

**POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS – UM COMPARATIVO
ENTRE BRASIL E EUA
POLICY OF AFFIRMATIVE ACTIONS – A COMPARISON
BETWEEN BRAZIL AND USA**

Amanda Cristina de Aquino Costa¹

Manoel Júnior Ferreira Veloso²

RESUMO

As políticas de ações afirmativas visam, entre outras coisas, corrigir desigualdades sociais e promover a diversidade. A implantação dessas políticas se dá de forma diferente em cada país, uma vez que elas devem estar adequadas à situação fática e à estrutura do ordenamento jurídico no qual se inserem. O presente trabalho tem como escopo comparar o tratamento designado às ações afirmativas no Brasil e nos Estados Unidos. O estudo consiste na análise minuciosa da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186* e do caso *Regents of the University of California* a fim de traçar um panorama geral dos casos e explicar as diferenças nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte norte-americana, respectivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas; Diversidade; Igualdade.

ABSTRACT

The affirmative action policies aimed at, among other things, correcting social inequalities and promoting diversity. The implementation of these policies is done differently in each country, since they must be appropriate to the facts and the structure of the legal system in which they operate. This study has the objective to compare the treatment referred to affirmative action in Brazil and the United States. The study consists of thorough analysis of the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186* and the case *Regents of the University of California* in order to draw an overview of the cases and explain the differences in the decisions of the Supreme Court of Brazil and the U.S. Supreme Court , respectively.

KEY-WORDS: Affirmative Action; Diversity; Equality.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: xxamanda.costaxx@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. E-mail: manoeffveloso@gmail.com

INTRODUÇÃO

As políticas de Ações Afirmativas compõem um dos temas mais controvertidos na jurisprudência internacional. As condicionantes históricas são, indubitavelmente, a principal questão levantada. A discrepância entre os fatores sociais ao redor do mundo fazem com que a questão seja tratada das maneiras mais díspares. O primeiro protótipo de ações afirmativas de que se tem registro foi instalado na Índia, com o período de independência e consolidação da nação. Foi instaurada no país, então, a política de cotas, a fim de permitir o ingresso de representantes das castas menos abastadas no governo. Como resultado, hoje, o mais alto escalão do Estado é governado por pessoas advindas dessas castas mais baixas.

A partir de então, essa política foi repetida em outros países, com outras facetas, a fim de realizar a justiça distributiva, ou seja, proporcionar a cada um aquilo que lhe compete, dentro de suas possibilidades. As ações afirmativas foram discutidas nos EUA, instituindo a política dos “iguais, porém separados” por muitas décadas. A Suprema Corte norte-americana, à época, declarou a constitucionalidade da separação de prestação de serviços públicos para brancos e negros. Décadas depois, a mesma Corte, julgando outro caso sobre a política de ações afirmativas, declarou a inconstitucionalidade da mesma, declarando a igualdade plena e irrestrita dos cidadãos americanos.

Em 2012, foi a vez do Brasil. Nesse ano foi julgada a política de cotas nas universidades públicas brasileiras. O julgamento, evidentemente, enveredou para outra solução. O STF aclamou a constitucionalidade das cotas e instituiu a política na sua vertente nacional. Esse trabalho, por fim, tem o objetivo de analisar os julgamentos sobre as Ações Afirmativas nos casos supracitados, fazendo um comparativo entre o Brasil e EUA.

Julgamento da ADPF 186

A ADPF 186 foi julgada em Abril de 2012 pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowsky. O caso *sub judice* era a política de cotas estabelecida pela Universidade de Brasília – UnB, que, segundo o DEM (proponente da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), era questionável diante das políticas de acesso ao serviço público, além de o critério raça poder instaurar um tribunal racial aceito dentro dos parâmetros constitucionais. Seria, na visão do DEM, um contrassenso falar sobre igualdade dentro de um processo discriminatório.

Sob a alcunha do Min. Lewandowsky, o STF, em uníssono, conclamou a improcedência da ADPF e declarou constitucional, necessária e aplicável a política de ações afirmativas para

as universidades públicas brasileiras. Em um voto de 47 folhas, o Ministro relator transitou entre a história de formação do Brasil e a melhor doutrina, trazendo inúmeros argumentos.

Inicialmente, o Ministro analisa o princípio da igualdade, revisitando as suas facetas: formal e material. E constata que o que se busca com as cotas, em verdade, é a materialização da igualdade versada tantas vezes na Constituição Cidadã de 1988. E para alcançar essa materialização é preciso superar as diferenças históricas cristalizadas pelo tempo no seio da sociedade brasileira. É preciso estabelecer não somente a justiça distributiva, mas a *restitutória*. Ou seja, aquela que, em última análise, incluirá as classes marginalizadas nos mais diferentes âmbitos. A política de ações afirmativas seria, por fim, medida social concreta em favor do pleno exercício de direitos fundamentais constitucionais.

Destarte, o relator visita a Constituição e traz a análise acerca da Educação no âmbito do seu texto. O acesso ao serviço público em questão, o pluralismo de ideias e o ambiente igualmente plural são princípios que devem nortear a educação pública. Ademais, a meritocracia, citada no inciso V do artigo 28 da constituição vigente, também deve permear a base principiológica. Partindo desses pressupostos, um ponto de largada de patamares iguais para os concorrentes diferentes deve ser estruturado. Portanto, a metodologia de acesso às vagas deve levar em conta a representatividade de classes socioeconômicas diferentes, visando o cumprimento das metas sociais do Estado e das próprias universidades, culminando na consolidação do ambiente universitário plural.

Igualmente pertinente é a análise do critério racial estabelecido pela política de ações afirmativas da UnB. Esse critério, na visão de Lewandowsky, é discriminador. No entanto é uma *discriminação positiva*. É um meio eficaz para a inclusão de grupos na seara em questão. É um método de *igualização* dinâmica que pode vir a viabilizar a afirmação da igualdade material.

Por fim, o voto do Ministro traz à luz da discussão ações afirmativas de *status* constitucional, concomitante a busca pela igualização dinâmica em consequência do estabelecimento dessas políticas. A reserva de vagas para deficientes físicos em concursos públicos e para o setor privado é o maior exemplo. Ademais, a promoção de manifestações culturais regionais pelos meios de comunicação e a equiparação salarial entre os sexos também são, indiretamente, políticas de ações afirmativas constitucionais. É, pois, uma discriminação reversa: há a distinção entre os participantes, que, ao fim ao cabo, resulta na equiparação da representatividade de classes dentro dos processos seletivos.

Sendo assim, a política de ações afirmativas da UnB: a) proporcionam um ambiente plural, superando desigualdades historicamente consideradas; b) apresenta razoabilidade entre

os meios empregados e os fins perseguidos; c) são transitórias e revisáveis (o que permite a superação da política com a evolução dos resultados da mesma); e d) é compatível com a dignidade humana. E, conseqüentemente, esse julgamento institucionalizou as ações afirmativas no cenário nacional brasileiro.

Regents of the University of California vs. Bakke

Na década de 70, a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia (FMUC) pôs em prática uma política de ação afirmativa que consistia em reservar 16% das vagas ofertadas para candidatos pertencentes a grupos minoritários. O objetivo do programa era assegurar o acesso das minorias ao ensino superior e promover a diversidade no corpo discente.

Nos anos de 1973 e 1974, Allan Bakke, um candidato branco e pobre, tentou ser admitido no curso de medicina da Universidade da Califórnia, mas não obteve sucesso. Bakke foi reprovado por dois anos consecutivos, enquanto candidatos com notas e desempenho inferiores ao seu conseguiram a aprovação graças ao programa de admissão especial para grupos minoritários. Sentindo-se prejudicado pelo supracitado sistema de admissões Bakke ajuizou uma ação contra a FMUC.

A apreciação do Tribunal de 1ª Instância acatou a objeção de Bakke, estabelecendo que o programa de cotas da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia violava a Constituição da Califórnia, o Título VI da Lei Federal dos Direitos Civis de 1964 (Civil Rights Act 64) e a cláusula de Igual Proteção da 14ª Emenda. Desta feita, o referido tribunal proibiu a FMUC de utilizar a raça como critério para avaliação dos candidatos, mas, não ordenou a admissão de Bakke, uma vez que, no entendimento do Tribunal, as notas dele seriam insuficientes mesmo com a abolição do critério racial. Ambas as partes recorreram.

Na Corte Suprema Estadual, foi emitido um posicionamento diferente quanto à admissão de Bakke, pois, uma vez que a Universidade da Califórnia não podia demonstrar com certeza se ele ainda seria reprovado mesmo com a abolição do critério racial, foi ordenada sua aceitação. No entanto, a proibição do uso da raça como critério para a admissão de alunos à FMUC foi mantida. A Universidade recorreu.

Quando o caso chegou à Suprema Corte, a decisão ratificou a inconstitucionalidade do programa de admissão em questão e ordenou que o requerido, Allan Bakke, fosse admitido no curso de medicina. Mas, em oposição às decisões dos tribunais inferiores, foi revertida a proibição acerca da utilização da raça como critério para a admissão de alunos na Universidade da Califórnia. Foi reconhecido que a reparação das desigualdades raciais na sociedade norte-americana era um interesse governamental imperativo que serviria para

justificar a adoção de ações afirmativas. O voto do juiz Powell, relator do caso na Suprema Corte, trouxe os principais argumentos que embasaram o supracitado veredito.

Primeiramente, o juiz Powell trata sobre as disposições do Título VI da Lei Federal dos Direitos Civis de 1964. Este dispositivo legal explicita a intenção do congresso de coibir a prática de discriminação por razão de raça ou origem nacional em qualquer programa ou atividade que receba custeio do governo federal. É importante frisar que as vedações do Título VI referem-se àquelas classificações raciais que estão em desacordo com a cláusula de Igual Proteção.

Em seguida, o relator enumera os principais problemas estruturais do programa de ação afirmativa da recorrente: a) os candidatos que se inscrevem no programa especial só concorrem entre si, o que, segundo Powell, põe em questão o caráter meritocrático da admissão; b) candidatos caucasianos só podem disputar 84% das vagas, enquanto, aqueles pertencentes a grupos minoritários podem pleiteá-las na sua totalidade, ferindo a isonomia do concurso; c) a prática de discriminação em uma instituição financiada pelo governo federal, mesmo que seu alvo seja um grupo majoritário, está em claro desacordo com o Título VI da Lei Federal dos Direitos Civis.

No que tange à cláusula de Igual Proteção da 14ª Emenda, o juiz Powell explica que, apesar do objetivo subliminar desse dispositivo legal ter sido a proteção e a consolidação da liberdade dos negros após a abolição da escravatura, as garantias dessa cláusula estendem-se a todas as pessoas. Desta feita, é um direito constitucional de todo cidadão sob a jurisdição dos Estados Unidos a igual proteção perante a lei, independente da sua cor, sexo ou origem nacional, não sendo legítimo nenhum tipo de discriminação. Tal argumento sustenta o posicionamento da maioria da corte de que mesmo tendo objetivos louváveis (o acesso das minorias ao curso de medicina, a diversificação do corpo discente, entre outros) a discriminação promovida pela Universidade da Califórnia não se sustenta frente aos dispositivos constitucionais.

Posteriormente, o juiz demonstra que a ideia de *preferência* está sempre atrelada a problemas de justiça, uma vez que: a) nem sempre é claro se uma preferência é benigna, pois, sempre haverá um grupo excluído da esfera de direitos sobre o qual recairá o ônus; b) a institucionalização de programas de preferência podem reforçar preconceitos e estereótipos comuns; c) há uma considerável iniquidade em se forçar pessoas inocentes na situação do recorrido, Bakke, a suportar o ônus de danos não provocados por elas.

Na conclusão do seu voto, o juiz Powell usa o programa de admissões da Faculdade de Harvard como exemplo de ação afirmativa constitucional. No referido programa, não há

vagas reservadas, ou seja, não há a instituição de cotas e a ação afirmativa consiste na análise equitativa da situação de cada candidato e na possível concessão de um *plus* aos candidatos pertencentes a grupos minoritários a fim de diminuir as disparidades entre os concorrentes e preservar a isonomia do concurso.

Conclusão

Nos dois casos trabalhados foram postas em questão a constitucionalidade de ações afirmativas que consistem em reservar determinado número de vagas para candidatos pertencentes às minorias, com o objetivo de promover a diversidade étnico-racial no ambiente universitário e, conseqüentemente, combater a sub-representação dos grupos minoritários no mercado de trabalho especializado. Mas, se as estruturas desenvolvidas para os programas e seus objetivos se pareciam, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal brasileiro não lograram da mesma similaridade. Enquanto, aquele decidiu que o programa de ações afirmativas da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia era inconstitucional e desrespeitava a cláusula de Igual Proteção da 14^a Emenda, este concluiu que a política de cotas da Universidade de Brasília era amparada pela Constituição de 1988 e servia para a promoção de uma igualdade não meramente formal. Esses diferentes posicionamentos são explicados por algumas distinções cruciais entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano e as técnicas de interpretação que foram aplicadas pelos supracitados tribunais.

Primeiramente, no seu artigo 37, inciso VIII, a Constituição brasileira prevê a reserva de vagas para candidatos deficientes em cargos e empregos públicos e, de acordo com o princípio da não tipicidade constitucional consagrado no artigo 5º, § 2º, os direitos e garantias constitucionais não estão enclausurados nos seus parágrafos e incisos e são enunciados a título exemplificativo e não taxativo. De acordo com o exposto, a Carta Magna de 1988 permite uma abordagem das ações afirmativas muito mais extensa do que aquela adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos que entendia que a reserva de vagas não era um instrumento eficaz para a promoção da diversidade, pois feria a cláusula Proteção Igualitária da 14^a Emenda. Destarte, é válido ressaltar que, enquanto o Conselho Superior Universitário da UnB estabeleceu um prazo de 10 anos para que a instituição reavaliasse a política de cotas, o programa de admissões especiais da FMUC não foi concebido como uma política transitória, correndo o risco de tornar-se, depois de superadas as desigualdades entre os candidatos, uma política de concessões permanente a determinados grupos sociais em detrimento de outros.

Por fim, nos Estados Unidos, as cotas não encontram amparo constitucional e são tidas como um desrespeito ao princípio de igualdade, não sendo consideradas como meio eficaz para o combate à desigualdade. Enquanto que, no Brasil, a política de reserva de vagas, desde que estruturadas com atenção aos princípios e garantias constitucional, como foi o caso da UnB, são bem vistas como instrumentos instauradores da igualdade substancial, da diversidade universitária, da integração e da promoção da justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de out. de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 05 de ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta 186. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky (relator)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. 2013.

BULOS, Uadi Lâmega. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.