia quanto ao entendimento de que ações afirmativas, quando admissíveis, sujeitam-se ao escrutínio judicial para aferição de sua legitimidade.

O julgamento desencadeou repercussões relevantes, influenciando jurídica e politicamente as cortes



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



inferiores e até mesmo do exterior. No plano político, conduziu a Universidade da Califórnia a uma revisão dos critérios de seleção discente e influenciou no referendo estadual que banuiu o uso de raças como paradigma de admissão acadêmica.

O protagonista, Allan Bakke, formou-se em 1982, atuando como médico anestesista numa clínica em Minnesota.

3.6 Grutter vs. Bollinger

Vinte e cinco anos após *University of California vs. Bakke*, a Suprema Corte norte-americana voltou a se debruçar sobre ações afirmativas. O caso *Barbara Grutter v. Lee Bollinger, et al.* veiculava a pretensão de uma candidata a vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan em face daquela academia, representada na lide por seu reitor.

A despeito do precedente mencionado, a processo seletivo promovido em Michigan não adotava o rígido critério de cotas raciais, mas complexo mecanismo de fundo étnico que envolvia mesmo entrevistas individuais. Inadmitida no certame, Grutter acionou a primeira instância distrital, que declarou a inconstitucionalidade do programa universitário.

Em sede recursal, a Corte de Apelação local deu provimento ao apelo dos administradores da universidade, tomando-se como norte o precedente de 1978 sobre a constitucionalidade de ações afirmativas. Em seguida, o caso foi levado à apreciação da Suprema Corte do país, que o admitiu para julgamento.

Cabe trazer à colação memorável declaração da ministra Sandra Day O'Connor, ao votar pela ratificação da decisão de segundo grau, afirmando que “a medida por ora é cabível, provavelmente vindo a se tornar ilegal daqui 25 anos”, por se referir ao instituto da inconstitucionalidade progressiva, também reconhecido no direito brasileiro.

Foi esse o entendimento que prevaleceu, em apertada maioria, acolhendo-se os argumentos da Universidade de Michigan no sentido de que os critérios raciais adotados no programa concorriam positivamente para a formação de uma massa crítica acadêmica, devido aos prós de um ambiente escolar mais plural e integrador.

Assim, o órgão judiciário de cúpula americano ratificou a coerência de ações afirmativas com o sistema jurídico local, não se podendo olvidar, todavia, que não se tratava o caso de reserva rígida de vagas – cotas.

3.7 – Fisher v. University of Texas



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



Afinal, inescapável pontuar recentíssimo julgado da Suprema Corte Norte-Americana, proferido em 2016, decorrente da irresignação de Abigail Noel Fisher pela sua reprovação em seletivo promovido pela Universidade do Texas em Austin, que adotava critérios étnicos.

O caso guarda enorme similaridade com o anteriormente perquirido, tendo o demandante sustentado violação à Cláusula de Proteção da Igualdade. No âmbito do judiciário distrital, foi reconhecida a legalidade do programa, tendo em vista a as premissas assentadas no julgamento compatível com as premissas do caso *Grutter v. Bollinger*.

Após idas e vindas do processo entre os diferentes graus de jurisdição norte-americanas, em decorrência de vícios processuais, foi promovido seu julgamento de mérito pela Suprema Corte em 2016, restando vencedora a instituição universitária por 4 a 3, graças aos votos favoráveis dos ministros Anthony Kennedy, Stephen Breyer, Ruth Ginsburg e Sonia Sotomayor.

O resultado foi bastante inesperado e foi influenciado pela composição incompleta do Tribunal, tendo em vista o falecimento do ministro conservador Antonin Scalia e a declaração de impedimento de Elena Kagan, por ter atuado no programa de políticas raciais do presidente Barack Obama.

Em nome da maioria, o ministro Anthony Kennedy disse que o interesse justificador da consideração de critérios étnicos de admissão acadêmica não é o de matricular determinado percentual de alunos de uma minoria racial. “Em vez disso, a universidade pode instituir um programa de admissões racialmente consciente como um meio de obter os benefícios educacionais decorrentes da diversidade do corpo discente”.

Por outro lado, Clarence Thomas, ministro famoso por seus posicionamentos conservadores, consignou: “Escrevo separadamente para reafirmar que o uso da raça pelo estado, em decisões sobre admissões no ensino superior, é categoricamente proibido pela Cláusula da Proteção da Igualdade (...) A Constituição abomina classificações baseadas em raça, porque todas as vezes que o governo coloca os cidadãos em registros raciais e torna a raça relevante nas provisões de encargos ou benefícios, ele deprecia a todos nós”, afirmou.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS ATÉ MEADOS DA DÉCADA DE 1970 E CONTEXTO ATUAL

Mesmo com a precedência indiana, foi a partir das decisões e avanços norte-americano que o tema ganhou grande destaque e que as ações afirmativas passaram a ter caráter cada vez mais universal,



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



extrapolando fronteiras e chegando aos países da América Latina, inclusive o Brasil.

Desta forma, analisaremos a evolução do que seria o entendimento de ações afirmativas na legislação norte-americana, a começar por 1935, data onde se diz ter originado o que chamamos hoje de “ações afirmativas”, mas que, como já mencionado acima, possuía um caráter bem restritivo, voltado para reparação de discriminações trabalhistas envolvendo o sindicato, sem o viés racial que conhecemos.

A década de 50 é um marco importantíssimo para a evolução das ações afirmativas. Este período fora marcado por intensas ondas de protestos e busca de direitos civis por parte da população afro-americana.

Existia intensa segregação entre a população de cor branca e a de cor preta; os casamentos raciais eram proibidos, havia estabelecimentos de ensino e comerciais próprios para cada raça, não podendo a outra adentrar nos mesmos. Os afro-americanos possuíam condições sociais muito inferiores à população branca, e a luta pela igualdade material crescia a cada dia.

Em 1961, com a promulgação da Ordem Executiva 10.925, pelo então Presidente John F. Kennedy, há uma abrangência no desenvolvimento das ações afirmativas, agora se tem a tentativa de impedir a discriminação e não somente reparar o dano causado. A partir deste momento, legalmente é proibida a discriminação racial na seleção de empregados onde haja investimento federal.

Entretanto, é em 1965 que o instituto ganha o nome de “affirmative action”, através da promulgação da Ordem Executiva 11.246, realizada pelo Presidente Lyndon Johnson, e que passa a ter entendimento similar ao que temos hoje. As ações afirmativas seriam meios de favorecimento das minorias raciais; buscava-se, assim, a igualdade de fato e a inclusão das minorias.

A partir deste momento, um número cada vez maior ações afirmativas são criadas, reservava-se uma porcentagem de vagas, de acordo com a raça, para o ingresso ao ensino superior e contratação de empregados em que houvesse financiamento de dinheiro público. Cabe ressaltar que não só na esfera Federal as ações afirmativas ganham destaque, os Estados passam a adotar posição semelhante.

Tal posicionamento é mantido até o fim da década de 70, quando o caso **Regents of the University of California v. Bakke**, 1978, começa a mudar a política de estabelecimento de determinadas cotas raciais para admissão no Ensino Superior e em cargos públicos, não mais as admitindo como regra.

Julgados ulteriores como *Grutter vs Bollinger* e *Fisher vs University of Texas* trataram de reavivar a questão. Apesar disso, e mesmo tendo em vista a sempre apertada diferença de votos, tem a Suprema Corte Norte-Americana estabilizado sua jurisprudência quanto à constitucionalidade das ações afirmativas, prementemente num país de histórico racista, embora se reafirme a viabilidade de controle jurisdicional sobre



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



critérios demasiadamente rígidos como cotas.

Tais fatores denotam a permanente atualidade do tema, que segue relevante em todo o mundo. A aplicação de ações afirmativas traz desafios sempre novos à medida em que sua utilização é expandida e suas modalidades diversificadas. A título de exemplo contemporâneo, enorme polêmica tem envolvido o mundo do rugby e do críquete em virtude da imposição de cotas raciais pela governo da África do Sul às seleções nacionais – potências em ambos os esportes. Tem-se, assim, caso de ações afirmativas aplicadas ao esporte, desconhecendo-se outro precedente no mundo Ocidental¹³.

Ademais, irretorquível se revela ao pesquisador a força da jurisprudência do Tribunal Maior americano. Esta se demonstra, mesmo sob o menos atento olhar político, inexorável em extravasar seus limites de jurisdição e influenciar a cognição de sodalícios ao redor do mundo, incluindo o Brasil, conforme se demonstrará doravante.

5 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, última instância do sistema judiciário brasileiro, fixou o entendimento da constitucionalidade das cotas raciais para ingresso em universidades públicas pela primeira vez, sendo esta questão suscitada no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.

Esta ação fora ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra o sistema de cotas utilizado pela Universidade de Brasília (UnB), a qual reservava 20% das vagas de cada curso para negros, além de um pequeno número delas para índios de todos os estados brasileiros, ação que deveria ser realizada no período de dez anos.

Os fundamentos utilizados na ADPF foram, em suma, que o sistema adotado pela universidade feria diversos princípios constitucionais, tais como o do repúdio ao racismo, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Ademais, foi argumentado que no Brasil a discriminação é de caráter social, e não racial, de modo que incoerente seria a manutenção das cotas raciais.

A relatoria desta ADPF foi realizada pelo ministro Ricardo Lewandowski, o qual destacou, em seu voto, a importância da aplicação do princípio da igualdade material por meio de ações afirmativas, com a

¹³ A política tem se relevado controvertida mesmo entre os negros sul-africanos. Conforme informa pesquisa de 2016 do Instituto Sul-Africano de Relações Raciais, *77% of all South Africans were in favour of teams picked based on merit, without any use of racial quotas. Of the black people who took part in the survey, 74.2% agreed (...)* For the rest of the population, 87% of coloureds, 94.9% of Asians, and 84.3% of whites were in favour of merit-based selection. Internamente há também temor de que as cotas raciais rebaixem o nível técnico das seleções nacionais. A imposição estatal também gera críticas internacionais por violar cláusulas de independência desportiva das federações em face do governo, ameaçando mesmo a participação da África do Sul em



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



futuras competições internacionais. Disponível em: <<http://www.news24.com/SouthAfrica/News/most-black-south-africans-oppose-sport-quotas-survey-20160531>>. Acesso em 19 ago 2016.

finalidade de eliminar as desigualdades históricas sofridas por certos grupos sociais, conforme se depreende do trecho a seguir:

“Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.”

Além desse argumento, o relator fundamenta a sua decisão na necessidade de realizar a justiça distributiva, promovendo a inclusão social de grupos marginalizados. Afirma ainda que o sistema de cotas utilizado pela UnB atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para os fins almejados pela referida ação afirmativa.

O julgamento pela improcedência da ADPF nº 186 foi unânime, destacando os demais ministros a necessidade de criação de um ambiente mais plural e democrático nas universidades, proporcionar a maior representatividade social no meio acadêmico, reparar os danos decorrentes da história destes grupos sociais, bem como a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária.

Diante da importância de tal decisão, colacionamos a ementa do referido julgado:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186/DF, Tribunal Pleno do STF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 26/04/12, Publicado em 20/10/14).”

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal julgou mais dois casos referentes a cotas raciais, seguindo o entendimento anteriormente fixado pela constitucionalidade da reserva de vagas. O primeiro deles foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330/DF, que questionava o Programa Universidade para Todos (PROUNI), que foi julgado em 03/05/2012. Já o segundo tratava-se do Recurso Extraordinário nº 597285/RS, o qual impugnava o sistema de cotas raciais utilizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo sido julgado também no mês de maio de 2012.

Em todos estes casos, o STF ratificou a necessidade de promover a aplicação do princípio da



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA**



igualdade material, utilizando-se as cotas raciais para eliminar as distorções ocorridas na sociedade brasileira e proporcionar o reequilíbrio social, em conformidade com a lição milenar de Aristóteles: “tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade”.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PROFESSOR EDIVAL BRAGA



6 REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em 11 ago 2016.

FERES, João. **A ação afirmativa na Suprema Corte dos EUA e sua repercussão no Brasil**. In: Em Debate, Belo Horizonte, v.6, n.2, p.61-72, maio 2014

MACÊDO. Márcia Andréa Durão de. **Cotas raciais nas universidades brasileiras**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13491/cotas-raciais-nas-universidades-brasileiras>>. Acessado em 14 ago 2016.

MELO, João Ozorio. **Suprema Corte mantém cota racial para universidades dos EUA**. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-26/suprema-corte-mantem-cota-racial-universidades-eua>>. Acessado em 14 ago 2016.

PRETORIUS, Wim. NEWS24: **Most black South Africans oppose sport quotas – survey**. Disponível em: <<http://www.news24.com/SouthAfrica/News/most-black-south-africans-oppose-sport-quotas-survey-20160531>>. Acessado em 19 ago 2016.