AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS RACIAIS PARA O INGRESSO NAS UNIVERSIDADES FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

**Comentários à Decisão da Suprema Corte
Norte-Americana no Caso Schuette X Coalition
to Defend Affirmative Action**

THE AFFIRMATIVE ACTION AND THE USE OF RACIAL CRITERIA FOR ENTRY IN PUBLIC UNIVERSITIES IN FACE OF EQUALITY PRINCIPLE:

***Comments on the Supreme Court Decision in the
Case Schuette X Coalition to Defend Affirmative Action***

PEDRO GARCIA VERDI¹

RESUMO: A proposta do presente trabalho acadêmico é comentar a recente decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em caso envolvendo o uso de ações afirmativas. Mais uma vez, o judiciário estadunidense se vê frente à polêmica questão da adoção de critérios raciais para o ingresso em universidades públicas em seu país. Nos dias atuais, em que se discute sobremaneira a eficácia dos direitos fundamentais, não se pode desprezar a relevância do tema, o qual passar-se-á a comentar, a partir da referida decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas; Critérios Raciais; Princípio da Igualdade; Suprema Corte Norte-americana.

ABSTRACT: The proposal of this academic work is to comment on a recent decision taken by the United States Supreme Court in a case involving affirmative actions. Once again, the American judiciary is faced with controversial question of the adoption of racial criteria for joining the Public Universities. Nowadays, when it is exceedingly discussed the effectiveness of the fundamental rights, this decision cans not be disregarded by law's scholars.

Comentário de Jurisprudência recebido em 30.09.2014. Comentário de Jurisprudência aceito para publicação em 06.10.2014.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Porto Alegre/RS) e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre/RS). Advogado. pedrogver@gmail.com

KEYWORDS: Affirmative Actions; Racial Criteria; Equality Principle; United States Supreme Court.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceituação e Surgimento das Ações Afirmativas; 2. Entendendo a Decisão da Suprema Corte Norte-americana; 3. A Evolução das Questões Raciais e o Surgimento das Ações Afirmativas nos Estados Unidos; 4. As Ações Afirmativas frente ao Princípio da Igualdade; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Conceptualization and Emergence of Affirmative Action; 2. Understanding the United States Supreme Court Vote; 3. The Racial Criteria and the Affirmative Action Development in the USA; 4. Affirmative Action in Face of Equality Principle; Final Considerations; References.

INTRODUÇÃO

A polêmica acerca das ações afirmativas não é atual. No entanto, recentes decisões envolvendo o tema têm ensejado maior espaço para debate e reflexão. Em abril de 2014, importante decisão foi tomada pela Suprema Corte Norte-Americana envolvendo a questão das ações afirmativas. Com arrimo em medida aprovada em referendo no Estado de Michigan, a Suprema Corte julgou desfavoravelmente ao uso de critérios raciais para o ingresso em universidades públicas.

O presente trabalho tratará, mesmo que brevemente, do contexto histórico de surgimento das ações afirmativas nos Estados Unidos da América, culminando com a análise do recente caso julgado pela Corte Constitucional.

Por fim, tratar-se-á sucintamente sobre o princípio da igualdade, sua origem e evolução histórica, culminando no reconhecimento de dois conceitos de igualdade: a formal e a material.

1. CONCEITUAÇÃO E SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos vítimas de exclusão socioeconômica. Tais medidas buscam combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero, proporcionando a inclusão dessas minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, proteção social e reconhecimento cultural. Entre algumas medidas, podemos mencionar o fomento à contratação e promoção de minorias, o acesso à rede de educação pelo sistema de cotas, a determinação de cotas mínimas nos serviços públicos e até na mídia etc.²

Como forma de discriminação positiva de aplicação prática, as ações afirmativas têm sido utilizadas nos mais variados países. Na Índia, por exemplo, as universidades adotam o sistema de cotas às castas consideradas inferiores.³

---

² Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa – GEMAA. (2011) “Ações Afirmativas”. Disponível em: http://gemaa.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=1&Itemid=217.

³ OLIVEN, Arabela Campos. *Ações Afirmativas, Relações Raciais e Política de Cotas nas*

Nos anos 1960, nos Estados Unidos, a política de ações afirmativas surgiu em importante período histórico em que os negros norte-americanos lutavam pelo fim da segregação racial legal que vigorava em diversas esferas sociais. A expressão *affirmative action* é atribuída a John F. Kennedy, que, por meio de decreto presidencial, em 1961, determinou que os contratantes do governo estadunidense adotassem medidas afirmativas no sentido de assegurar o acesso e a permanência no corpo de empregados de indivíduos das diversas raças, credos e nacionalidades.⁴

Nos Estados Unidos, essas medidas se voltaram, mormente, à garantia de maior participação dos grupos minoritários no mercado de trabalho, no ensino superior e nos cargos eletivos do governo. Primeiramente voltadas para os negros, como consequência direta do movimento pelos direitos civis, as ações afirmativas também contemplaram as mulheres, os portadores de deficiência, grupos étnicos de imigrantes, os indígenas americanos, os idosos, e outros incontáveis grupos. Assim, essas ações passaram a ser reivindicadas pelos mais diversos segmentos sociais, que, se reunindo em torno de uma identidade (seja racial, étnica ou até mesmo cultural), vieram afirmar que a sua diferença em relação aos grupos dominantes havia se tornado uma efetiva desigualdade de condições materiais e simbólicas.⁵

Tal forma de sub-representação de minorias, no entanto, nada mais é do que o reconhecimento da existência de discriminação. O que buscam as ações afirmativas é, por determinado período provisório, a implementação de formas e políticas de incentivo aos grupos minoritários, com o objetivo de estabelecer equilíbrio entre os percentuais de cada minoria na população em geral e os percentuais dessas mesmas minorias na composição dos grupos de poder nas diversas instituições que fazem parte da sociedade.⁶

Com o intuito de resgatar uma dívida social com determinados segmentos da sociedade que, ao longo da história, foram discriminados, as políticas de cotas raciais são as ações afirmativas que mais ensejam reflexão e discussão atualmente, conforme se depreende do recente julgamento realizado pela Suprema Corte Norte-americana, a seguir analisado.

Universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. Affirmative Action, Racial Relations and Quotas at the Universities: a comparison between the United States and Brazil. Porto Alegre, Educação, v. 30, nº 61, 2007. p. 31.

⁴ SELL, Sandro Cesar. *Ação Afirmativa e Democracia Racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 121.

⁵ SILVÉRIO, Valter Roberto. *Ações Afirmativas e Diversidade Étnica e Racial*. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

⁶ OLIVEN, Arabela Campos. *Ações Afirmativas, Relações Raciais e Política de Cotas nas Universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. Affirmative Action, Racial Relations and Quotas at the Universities: a comparison between the United States and Brazil*. Porto Alegre, Educação, v. 30, nº 61, p. 29-51, 2007. p. 30.

2. ENTENDENDO A DECISÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

No recente julgamento, de abril de 2014, do caso conhecido como *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, que teve início em 15 de outubro de 2013, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu, por maioria, no sentido de proibir o uso de critérios raciais para o ingresso em universidades públicas, com base na medida aprovada em referendo popular realizado no Estado de Michigan, no ano de 2006.

Para melhor compreensão da decisão da Corte, necessário relembrar o processo que levou o referendo de Michigan à Suprema Corte. Referindo-se à escola de Direito de Michigan – caso conhecido como *Grutter versus Bollinger*, de 2003 – a Suprema Corte havia decidido que políticas de admissão baseadas em critérios raciais poderiam ser utilizadas nos Estados que assim desejassem. Ainda, manteve o uso da “raça” como um dos fatores, entre muitos, na admissão, visando a diversidade educacional.

Em 2003, Barbara Grutter, não selecionada para o curso de Direito da Universidade de Michigan, contestou judicialmente o processo seletivo daquela universidade, que levava em consideração, entre outros fatores, a origem étnica e racial dos seus candidatos. A Suprema Corte é chamada, então, a dizer se a política admissional adotada feria ou não a *Equal Protection Clause*, contida na Emenda Constitucional nº 14. Por maioria de 5 a 4, o Tribunal entendeu que, especificamente naquele caso, não houve violação à Constituição, pois se tratava de uma política institucional com objetivo justificável, qual seja, obter os benefícios educacionais advindos de um corpo estudantil diversificado.⁷

Em 2006, o Estado de Michigan submeteu a questão a referendo e 58% dos eleitores aprovaram medida proibindo que as universidades públicas, financiadas com recursos públicos, garantissem tratamento diferenciado a grupo com base em critérios raciais, étnicos e de gênero.

A partir de então, a redação do parágrafo 26 do artigo 1º da Constituição do Estado de Michigan foi alterada, proibindo a utilização de critérios raciais para ingresso nas universidades públicas:

§ 26 Affirmative action programs. Sec. 26. (1) The University of Michigan, Michigan State University, Wayne State University, and any other public college or university, community college, or school district shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting [...]. Nov. 7, 2006, Eff. Dec. 23, 2006.⁸

⁷ SEIDMAN, Louis Michael; STONE, Geoffrey; SUSTEIN, Cass; TUSHNET, Mark; KARLAN, Pamela. *Constitutional Law*. New York: Aspen Publishers, 2005. p. 594-608.

⁸ State Constitution (excerpt) Constitution of Michigan of 1963: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(rkhvlf5fcbceebdow2bq3b5\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-Article-I-26](http://www.legislature.mi.gov/(S(rkhvlf5fcbceebdow2bq3b5))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-Article-I-26). - Add. Init., approved Nov. 7, 2006, Eff. Dec. 23, 2006.

No julgamento de 2014, iniciado em outubro de 2013, o Advogado Público do Estado de Michigan arguiu, em face da Coalizão de Defesa das Ações Afirmativas e Direitos das Minorias, o banimento das ações afirmativas frente ao referendo realizado naquele Estado. Foi decidido, por seis votos a dois, que a justiça de instância inferior não poderia ignorar a medida referendada.

A juíza Sonia Sotomayor, vista como “progressista”, juntamente com o juiz Ginsburg, foram votos vencidos e externaram evidente repúdio à decisão majoritária. Para Sotomayor, as minorias, que dependem dos tribunais federais para verem os seus direitos constitucionais garantidos, foram seriamente prejudicadas com essa decisão, considerada por ela antidemocrática e retrograda.

Os defensores do resultado do referendo popular dizem que a preferência racial fere o direito de igualdade assegurado pela Constituição Federal e cria privilégios às avessas. O argumento básico do advogado-geral de Michigan, Bill Schuette, foi o de que é fundamentalmente errado tratar as pessoas de forma diferente com base na sua cor de pele.⁹

Mas, como outros juízes colocaram, o caso sequer era sobre a ação afirmativa em si, e sim sobre quem tem a autoridade de decidir sobre o assunto.

Resumidamente, a decisão da Suprema Corte deixou claro, por maioria de votos, o repúdio à ideia de que universidades financiadas com impostos utilizem critérios raciais para discriminar alunos, e que tais medidas, além de ferirem a igualdade perante as leis, acabam fomentando o racismo que se pretende combater.

O debate dos americanos, *in casu*, é sobre a constitucionalidade da política e do processo democrático que leva à tomada das decisões. O direito universal do cidadão sempre esteve no centro das polêmicas. O próprio juiz da Corte Suprema Anthony Kennedy declarou em seu voto que os cidadãos escolheram eliminar o critério racial porque consideraram mais prudente, e acrescentou que esse caso não se refere ao debate sobre como a política de preferência racial deve ser resolvida. É sobre quem deve resolver a questão.¹⁰

---

⁹ “Constitution permits, but does not require, the use of the kind of race-conscious programs now barred by the Michigan Constitution. It foresees the ballot box, not the courts, as the normal instrument for resolving debates about the merits of these programs. Third, *Hunter v. Erickson*, 393 U. S. 385, and *Washington v. Seattle School Dist. n° 1*, 458 U. S. 457, which reflect the important principle that an individual’s ability to participate meaningfully in the political process should be independent of his race, do not apply here. Those cases involved a restructuring of the political process that changed the political level at which policies were enacted, while this case involves an amendment that took decision making authority away from unelected actors and placed it in the hands of the voters. Hence, this case does not involve a diminution of the minority’s ability to participate in the political process. Extending the holding of *Hunter* and *Seattle* to situations where decision making authority is moved from an administrative body to a political one would also create significant difficulties, given the nature of the administrative process. Further- more, the principle underlying *Hunter* and *Seattle* runs up against a competing principle favoring decision making through the democratic process”. p. 1-6.

¹⁰ The question here concerns not the permissibility of race-conscious admissions policies under the Constitution but whether, and in what manner, voters in the States may choose to prohibit the

Por 6 votos a 2, a Suprema Corte decidiu que não viola a Constituição as decisões legislativas ou plebiscitos estaduais que proíbam o uso de critérios baseados na raça para o ingresso em universidades públicas mantidas pelos estados. A Suprema Corte não declarou inconstitucional a adoção de políticas de ação afirmativa baseada na raça, mas apenas declarou não ser inconstitucional a decisão dos estados de proibir a adoção ou a continuidade dessas políticas.

Em resumo, os estados estão autorizados, mas não obrigados, a manter políticas de ação afirmativa baseadas na raça dos estudantes, conforme ficou assentado no relatório da decisão da Suprema Corte.¹¹

3. A EVOLUÇÃO DAS QUESTÕES RACIAIS E O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

A nação norte americana, desde sua origem, se define constitucionalmente como uma república democrática, avessa às desigualdades de berço, realidade existente por séculos na Europa. Nos Estados Unidos, esclarece a socióloga Arabela Campos Oliven¹², a expressão *self made man* traduz a valorização das qualidades individuais, independente da origem social, como fator de mobilidade ascendente e realização pessoal.

A economia norte-americana, principalmente nos estados do sul, apesar dos princípios igualitários da república, apoiava-se no trabalho escravo. Ainda após a abolição, negros e brancos formavam mundos à parte. Essa realidade de segregação passa a ter um fundamento legal a partir de uma decisão da Suprema Corte, em 1896, que considerava constitucionais acomodações separadas para brancos e negros em transportes públicos, desde que fossem equiparáveis. A filosofia do “igual, mas separado” erigiu uma barreira, negando aos não brancos o livre acesso à moradia, restaurantes e a maior parte dos serviços públicos.¹³

Explica a socióloga Arabela Oliven que, nos Estados Unidos, durante toda a primeira metade do século XX, a rigidez da classificação racial, a segregação e a discriminação contra a população negra acirraram as relações raciais, sendo causa de inúmeros enfrentamentos nos principais centros urbanos.

---

consideration of racial preferences in governmental decisions, in particular with respect to school admissions. Supreme Court of the United States Opinion of Kennedy J. p. 04.

¹¹ “This case is not about the constitutionality, or the merits, of race-conscious admissions policies in higher education. Here, the principle that the consideration of race in admissions is permissible when certain conditions are met is not being challenged. Rather, the question concerns whether, and in what manner, voters in the States may choose to prohibit the consideration of such racial preferences. Where States have prohibited race-conscious admissions policies, universities have responded by experimenting “with a wide variety of alternative approaches.” The decision by Michigan voters reflects the on going national dialogue about such practices”

¹² OLIVEN, Arabela Campos. *Ações Afirmativas, Relações Raciais e Política de Cotas nas Universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. Affirmative Action, Racial Relations and Quotas at the Universities: a comparison between the United States and Brazil.* Porto Alegre, Educação, v. 30, nº 61, p. 29-51, 2007. p. 31.

¹³ Ibidem. p. 33.

Isso levou a uma polarização da sociedade americana: por um lado, os grupos a favor da integração racial e, por outro, os segregacionistas que a consideravam constitucional, e, portanto, legítima, não vendo razões para mudanças do *status quo*. Pressionado pela participação da sociedade civil, o Congresso americano aprovou, em 1964, o *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Civis) que além de banir todo o tipo de discriminação, concedeu ao governo federal poderes para implementar a dessegregação.¹⁴

O movimento pelos direitos civis, liderado pelo Pastor Martin Luther King Junior, pregava a não-violência e contou com a adesão de muitos brancos que também eram a favor da integração dos negros na sociedade americana. Com o assassinato de seu líder máximo, em 1968, o movimento negro passa, gradativamente, a assumir uma postura mais combativa e a ver na luta pela liberação das colônias africanas a sua inspiração. Alguns grupos de negros, especialmente os de origem muçulmana, pugnavam pela separação total de raças, a ser alcançada com o retorno da população negra à África ou mediante a ocupação de um território exclusivo. Esse radicalismo foi de encontro à luta pelos direitos civis que objetivavam a integração racial. Para esses grupos, nem mesmo os brancos que participaram das lutas pela conquista de direitos civis poderiam exercer qualquer liderança em movimentos negros. É nesse contexto que surgem as políticas de ação afirmativa na América do Norte, esclarece a Oliven.¹⁵

O termo ações afirmativas foi primeiramente empregado em 1961, durante o governo Kennedy, que estabeleceu um comitê para estudar a questão das oportunidades iguais no mercado de trabalho. Em 1965, o presidente Lyndon Johnson passou a exigir das empresas que recebiam contratos do governo federal um tratamento não discriminatório no emprego e um programa de ações afirmativas que visassem combater os efeitos da discriminação passada. Dois anos depois, a categoria sexo passou a ser usada como critério para ações afirmativas e, em 1972, as mesmas exigências passaram a vigorar também nas instituições educacionais.¹⁶

Percebe-se um esforço do governo americano no sentido de implementar uma política ativa de combate à discriminação racial. As medidas adotadas traduziam claramente a utilização do poder público em favor das categorias discriminadas. Os programas de inclusão, iniciados nos segmentos públicos, demonstravam claramente a postura do governo no sentido de propiciar oportunidades igualitárias de acesso ao mercado de trabalho.¹⁷

---

¹⁴ OLIVEN, Arabela Campos. *Ações Afirmativas, Relações Raciais e Política de Cotas nas Universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. Affirmative Action, Racial Relations and Quotas at the Universities: a comparison between the United States and Brazil*. Porto Alegre, Educação, v. 30, nº 61, p. 29-51, 2007. p. 33.

¹⁵ Ibidem. p. 34.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

4. AS AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, recorrente nos textos constitucionais, passou por significativa evolução e formas de manifestação ao longo da história de conquista e reconhecimento da existência dos direitos fundamentais. Para a compreensão da atual extensão do referido princípio, necessária se faz uma breve diferenciação entre igualdade formal e igualdade material ou substancial.

A idade média foi caracterizada pela pluralidade de fontes e de sujeitos. A moderna ideia de Estado como fonte única de Direito vem do processo de unificação dos Estados Europeus, ocorridas no decorrer dos séculos XV a XVII.¹⁸

Tais unificações objetivaram fortalecer a autoridade e o Direito, que passaram a centralizar o poder, sobrepondo-se às autoridades locais e direitos costumeiros. No entanto, ainda vigia o sistema estamental das sociedades medievais, que aplicava aos indivíduos o direito que lhe coubesse, de acordo com o estamento social que integrassem, inexistindo a ideia de pessoa individual como sujeito de direitos.¹⁹

Foi na fase de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna que começou a surgir a ideia de soberania nacional e popular, representação política, separação de poderes, direitos individuais e poder constituinte.²⁰

A ideia de igualdade como a concebemos hoje teve início nos textos constitucionais surgidos após as revoluções do final do século XVIII, na França e nos Estados Unidos. Foi a partir do Iluminismo, da Revolução Francesa, e do processo de independência dos Estados Unidos da Inglaterra, que começaram a surgir as ideias de igualdade, pugnando pelo fim dos privilégios antes existentes.

Para a concepção de uma ideia de igualdade jurídica, ou seja, de que todos são iguais perante a lei, necessária foi a criação de ideia de unicidade de direito e, consequentemente e com a necessidade da produção de uma só norma aplicável a todos, surgiu a necessidade de codificação das normas.²¹

Esclarece José Reinaldo de Lima Lopes que tais ideias fazem parte do ideário iluminista revolucionário, e que o iluminismo, representando a modernização forçada e pelo alto, “consistiu, no direito, em uma crítica dos privilégios estamentais da nobreza, da autoridade, da tradição, crítica dos limites da propriedade feudal, crítica do poder dos reis, crítica do clericalismo”.²²

---

¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 205.

¹⁹ Ibidem. p. 208-210.

²⁰ Ibidem.

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 205.

²² Ibidem.

A ideia de igualdade jurídica não possuía uma efetividade na melhor distribuição de bens ou oportunidades para o alcance da igualdade material, mas apenas a ideia de representação da unicidade do sujeito perante a lei.

Nessa primeira fase não existia uma preocupação efetiva em criar igualdade material, ou seja, em dar a todos as mesmas condições, até por que, nesse ponto, economicamente falando, a burguesia já alcançara o nível de riqueza da nobreza, bastando-lhe, apenas, abolir os privilégios desmedidos que ela possuía. Nesse cenário ficou positivado o princípio da igualdade na sua definição formal.²³

A igualdade formal é direcionada ao Estado, com o fito de proibir tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios como suas convicções políticas, morais, filosóficas ou religiosas, sua raça, sexo ou classe social.²⁴

Nesse contexto, o princípio da igualdade adquiriu uma função de defesa contra atos do poder público, afastando qualquer discriminação, evitando a instituição de privilégios. Essa espécie de defesa do ser humano anuncia um comando constitucional geral impeditivo da atividade do legislador e do aplicador do direito, exigindo deles quase sempre um não fazer. Esta visão do princípio da igualdade, criada no Estado Liberal, fundamenta-se na noção de que se todos somos seres humanos, nascemos iguais e desta forma devemos ter as mesmas oportunidades, por isso é vedado ao Estado qualquer tratamento discriminatório negativo.²⁵

Destarte, no transcurso do tempo, baseando-se na exigência de neutralidade do Estado, o princípio da igualdade perante a lei foi tido como garantia da concretização da liberdade, bastando a sua inclusão dentre os direitos fundamentais para se garantir a isonomia que o sistema constitucional buscava efetivamente assegurar.²⁶

Contudo, pouco a pouco a percepção de uma igualdade meramente formal, presente no princípio geral da igualdade perante a lei, passou a ser discutida, pois a história foi mostrando que a igualdade de direitos e a mera abstenção estatal não eram suficientes para alcançar as pessoas desprivilegiadas socialmente, dando-lhe as mesmas oportunidades que tinham as socialmente favorecidas. Era necessário, que, além disso, elas possuíssem as mesmas condições. Neste sentido, Canotilho²⁷ assevera que o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado social.

---

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 205-210.

²⁴ Ibidem.

²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 205-220.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 466.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 567.

O conceito clássico de igualdade mostra-se em descompasso com o emergente Estado Social, marcado pelo avanço dos movimentos a favor da diminuição das injustiças sociais e combate às desigualdades. A ideia de que a igualdade resume-se a uma dimensão formal, manifestada na vedação de privilégios pessoais, mostra-se insuficiente para realizar a igualdade em todas as suas potencialidades, denunciando a falência da visão liberal do princípio isonômico.

Passa, então, a existir a concepção de que, além de não discriminar arbitrariamente, o Estado precisa gerar a igualdade material de oportunidades, lançando mão de políticas públicas e leis que levem em conta as peculiaridades dos grupos menos favorecidos, compensando, dessa maneira, as disparidades derivadas do processo histórico e da sedimentação cultural.²⁸

Abandonou-se, assim, o conceito jurídico de igualdade meramente passiva passando a existir também um conceito jurídico de igualdade positiva que culmina com o surgimento das ações afirmativas. Assim, paralelamente, a igualdade formal e a igualdade material, a primeira se consubstancia em uma proibição ao Estado de tratar desigualmente os indivíduos a fim de não desigualá-los e, posteriormente, na segunda visão, uma obrigação de tratá-los desigualmente com o intuito de igualá-los. Desta feita, o princípio da igualdade, sob o prisma jurídico-constitucional, assume destaque enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida.

No que concerne ao conceito de igualdade material, é pertinente citarmos o entendimento de Canotilho:

“Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a ideia de “igualdade de oportunidades” noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelos menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, consequentemente, de promover a justiça social”.²⁹

O emprego da visão material da igualdade pugna por uma cuidadosa atenção do Estado na criação de políticas públicas, pois as particularidades de grupos e comunidades devem ser sopesadas, com o fito de impedir que o conceito formal de igualdade dificulte o amparo das pessoas fragilizadas socialmente.³⁰

Em resumo, para este novo modelo de organização dos poderes públicos, conhecido como Estado Social, sucessor do Estado Liberal, não basta que o

---

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 466.

²⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, a. 38 nº 151, jul./set. 2001b. p. 131.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 466.

Estado seja neutro. É necessário que a lei e outros instrumentos de políticas públicas ofereçam igualdade de oportunidades.³¹

O sentido material da igualdade surgiu, portanto, para complementar o sentido formal. Não é suficiente a lei declarar que todos são iguais, devendo fornecer meios eficazes para a efetivação da igualdade. Como bem salienta José Afonso da Silva “a Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei”.³²

Ainda, relevantes são as lições de Robert Alexy, ao lembrar que as “desigualdades de direito” podem ser ferramentas para se alcançar uma “igualdade de fato” (no sentido de alteração efetiva da realidade, igualdade material). Embora a “igualdade de direito” possa provocar (ou estimular) uma “igualdade de fato”, ou seja, “a criação de igualdade de *iure* pode ter como consequência igualdade de fato”, muitas vezes “quem deseje criar igualdade de fato tem de aceitar uma desigualdade de *iure*”: “... o princípio da igualdade de fato joga o papel de uma razão para um direito a um determinado tratamento desigual de *iure*, quer dizer, aquele que serve para a criação de uma igualdade de fato. Nele fundamenta-se um direito subjetivo à criação de uma posição de igualdade fática”.³³

Surge deste modo, a par da discriminação negativa, presente no Estado liberal, a noção de discriminação positiva, ou seja, ações destinadas a preencher as discriminações impostas historicamente a pessoas em razão de sua raça, religião, nacionalidade ou sexo, por exemplo.

As Ações Afirmativas nascem como uma forma de combater determinadas injustiças sociais presentes na atualidade.

Todo cidadão tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo.³⁴

Assim, a luz da mencionada igualdade material, em que o Estado exerce função de protagonista, pondo em prática políticas e mecanismos com a finalidade de equilibrar diferenças históricas e culturais existentes, as ações afirmativas podem ser consideradas uma forma de alcance efetivo da igualdade que emana da grande parte dos textos constitucionais, tanto que, na atualidade, não são poucos os países que adotaram políticas focais de inclusão, como no Brasil, por exemplo, com o sistema de cotas.

---

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 466.

³² *Ibidem*.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 396-410.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 448.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe à reflexão a temática das ações afirmativas no Direito Norte-americano, que veio a tona recentemente no caso *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*.

Partiu-se da análise da recente decisão da Suprema Corte Norte-americana, que, julgando a favor de medida aprovada em referendo popular realizado no Estado do Michigan, em 2006, afastou a aplicação de critérios raciais para o ingresso nas universidades financiadas com recursos públicos naquele Estado.

O julgamento, de abril de 2014, demonstra uma mudança de rumo no entendimento da Corte Constitucional dos Estados Unidos no que tange a utilização de critérios raciais. Em 2003, por 5 votos a 4, a Corte reconheceu, em favor de Barbara Grutter, a legitimidade das políticas de discriminação positivas para ingresso de minorias na Faculdade de Direito do Estado de Michigan.

Embora o presente caso não tenha julgado diretamente a constitucionalidade da utilização das ações afirmativas, mas a sobreposição do referendo popular que aprovou a alteração da Constituição do Estado do Michigan, proibindo o uso dos critérios raciais, a decisão demonstra claramente que o debate sobre o tema está longe do fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOWEN, Willian G. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Ed. Garamond, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A Recepção do Instituto das Ações Afirmativas pelo Direito Constitucional Brasileiro*. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa – GEMAA. (2011) “Ações Afirmativas”. Disponível em: http://gemaa.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=1&Itemid=217.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio de Igualdade*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

OLIVEN, Arabela Campos. *Ações Afirmativas, Relações Raciais e Política de Cotas nas Universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil*. *Affirmative Action, Racial Relations and Quotas at the Universities: a comparison between the United States and Brazil*. Porto Alegre, Educação, v. 30, nº 61, p. 29-51. 2007.

- PIOVESAN, Flavia. *Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. In *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Sales Augusto dos Santos (Organizador). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SEIDMAN, Louis Michael; STONE, Geoffrey; SUSTEIN, Cass; TUSHNET, Mark; KARLAN, Pamela. *Constitutional Law*. New York: Aspen publishers, 2005.
- SELL, Sandro César. *Ação Afirmativa e Democracia Racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVÉRIO, Valter Roberto. *Ações Afirmativas e Diversidade Étnica e Racial*. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.