

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS – UEG
CÂMPUS MORRINHOS
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE MORRINHOS
BACHARELADO EM DIREITO

IGOR GOMES DE ARAÚJO

**FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise da
atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da ADPF 186**

MORRINHOS-GO

2023

IGOR GOMES DE ARAUJO

**FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise da
atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da ADPF 186**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Sudeste, Morrinhos, sob a orientação do(a) Prof.(a) Me. Rodrigo Pereira Moreira.

MORRINHOS-GO

2023

Universidade Estadual de Goiás
Pró-Reitoria de Graduação
Coordenação de Programas e Projetos
Sistema Integrado de Bibliotecas Regionais (SIBRE)

ARAÚJO, Igor Gomes. **FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise à luz da ADPF 186.** 2023. (f). Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual de Goiás – UEG, UnU Morrinhos, 2023.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizada desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei n. 9.610/1998) é crime estabelecido no art. 184 do Código Penal Brasileiro.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UEG com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

GIG24	Gomes de Araújo, Igor
f	FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise à luz da ADPF 186. / Igor Gomes de Araújo; orientador Igor Gomes de Araújo; co-orientador Rodrigo Pereira Moreira. -- Morrinhos, 2023. 47 p. Graduação - Direito -- Câmpus Sudeste - Sede: Morrinhos, Universidade Estadual de Goiás, 2023. 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA. 2. DIREITO À EDUCAÇÃO E A PROTEÇÃO DADA AS PESSOAS NEGRAS: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À ATUAÇÃO DO STF. 3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SUAS RELAÇÕES COM A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. I. Gomes de Araújo, Igor, orient. II. Pereira Moreira, Rodrigo, co-orient. III. Título.

IGOR GOMES DE ARAUJO

**FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise da
atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da ADPF 186**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Sudeste, UnU Morrinhos, sob a orientação do (a) Prof.(a) Me. Rodrigo Pereira Moreira.

Trabalho avaliado em ____ de _____ de 2023, pela banca constituída pelos seguintes professores:

Prof.(a) Me. Rodrigo Pereira Moreira
Universidade Estadual de Goiás

Prof.(a) Me. Ricardo Leão Sousa Zardo Filho
Universidade Estadual de Goiás

Prof.(a) Dr. Denis Carara de Abreu
Universidade Estadual de Goiás

MORRINHOS-GO

2023

À minha família, por ser esteio nos momentos que mais precisei.
À UEG, por me proporcionar ensino público, gratuito e de qualidade.
E a Deus, pela força para superar os momentos de dificuldade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, por me apoiar incondicionalmente em todas as minhas escolhas de vida. Sempre acreditando na minha capacidade e transmitindo tudo que há de positivo no universo. Também agradeço aos meus amigos que caminharam comigo ao longo dessa jornada que é a graduação e serviram de esteio para que eu pudesse romper essa linha de chegada. E deixo aqui meu profundo desejo de que possamos estar juntos por muitos e muitos anos. Agradeço ao meu orientador, pois, além de ser um educador incrível, é também um ser humano extraordinário. E com muita paciência para me suportar. E por fim, agradeço as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para que eu chegasse até aqui. Espero ser digno das expectativas de cada um. Muito obrigado.

“Sempre me acharam louco, por querer ser mais um pouco, sei que tenho os meus monstros, mas continuo a caminhar (...) Vou mostrar todas as coisas que vocês não deram valor, que nunca esperaram ver desse menino do interior (...) É tão claro agora, eu queria poder dizer, para aquela criança, que ainda não vê. É tão claro agora, eu sei que vai doer, mas isso é necessário, para quem você vai ser.”

Jão

RESUMO

O presente trabalho tem como ponto de partida a importância dos direitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito e como eles atuam na proteção das minorias sociais resguardando o princípio da dignidade da pessoa humana. Após, a pesquisa empreendida apresentará uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal, com base na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, que trata de políticas públicas de acesso ao ensino superior por pessoas pretas, comumente chamado de cotas raciais e verificar se a corte, em sede de decisão sobre o caso atuou com base em sua função contramajoritária. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, após uma observação de conceitos doutrinários para se chegar às conclusões acerca da aplicação dos direitos fundamentais, por meio da ADPF 186 para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Política de cotas. Função Contramajoritária.

ABSTRACT

The current research starts from the importance of the fundamental rights for the Democratic Law State and how they act within the protection of the social minorities while maintaining the principle of the human being dignity. Then, the research presents an analysis about the acting of the Supremo Tribunal Federal based on the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, which is about public politics of superior education access for black people, commonly called raciais quotas, and verify if the court acted in a countermajoritarian way while judging the case in question. Therefore, the deductive method is used, after an observation of the doctrinal concepts to get to the conclusions about the fundamental rights application, through the ADPF 186 for the effectiveness surrounding the human person dignity.

KEYWORDS: Direitos fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Política de cotas. Função Contramajoritária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA.....	13
1.2. A rigidez constitucional e sua relevância para o Sistema Democrático de Direito e para a construção de um bem-estar social.....	17
1.3 Função Contramajoritária dos Direitos Fundamentais	20
2. DIREITO À EDUCAÇÃO E A PROTEÇÃO DADA AS PESSOAS NEGRAS: DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À ATUAÇÃO DO STF	26
2.1. Segregação racial: uma breve análise do desenvolvimento do Direito à educação para a povo negro.....	29
3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SUAS RELAÇÕES COM A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
3.1. Dos pressupostos arguidos pelo Partido Democratas (DEM).....	33
3.2. Das Medidas Cautelares de Urgência.....	35
3.3. Argumentos dos Ministros do STF na decisão sobre a ADPF 186/DF	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, densificações da dignidade da pessoa humana são princípios basilares para a formação e concretização de um Estado Democrático de Direito. Nesse ínterim, a busca pela atuação positiva do Estado é algo que vem se tornando cada vez mais discutido atualmente. E um dos casos mais emblemáticos enfrentados pela nossa história recente trata do acesso ao ensino superior por meio de políticas de ações afirmativas, notadamente, as cotas étnico-raciais.

A introdução dos direitos humanos na sociedade moderna, que está intrinsecamente ligado à evolução de um Estado Liberal para um Estado Social e Democrático, trouxe consigo algumas obrigações em relação à atuação vertical do Estado para com o indivíduo. Nesse momento, não basta a simples operação negativa do Estado, de modo a não interferir na vida privada das pessoas, mas uma atuação concreta e positiva que garanta ao particular meios para se chegar ao um objetivo comum.

Impende dizer que apesar do avanço na introdução dos direitos fundamentais na modernidade, aqui direcionados ao âmbito brasileiro, não se pode deixar de notar controvérsias que o corpo social ainda se depara quando direcionados a alguns aspectos enraizados e dissipados na sociedade. Um desses problemas, que entendemos pujante, é o racismo estrutural, que age encoberto para barrar e impedir a ascensão e promoção de indivíduos negros nos meios aos quais estão inseridos.

Para superar problemas como o racismo estrutural, os poderes do Estado se manifestam por meio de ações afirmativas, ou, se melhor convier, políticas públicas que tem como finalidade a redução de barreiras e redução das desigualdades sociais, elaborando e aplicando métodos de estruturação e modulação a determinados grupos, sendo, ao longo deste trabalho, usado o termo minorias social.

O presente trabalho, ao proceder essa verificação, tenta, por meio da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186 entender como este órgão, pautado pela obrigação de observar e aplicar, de maneira a efetivar os direitos fundamentais, atuou ao confirmar as políticas públicas de cotas raciais de acesso às instituições de ensino superior no Brasil.

Assim, nesta ordem de ideias, surge o questionamento na qual se recai o presente trabalho: é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira contramajoritária ao julgar a ADPF 186? Logo, para responder essa questão, precisou-se recorrer a alguns objetivos, quais sejam: (i) entender como a função contramajoritária atua na proteção das minorias sociais; (ii) observar, de forma dogmática o racismo estrutural e seu vínculo com o núcleo da ADPF 186; (iii) por fim, analisar a repercussão deste julgamento com a lei de cotas raciais.

Sustentar-se-á, portanto, a viabilidade e constitucionalidade das políticas de cotas no Brasil – nos delimitando ao acesso ao ensino superior –, em razão da visível desigualdade social, precipuamente pelo histórico escravagista não muito distante e que erradia, até o presente momento, por meio do racismo estrutural, seus efeitos para as pessoas negras.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

O direito passou por um desenvolvimento sistemático ao longo das últimas décadas, tendo como maior ponto de partida o pós-segunda guerra, dando margem para a entrada, no campo do direito internacional, do que hoje denomina-se direitos fundamentais, que são designados como uma expressão dos direitos humanos¹.

Nesse instante, toma-se o fim da 2ª Guerra Mundial como fator preponderante para a consolidação e transição não apenas dos constitucionalismos modernos, mas também de mudanças onde passa a se enxergar o direito não apenas baseado no seu sentido de legalidade estrita, mas em uma transição contínua que busca proteger os direitos fundamentais². Assim, a vanguarda concepção da Constituição enquanto norma é cristalina, instante em que percebe-se sua função de proteção dos direitos fundamentais e das minorias sociais³

Ainda, não se pode deixar de observar que, os direitos fundamentais, como densificações dos direitos humanos participam da construção, por sua vez, do Estado Constitucional⁴. Assim, podemos sustentar que os direitos fundamentais expressam o sentido formal e material de um Estado Constitucional.

Como explica Ferrajoli, o sistema constitucional, notadamente regulado pelas constituições rígidas, atuam como parâmetro de vínculos e limites impostos a legislação, em garantia dos direitos fundamentais⁵, tanto na esfera Estado e Indivíduo, quanto Indivíduo e Indivíduo⁶. Tudo isso importa na constitucionalização do direito e à judicialização da política e das relações sociais, como o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos⁷.

Ainda segundo Ferrajoli:

1 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

2 Assim, observa-se que o movimento do Estado Social, associado ao constitucionalismo moderno, efetivou-se após o fim da 2ª Guerra Mundial e consolidou o papel do Estado como atuante para a garantia de direitos aos cidadãos, atribuindo-lhe papel mais significativo do que a abstenção de uma intervenção. SILVA, Tatiana Mareto. **O Constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil: uma análise da evolução do papel do poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas**. Brasília: Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2. N. 1, 2016, p. 277

3 CORBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais Online, v. 4, 2014, p. 03.

4 CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira**. Curitiba: Rev. de Investigação Constitucional, vol. 9, n. 1, 2022, p. 138.

5 FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através dos direitos**. Madrid: Trota, 2001, p. 220.

6 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60.

7 GOMES, Juliana Cesária Alvim. **Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente?** Rev. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 04, 2022, p. 2697

*Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos substanciales, o sea prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo*⁸.

Atualmente, muito se fala nas gerações dos direitos fundamentais, representado pelas características históricas e sociais que imporão ao sistema a necessidade de revitalização do modo como se enxerga e se aplica o direito, principalmente ligado a nascença do sistema capitalista no século XVIII.

Ainda, quando se pensa na reforma do direito com base nos direitos fundamentais, é importante nos atermos a Revolução Francesa de 1789, que se baseou nos seus *status* de liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade, abrindo caminho para a transição do Estado absolutista para o moderno⁹ e as declarações criadas pelos Estados norte-americanos, por volta dos anos de 1776.

Em ênfase a Revolução Francesa, marcada pelo Iluminismo, podemos traçar suas influências na formação do Estado moderno ao estabelecer o homem como centro e fundar bases racionais para o governo de um estado. O indivíduo adquiriu destaque e, com isso, dissociou-se do coletivo e passou a importar tano quanto, ou até mais do que o grupo¹⁰.

Nessa mesma direção, outros estados passaram a analisar de forma mais sustentável e consciente a construção de suas normas domésticas, dando concretude a busca pelo sentido de dignidade humana e reestruturando gradativamente as gerações dos direitos fundamentais.

Muitos autores referem-se a “*gerações*” dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos como os de solidariedade, ao desenvolvimento econômico (sustentável) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, havendo direitos de quarta geração, relacionados ao cosmopolitismo e à democracia universal¹¹.

8 Podemos conceber o constitucionalismo como um sistema de vínculos substâncias de proibições ou obrigações impostas pelas cartas constitucionais e precisamente pelos princípios dos direitos fundamentais onde estão estabelecidos a todos os poderes públicos, incluindo o legislativo. FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales**. Universidad de Roma, n. 15, 2006, p. 114.

9 MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: proteção e promoção da pessoa humana. Curitiba: Ed. Jaruá, 2016, p. 26.

10 SILVA, Tatiana Mareto. **O Constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil**: uma análise da evolução do papel do poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. Brasília: Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2. N. 1, 2016, p. 279

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 35

Vale observar, ainda, que o sentido de dignidade da pessoa humana desenvolveu-se ao longo dos anos, pois, como é sabido, nos exórdios da história, esse termo era direcionado a posição social ocupada pelo indivíduo¹², havendo aqui uma sobreposição do ter sobre o ser.

Em contramão deste sentido, o Estado de Direito, calcado nos direitos fundamentais impõe a democracia o reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas¹³, respaldando no Estado moderno o protagonismo do ser sobre o ter, universalizando, de sobremaneira, o alcance da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o sistema constitucional passou por várias mudanças, influenciados pelos acontecimentos externos e que irradiaram suas ideias para o nosso país. Precipualemente os ideais norte-americanos sobre o direito que, por sua vez foram conectados pelas revoluções europeias.

A Constituição outorgada em 1824, por exemplo, trouxe consigo algumas características como os direitos civis e políticos e a separação dos poderes, nascendo assim os direitos de primeira geração.

Numa brevíssima esquematização, os Direitos Fundamentais de primeira dimensão (geração) são aqueles que exigem uma prestação negativa ou omissão, ou seja, devem ser entendidas como vedação ao Estado (em uma senha absolutista) de interferir nas esferas de liberdade, da segurança, da propriedade etc. asseguradas aos cidadãos como liberdades públicas individuais¹⁴.

Por sua vez, a Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de 1919 propiciou o engatinhou os direitos sociais no Brasil¹⁵. Essas constituições, com isso, representam marcos jurídicos do surgimento de uma nova classe de direitos, quais sejam, os direitos de segunda geração¹⁶. Como salienta... os de segunda dimensão cuidam das chamadas prestações positivas por parte do Estado, criadas para dar conta de determinadas necessidades coletivas e asseguradas pelos Direitos Sociais, de nítida inspiração no modelo de Estado de Bem-Estar Social do período pós-guerra¹⁷.

12 Nos dizeres de Dimoulis e Martins: “a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros de sua comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.)

13 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 19

14 128 – mandar para o rodrigo e perguntar qual o livro

15 SANTOS, Bruna Izídio; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O princípio contramajoritário como mecanismo regulador da soberania**. São Paulo: I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2011, p. 5-6.

16 BRANDÃO, Rodrigo. A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA na Lochner Era, manutenção do status quo e o advento do Estado Social. In: BRANDAO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018, 168

17 128

Ao saltarmos para a Constituição Federal de 1988, observamos que ela foi a primeira da história pátria a prever em seu arcabouço um título próprio destinado aos direitos fundamentais¹⁸, mostrando a importância da construção de um sistema constitucional regido por garantias fundamentais, abrindo lugar também para os direitos de terceira geração.

Por fim, os de terceira dimensão seriam os Direitos mais condizentes com a “ausência de fronteiras” preconizadas pela(s) tentativa(s) – e porque não constatação – de compreender o mundo atual como globalizado, na medida em que não se destinam a proteger destinatários determinados (ou determináveis, *a priori*), mas sim uma “transindividualidade” capaz de, num nível elevado de generalização, englobar toda a humanidade: por exemplo, o direito ao meio ambiente saudável¹⁹.

Neste instante, o legislador optou por mostrar clara e inequivocamente o caráter hierárquico que os direitos fundamentais têm nesse novo período da história nacional. O legislador constituinte buscou abarcar o mais variado tipo de direitos, principalmente diante de um visível desenvolvimento plural da sociedade no qual estamos inseridos, deixando o que no direito chama-se de cláusulas abertas²⁰, que dão margem para a criação de novos direitos fundamentais.

Para Novais, as cláusulas abertas são importantes, pois:

Numa sociedade pluralista e aberta, a questão das relações entre Estado de Direito e democracia, independentemente das aparências de consenso induzidas pela progressiva aceitação da associação/complementariedade entre os dois princípios, nunca se encerra. Ela renasce, aberta e implicitamente, em cada nova polêmica em que a liberdade individual se confronte com os interesses e decisões das maiorias (...)²¹.

Logo, na formação da constituição, fica visível a observância dos constituintes de 1988 de veicular um projeto de transformação social²², que só os direitos fundamentais podem garantir. Um direito fundamental, por exemplo, que se encaixa no que foi exposto é o livre desenvolvimento da

18 De acordo com Sarlet “Isso se deu em parte (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente – no que acabou o Brasil trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e posteriormente, pelas Constituições de Portugal e Espanha (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 73)

19 128

20 CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira**. Curitiba: Rev. de Investigação Constitucional, vol. 9, n. 1, 2022, p. 140

21 NOVAIS, p. 32

22 BRANDÃO, Rodrigo. A problemática exegese do art. 60, p. 4, IV, da CRFB/1988. Uma proposta de interpretação sistemática sob os influxos do princípio democrático. *In*: BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, 168

personalidade, que não tem previsão na Constituição Federal, entretanto, não quer dizer que não faça parte do sistema jurídico brasileiro, sendo um direito fundamental atípico²³.

Mendonça, ao tratar da teoria garantista de Ferrajoli, elenca quatro aspectos que este autor entende para que um direito tenha o *status* de fundamental, qual seja: (i) a proteção do sentido de igualdade das pessoas titulares de direito; (ii) a relação entre direito e democracia; (iii) o direito fundamental e paz, assunto reiteradamente apontado por Ferrajoli quando trata da quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais e; (iv) o papel do direito como lei do mais fraco²⁴.

Dando protagonismo a última característica sustentada por Ferrajoli como parâmetro para a formação de um direito fundamental, podemos sustentar também que, por meio das cláusulas pétreas impostas na Constituição de 1988, o legislador buscou, de sobretudo garantir às minorias direitos e um protecionismo mais abrangente.

Assim, portanto, entende-se que os direitos fundamentais introduzidos no sistema normativo brasileiro têm como fito serem posições jurídicas individuais que protegem e legitimam garantias dadas a todas as pessoas²⁵.

Essa expressão protecionista se dá principalmente ao observar a relação do uso contínuo e massificado do sentido democrático como meramente numérico, com objetivo de obtenção e supressão de direitos indivíduos e coletivos, argumento falível, contudo, em um sistema constitucional afagado pelos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

1.2. A rigidez constitucional e sua relevância para o Sistema Democrático de Direito e para a construção de um bem-estar social

Os direitos fundamentais, como apontado no título anterior, possuem um caráter de perenidade. Não por menos, a rigidez e continuidade destes direitos se dão pela necessidade da proteção integral e espontânea de seus tutelados. Ficando estes, caso contrário fosse, à mercê da volubilidade dos processos de desenvolvimento de seu derredor.

Gracias a la rigidez de las constituciones la legalidade há cambida sua naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no soladamente formales sino también

23 MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana. Curitiba: Ed. Jaruá, 2016, p. 89.

24 MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. **Garantismo**: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. 16ª Ed. Brasília: Rev. UNB, p. 367

25 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Ed. Coimbra: 2006. p.18-19.

*sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino es también proyección jurídica de la legislación misma (...)*²⁶.

Nesse contexto, cabe examinar — mesmo que brevemente — a relevância das constituições nascidas após a Segunda Guerra Mundial, que fixaram os parâmetros para uma proteção significativa dos direitos humanos. Essas proteções criaram mecanismos substanciais que pudessem mostrar as pessoas que, após o recrudescimento dos meios de interação entre os Estados e os individuais, houve a aquisição de capacidade e eficácia para salvaguardar direitos.

A incorporação de direitos substanciais nas constituições, no entanto, como já visto, clamava por mais atuação para que esses direitos não fossem violados nem mesmo pelos representantes do povo, pois isso se viu possível após a 2ª Guerra Mundial. Assim, democracia e efetivação de direitos fundamentais devem ser indissociáveis em um estado constitucional de direito²⁷.

Por outro lado, é relevante mencionar que a efetivação dos direitos fundamentais passa pela sua característica de ser o núcleo duro do direito, o que não seria possível sem o equilíbrio trazido pelas constituições rígidas.

A estabilidade de uma Constituição é uma qualidade desejável. Traz uma sensação de segurança, permitindo o acúmulo de experiências que torna possível um aprimoramento da própria obra constitucional. Do contrário, sua alteração frequente retira do povo ou da nação a experiência desejável para o seu conveniente manejo. Como estão firmemente definidas, as Constituições Rígidas impedem os pequenos desvios e mudanças que ocorrem nas Flexíveis²⁸.

Por tudo, diante da evolução dos sistemas constitucionais, albergou-se cristalino que o povo é soberano, devendo seus direitos e garantias ser fincados em normas robustas. Contudo, ao mesmo tempo que é importante suscitar o lugar dos povos, deve-se entender que as constituições, além de compartilhar o caráter de soberania, ainda ocupam um espaço de protagonismo diante da sua supremacia²⁹.

26 “Graças a rigidez das constituições a legalidade tem desenvolvido sua natureza: não é mais somente condicionante e reguladora, mas está ela própria condicionada e regulada por vínculos jurídicos não somente formais, mas também substanciais; não é mais simplesmente um produto do legislador, é também proteção jurídica da própria legislação” (FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales**. Universidad de Roma, n. 15, 2006, p. 114.)

27 SILVA, Tatiana Mareto. **O Constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil**: uma análise da evolução do papel do poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. Brasília: Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2. N. 1, 2016, p. 277

28 NETO, Duarte José. **Rigidez e estabilidade constitucional**: estudo da organização constitucional brasileira. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 65

29 SANTOS, Bruna Izídio de Castro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O princípio contramajoritário como mecanismo regulador da soberania**. In: I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, Jacarezinho (Brasil)... Anais, 2011, p. 15

Ao tratar da criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Sarlet elucida que a introdução desse sistema mostrou notáveis avanços desde que foi proclamada em 10 de dezembro de 1948, constituindo esperanças para os seres humanos³⁰. Por esse motivo, as experiências de que trata as constituições rígidas exortam não apenas as necessidades passageiras das pessoas, mas a possibilidade de que sua história e seus anseios pessoais – que envolvem o seu livre desenvolvimento, cultura, filosofia de vida, dentre outros – sejam devidamente respeitados, rompendo até mesmo barreiras territoriais.

Ainda sob a égide das análises de Sarlet, ao tratar as formas de estudos sobre os direitos fundamentais, e baseando-se nas ideias do jurista lusitano Vieira de Andrade, argumenta que sobre o prisma das perspectivas adotadas na observação dos direitos fundamentais, pode-se elencar três perspectivas importantes e que mostram a intercomunicação dos direitos fundamentais com outros ramos do conhecimento:

- a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista, para o autor), que cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacional), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar³¹.

O efeito dessas perspectivas se afere no que a doutrina tradicional invoca como *reserva do possível*, que é a limitação, até mesmo para os direitos fundamentais, restringindo sua atuação positiva, de forma que o Estado respeite e não interfira em outros bens comuns e consolidados, especialmente diante dos direitos de segunda geração³² mas que atuem no sentido de efetivar direitos fundamentais necessários para garantir o mínimo existencial aos indivíduos, como saúde, educação, dentre outros.

A grande maioria dos direitos fundamentais depende de prestações positivas, exigindo gastos financeiros por parte do Estado, que encontra restrições para a total efetivação desses direitos na escassez de recursos. Deste modo, o âmbito de proteção abrange o bem jurídico tutelado que muitas das vezes não é facilmente identificado em razão da vanguarda semântica ou de se determinar a extensão de proteção de determinado direito fundamental³³.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª Ed. Livraria do Advogado, 2018, p. 22.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª Ed. Livraria do Advogado, 2018, p. 22.

32 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

33 Moreira continua, ao tratar das questões envolvendo direitos fundamentais na perspectiva de Virgílio Afonso da Silva, dizendo que “o suporte fático não é definido apenas pelo âmbito de proteção. Este é apenas um de seus elementos. A

Entretanto, não é possível deixar a mercê do Estado a decisão de implementar ou não ao menos uma parcela mínima de cada direito fundamental social necessária para garantir a vida digna de cada indivíduo, sob pena de atentar diretamente contra os direitos e garantias constitucionais³⁴.

A reserva do possível então trabalha com mecanismo de soluções dialógicas entre os poderes, de maneira a instrumentalizar e fazer efetivar normas constitucionais devidamente postas, mas sempre enxergando a necessidade do equilíbrio e separação dos poderes institucionais, mesmo diante de suas funções atípicas³⁵.

É imprescindível também entender que mesmo diante da capacidade do Estado de fazer efetivar direitos é necessário, contudo, uma análise sobre os recursos necessários disponíveis, sendo que a reserva do possível leva em consideração não apenas a existência de recursos materiais suficientes para a efetivação do direito social, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida³⁶.

Nesse contexto, é razoável sustentar que a rigidez das constituições age não apenas na proteção dos indivíduos, mas na capacidade de se fazer efetivar os direitos fundamentais. Em contraponto, é necessário dizer que nem todos os direitos estão dentro da capacidade da figura estatal, tendo que haver meios alheios a ele de maneira a não dar todo o poder ao Estado e dando liberdade aos indivíduos para que por conta própria busquem e trabalhem na composição de seus direitos.

1.3 Função Contramajoritária dos Direitos Fundamentais

A humanidade, desde seus exórdios deparou-se com inúmeros conflitos sociais. Essas manifestações ostensivas estão marcadas pelo constante dissenso e desenvolvimento do indivíduo enquanto participante de um domo social pluralista. Iná de Castro, ao tratar da política à geografia política, expõe que os conflitos sociais se dão, em grande parte por interesses territoriais e “surtem

intervenção (geralmente estatal) também faz parte do suporte fático, pois a consequência jurídica da norma só pode ocorrer se houver uma intervenção no âmbito da proteção. O terceiro elemento, colacionado pelo autor, é a ausência de fundamentação constitucional que autorize a intervenção. Caso exista alguma fundamentação constitucional para a intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, não se estaria diante de uma violação, mas de uma restrição a este direito que impede a realização da consequência jurídica” MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: proteção e promoção da pessoa humana. Curitiba: Ed. Jaruá, 2016, p. 98

34 SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário**. Curitiba: Rev. da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 4, n. 7, 2012, p. 529

35 LEBA, Thalles Furtado. **Supremacia Judicial e competências monocráticas**: duas críticas a atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Florianópolis: Revista de Direito Brasileira, v. 23, n. 9, p. 159.

36 SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário**. Curitiba: Rev. da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 4, n. 7, 2012, p. 529

das relações sociais e se territorializam, ou seja, materializam-se em disputas entre esses grupos ou classes sociais(...)”³⁷.

Para além disso, podemos trazer à tona no debate a participação da cultura e como ela direciona o modo como ordenamos as apreciações morais e valorativas, com base nos diferentes comportamentos sociais, gerando preconceitos. E com isso, faz com que reajamos de maneira depreciativa em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria e discriminando assim o comportamento desviante³⁸

A categoria de direitos fundamentais, alcançando a perspectiva de defesa em favor da dignidade humana, portanto, funciona como uma posição de proteção dos indivíduos frente ao poder do mais forte. Ou seja, os direitos fundamentais atuam como posições e barreiras jurídicas face ao Estado, Governo democraticamente eleito, o que, em um regime político baseado na regra da maioria, significa, por tudo, um trunfo contra as maiorias³⁹.

Há como se sustentar que a dignidade sempre também cumpre uma função política (normativa embora não jurídica) fundamental, atuando como referência para o processo decisório político e jurídico, visto que torna incontroverso (no sentido de uma “metáfora absoluta”) a decisão em si mesma do reconhecimento da dignidade humana no âmbito de um consenso sociocultural (...)”⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, Santos diz que: “o direito fundamental seria como possuir um trunfo, um coringa de cartas, cuja função é prevalecer sobre todas as outras normas, ainda que a norma utilizada como parâmetro seja de alto valor, combatendo, inclusive, a legitimidade democrática de determinadas regras”⁴¹.

Falar sobre isso é importante porque há um paralelo entre os direitos fundamentais e política, precipuamente por não poder se negar que toda e qualquer norma jurídica é de natureza política. Logo, o direito se converte em um produto da política. Contudo, a política se subordina ao direito, existindo limitações dentro de um estado constitucional⁴².

Em linhas gerais, a ideia de um sistema que refreasse a atuação das assembleias legislativas estava diretamente associada à concepção de que as maiorias deveriam ser limitadas em sua atuação. Neste sentido, os federalistas delinearum um arranjo

37 CASTRO, Iná Elias. **Geografia e Política: Territórios, escalas de ação e instituições**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 41.

38 LARAIA, Roque de Barros. **Cultura. Um conceito antropológico**. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 67-68.

39 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Ed. Coimbra: 2006. p.18-19.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 96

41 SANTOS, João Paulo Marques. **Justiça Constitucional e sua função contramajoritária: da limitação à sua legitimidade**. Rev. de Direito Constitucional Internacional, vol. 116, 2019, p. 4

42 FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia através de los derechos**. Ed. Trotta: Bologna, Itália, 2014. p. 21.

institucional em que permitiria o controle das investidas “apaixonadas” das maiorias tanto no âmbito do próprio legislativo, como na relação com os três poderes⁴³.

Por isso, é importante entender que a soberania popular está estritamente ligada aos limites constitucionais já estabelecidos.

(...) limites son una garantía de supervivencia de la misma democracia política, que, faltando estos, podría quedar a expensas de la omnipotencia de las mayorías, según han demostrado en nazismo y el fascismo del siglo pasado que conquistaron el poder con medios legales y formalmente democráticos y luego suprimieron la democracia⁴⁴.

Nesse sentido, os direitos fundamentais servem como trunfos contra as eventuais maiorias, como um feixe de garantias, constituindo diversos direitos ao cidadão, ao passo que limita o poder do Estado⁴⁵. Isso porque, mesmo a democracia tendo sentido de poder do povo, ou poder da maioria, existem barreiras à sua atuação, e caso não houvesse, poderia ocasionar danos irreparáveis a sociedade⁴⁶.

Para isso, Ferrajoli criou o modelo e teoria garantista para reafirmar a sobreposição e o lugar hierarquicamente superior da Constituição em detrimento das demais normativas e avaliou de modo sistemático a relevância do Poder Judiciário, dentro do sistema de freios e contrapesos institucionais.

Ao analisar a teoria garantista de Ferrajoli, Portale e Sanches concluíram que:

El modelo garantista de derechos mediante el cual postula un cambio estructural en la aplicación del derecho y la concepción de la democracia, que se traduce en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano de procedimiento como – he aquí la trascendencia de su argumento – en el contenido de sus decisiones⁴⁷.

Neste aspecto, tomando como base a teoria pluralista das atribuições de um tribunal Constitucional, Georges Abboud elenca quatro funções essenciais, a saber:

43 CORBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais Online, v. 4, 2014, p. 03.

44 Limites são uma garantia de sobrevivência da democracia política, que, se faltasse, poderia acabar pela expansão da onipotência das maiorias, como demonstrado no nazismo e fascismo do século passado que conquistaram o poder por meios legais e formalmente democráticos e logo suprimiram a democracia. FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através dos direitos**. Madrid: Trota, 2001, p. 36

45 ABBOUD, Georges. **STF vs. Vontade da Maioria**: as razões pela qual a existência do STF somente se justifica se ele contramajoritário. Revista dos Tribunais, v. 921, 2012, p. 04.

46 FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através dos direitos**. Madrid: Trota, 2001, p. 36

47 “O modelo garantista de direito mediante a qual postula um desenvolvimento estrutural na aplicação do direito e a concepção da democracia, que se traduz no imperativo jurídico da sujeição de toda forma de poder ao direito, tanto em um plano de procedimento – e aqui há a transcendência de seu argumento – e a contenção de suas decisões. PORTALES, Rafael Enrique; SÁNCHEZ, Rogerio López. **Los derechos fundamentales em lá teoria jurídica garantista de Luigi Ferrajoli**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 4, 2007, p. 51

(1) Limitar o Poder Público – último ponto em que ocorre o controle dos atos do Poder Executivo; (2) Garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário; (3) Corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo, função que a jurisdição constitucional adquiriu em virtude do recrudescimento das decisões manipulativas e aditivas; (4) Conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da própria Constituição Federal, pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional, desde que constitucionalmente fundamentadas⁴⁸.

Dando ênfase no que Abboud entende como proteção das minorias, é necessário observar que aqui não estamos diante de um sentido número dos indivíduos, mas de um contingente de pessoas marginalizadas na sociedade – social, cultural, econômica, politicamente, dentre outros mais fatores –, e a continuidade de tais minorias condiciona a manutenção dos preconceitos e opressões.

A ampliação do uso dos termos minorias para referir-se a sujeitos ou grupos minoritários, no sentido de grupos excluídos do direito à cidadania plena, foi tornando cada vez mais visível a insuficiência do critério numérico para a distinção entre os termos minoria-maioria, posto que as minorias, muitas das vezes, correspondem numericamente à maioria da população, como no caso das mulheres, dos pretos, pardos e pobres do Brasil⁴⁹.

Conforme exposto, portanto, quando falamos de minorias sociais, ou de grupos minoritários, estamos de frente a um sentido de submissão e descaso, principalmente quando se faz uma análise histórica das relações de poder, e onde estes grupos (mulheres, pretos, pobres, etc) foram colocados em detrimento das camadas hegemônicas detentoras das estruturas de poder: não por menos, atualmente nos deparamos com conceitos como machismo, ou como núcleo desta pesquisa, o racismo estrutural.

Nesse sentido, os estudiosos, tornaram mais rígido a conceituação do sentido de minorias, se verificando que esses grupos estão inseridos, pondo em relevo o elemento da não dominância, da subjugação ou da vulnerabilidade, independentemente da quantidade de membros⁵⁰.

Outrossim, é de uma luminosidade solar a maneira como os direitos fundamentais entendem a figura das minorias dentro de uma sociedade contemporânea, além de que, atualmente, não se pode

48 SANTOS, João Paulo Marques dos Santos. **Justiça Constitucional e a sua função contramajoritária**: da sua limitação à sua legitimidade. Rev. dos Tribunais: Rio de Janeiro, vol. 116, 2019, p. 6.

49 RAMACCIOTTI, Barbara Lucchesi; CALGADO, Gerson Amauri. **Construção do conceito de minorias e o debate teórico no campo do Direito**. Rev. Sequência: Florianópolis, vol. 42, n. 89, 2021, p. 6.

50 RAMACCIOTTI, Barbara Lucchesi; CALGADO, Gerson Amauri. **Construção do conceito de minorias e o debate teórico no campo do Direito**. Rev. Sequência: Florianópolis, vol. 42, n. 89, 2021, p. 8.

falar em um sistema constitucional sem ligá-lo aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a sua função contramajoritária⁵¹, ou seja, a sua atuação na proteção das minorias.

É aqui que se revela a natureza e a força do Estado de Direito, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição do mais débil, mais impopular ou mais ameaçado, não para fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher o livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos cidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projetos, isto é, a competir com armas iguais e no livre mercado das ideias⁵².

Ou seja, é razoável dizer que a função contramajoritária não tem finalidade de ir sempre contra a vontade das maiorias, mas, sim, ter poder de contrariá-las em prol do texto constitucional. Isso porque, em exemplo, um governo democraticamente legitimado pode criar normas que prejudiquem eventuais minorias e/ou pessoas⁵³. Portanto, sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia, sendo aquele uma condição de existência desse⁵⁴.

Ao longo dos tempos, se teceu muitas críticas em detrimento ao sistema contramajoritário, principalmente quando nos deparamos com argumentos como o ativismo judicial, sendo que alguns entendem que não cabe ao Judiciário atuar em casos que envolvam a proteção das minorias; a democracia, como princípio majoritário e, conseqüentemente, o direito legítimo dado pelas massas ao poder Legislativo⁵⁵.

Corbo, ao contrarrazoar esses argumentos, elucida que:

o princípio majoritário e o princípio do consentimento das minorias podem ser restringidos à luz da finalidade constitucional de proteção de minorias. Isto decorre, no entanto, não em razão da necessidade de tutela genérica dos direitos fundamentais, mas sim da aplicação do princípio da igualdade como não-discriminação e não invisibilidade.⁵⁶ Note-se, neste sentido, que “minorias” não pode ser considerado como um conceito puramente numérico, mas deve levar em consideração a verificação de discriminação ou invisibilidade histórica de um determinado grupo⁵⁶.

51 “O contramajoritarismo visa proporcionar a participação das minorias e assegurar que estas não sejam sufocadas por supressões dos valores democráticos impostas pela maioria em benefício próprio” (SANTOS, Bruna Izídio de Castro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O princípio contramajoritário como mecanismo regulamentador da soberania**. In: I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, Jacarezinho (Brasil)... Anais, 2011, p. 12).

52 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Ed. Coimbra: 2006. P. 35

53 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018. p. 27.

54 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Ed. Coimbra: 2006. p. 20.

55 CORBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais Online, v. 4, 2014, p. 05.

56 CORBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais Online, v. 4, 2014, p. 05.

Nos sistemas constitucionais, os responsáveis pela aplicação dos direitos fundamentais são as supremas cortes. Ou seja, existe aqui a partição do Judiciário⁵⁷ como órgão elementar para a proteção das minorias, no caso do Brasil, papel entregue do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁸. Assim, foi atribuído ao STF o papel de guardião da Constituição, e mais do que isso, a própria Constituição lhe conferiu competências superlativas⁵⁹.

Ou seja, neste ponto, o Judiciário atua de maneira atípica à sua função, legislando sobre determinados aspectos, que, por ação ou omissão, são deixados de lado pelo próprio legislador.

Cabe também destacar o que no direito denomina-se de controle preventivo e repressivo das normas. Sendo que o primeiro trata de a possibilidade de qualquer poder do Estado impedir que determinado dispositivo seja introduzido no sistema jurídico atual. Enquanto o sistema repressivo, critério apenas do judiciário, se dá quando este órgão enxerga, dentro de uma norma formalmente posta déficits materiais, podendo assim derrubá-las⁶⁰.

Por consequência, as cortes constitucionais têm função de decidir sobre os chamados casos difíceis, usando do caráter coercitivo do direito para manter a ordem e a estabilidade – no Brasil, a atuação por parte do Supremo Tribunal Federal passou a ser mais incisiva após a redemocratização, fato esse ligado à estabilidade e equilíbrio entre os poderes –.

É interessante analisar a evolução do papel do Supremo Tribunal Federal no sentido de que nesse momento da história nacional, marcado pela ditadura militar, este órgão apenas se ocupava de casos destituídos de importância. Contudo, após a redemocratização, alçou-se como àquele que “dá a última palavra” e que, além de tudo, norteia as relações jurídicas nacionais mesmo não possuindo caráter de representatividade democrática, não sendo seus membros escolhidos pelo povo⁶¹.

No período imediatamente subsequente à promulgação da Constituição Federal de 1988 até meados dos anos 2000, o STF adotava uma postura de autocontenção, deixando de interferir em questões que fossem consideradas de cunho político, sendo

57 “A Justiça Constitucional surge com o propósito de efetivar as garantias entabuladas pelo constitucionalismo, transmutando-se num verdadeiro instrumento de coibição dos excessos praticados pelo Estado [...]” (SANTOS, João Paulo Marques. **Justiça Constitucional e sua função contramajoritária**: da limitação à sua legitimidade. *Revistas dos Tribunais*, v. 116, 2017, p. 02).

58 ABOUD, Geoges. **STF vs. Vontade da Maioria**: as razões pela qual a existência do STF somente se justifica se ele contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, v. 921, 2012, p. 04.

59 LEBA, Thalles Furtado. **Supremacia Judicial e competências monocráticas**: duas críticas a atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Florianópolis: *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, p. 150.

60 SANTOS, Bruna Izídio; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O princípio contramajoritário como mecanismo regulador da soberania**. São Paulo: I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2011, p. 9

61 SILVA, Tatiana Mareto. **O Constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil**: uma análise da evolução do papel do poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. Brasília: *Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, v. 2. N. 1, 2016, p. 284.

que tal *modus operandi* se justifica diante do cenário de transição vivido pelo Brasil durante esse período⁶².

Luigi Ferrajoli, ao tratar da teoria garantista dos direitos fundamentais, assevera que a atuação jurisdicional é imprescindível para a manutenção do sistema democrático. Nas suas palavras:

Assim, pois, frente a democracia somente formal ou política, a democracia constitucional, em seu modelo garantista, se caracteriza pela imposição jurídica aos poderes políticos, não somente nas formas de decisões, mas também do que antes se chama de esfera do “que não pode” e “do que deve ser decidido” [...]⁶³.

Em síntese, o Judiciário realiza a proteção das minorias sociais, usando como baliza os direitos fundamentais. Ainda, é de cristalina importância a atuação das Cortes Constitucionais em refrear o poder majoritário, marcado pelo sentido de democracia popular. Uma baliza entre os direitos fundamentais e a proteção das minorias.

Nesse diapasão, tomando como base a função contramajoritária dos direitos fundamentais e a atuação do Supremo Tribunal Federal nos chamados casos difíceis, começaremos a analisar a formação do entendimento desta corte no que concerne a proteção do direito ao acesso à educação superior por parte de uma minoria específica, no caso, a população negra, e como essa decisão tudo tem a ver com a função contramajoritária do Judiciário.

2. DIREITO À EDUCAÇÃO E A PROTEÇÃO DADA AS PESSOAS NEGRAS: DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À ATUAÇÃO DO STF

O sistema jurídico brasileiro assinalou diversos enfoques no direito à educação, de modo a tentar criar um estado de bem-estar social⁶⁴. Isso porque, a educação, em todos os seus níveis serve para emancipação do indivíduo além, é claro, do desenvolvimento da sociedade onde estão inseridos.

Sendo o direito à educação um direito fundamental, coube ao Estado o papel de realizar a administração não apenas das instituições de ensino, mas, também, de fiscalizar como elas estão atuando para a melhoria de vida da população. Isto é, verificar a qualidade do ensino brasileiro.

62 LEAL, Maria C. Henning; VARGAS, Elizane Fardin. *Ius Constitutionale Commune*: a potencial expansão da proteção das minorias sexuais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do reconhecimento do status de “categoria suspeita” e da incorporação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rev. Direito e Práxis: Rio de Janeiro, vol. 13, n. 02, 2022, p. 1324.

63 FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através dos direitos*. Madrid: Trota, 2001, p. 44

64 OLIVEIRA, Romualdo Portela; ARAÚJO, Gilda Cardoso. *Qualidade do ensino*: dimensão da luta pelo direito à educação. Rev. Brasileira de Educação: São Paulo, n. 28, 2005, p. 6.

Como mencionado, a reserva do possível atua como uma limitação à atuação positiva do Estado e, quando falamos disso, estamos diante da introdução de políticas públicas de efetivação dos direitos constitucionais basilares e dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, falar em qualidade da educação brasileira toma mão de um processo diversificado e problemático, no sentido de que vários fatores atuam para a construção da qualidade não apenas da educação, mas de todos os sentidos na qual esse termo é colocado.

É exatamente sobre a qualidade como um direito daqueles que foram incorporados à escola nas últimas décadas que pretendemos refletir (...) Qualidade é uma palavra polissêmica, ou seja, comporta diversos significados e por isso tem potencial para desencadear falsos consensos, na medida em que possibilita interpretações diferentes do seu significado segundo diferentes capacidades valorativas⁶⁵.

Em outras palavras, fazer uma análise sobre a qualidade da educação, seja no Brasil ou em qualquer outro país, envolve uma leitura fidedigna e pormenorizada da estrutura onde aquela nação está inserida e, por conseguinte, aspectos diversos como economia, cultura e sociedade na qual elas se solidificaram.

Portanto, qualificar a educação nacional, precipuamente por estarmos diante de uma necessidade maior de atuação por parte do Estado envolve, além de tudo, políticas públicas afirmativas o que, por sua vez, envolvendo aspectos dinâmicos da estrutura social.

É importante trazer à tona, antes de tudo, que existem dois tipos de políticas públicas: as políticas públicas focalizadas e as universais. As ações afirmativas universais têm um alcance geral, ou seja, a sua atuação transcende grupos ou pessoas, estando direcionado a todos. Por outro lado, as ações afirmativas focalizadas, como o próprio nome dispõe, trata de atuações por parte do Estado que tem um direcionamento fixo, podendo ser direcionado a pessoas, lugares ou, como delimitação desta pesquisa, as minorias⁶⁶.

Diante da reserva do possível, reluz um empasse, no sentido de que: se o Estado pode alegar a impossibilidade, momentânea ou contínua da aplicação dos direitos fundamentais com base na reserva do possível, como estaremos diante de uma aplicação prática e real dos dispositivos constitucionais?

⁶⁵ OLIVEIRA, Romualdo Portela; ARAÚJO, Gilda Cardoso. **Qualidade do ensino**: dimensão da luta pelo direito à educação. Rev. Brasileira de Educação: São Paulo, n. 28, 2005, p. 6.

⁶⁶ BATISTA, Neusa Chaves. **Cotas para o acesso de egressos de escola pública na Educação Superior**. Rev. Pro. Posições, v. 23, n 3, 2018, p. 44

Para responder esse questionamento, vale trazer o que Clarisse Duarte entende como parâmetros para a progressividade e, anexando à ideia proposta no presente trabalho, a promoção dos direitos e garantias fundamentais. Veja-se:

Via de regra, prevalece a discricionariedade dos Estados quanto ao momento de implementação de medidas concretas. Contudo, se os Estados não podem, de um dia para o outro, efetivar de forma integral e para todos os direitos previstos no Pacto, isso não significa que não devam agir de imediato, utilizando o máximo dos recursos disponíveis, e sempre em direção aos parâmetros internacionalmente estabelecidos, em evolução ascendente contínua. Não é possível retroagir⁶⁷.

A Constituição Federal de 1988 afirma em seu artigo 205 que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família”. Nesse mesmo caminho, o artigo 206 trata dos princípios gerais da educação, sendo que seu inciso IV trata da gratuidade do ensino público. Ainda, vale observar que o direito à educação se beneficia de mais garantias constitucionais, expressas no parágrafo 1º, do art. 5º e no parágrafo 6º do art. 60, além das normas internacionais relativas a direitos humanos, conforme assegura o parágrafo 2º do artigo 5º.

De todas as disposições constitucionais apontadas resultam, inequivocamente, avanços relevantes na promoção, proteção e exercício do direito à educação, em benefício da ampliação das possibilidades de participação do indivíduo na elaboração de valores da sociedade a que pertence, como já indicado⁶⁸.

Ao tratar sobre os vieses da educação no sistema constitucional brasileiro, Ranieri sustenta que esse direito flui sobre os direitos fundamentais, podendo ser observado tanto sobre a primeira dimensão quanto da segunda, enquadrando-se em realidades individuais e sociais⁶⁹.

Nessa mesma linha, Duarte afirma que embora a educação realize para o indivíduo uma inserção no espaço onde ele está alocado, principalmente quando direcionado ao caráter cultural, a educação individual se torna um bem comum, emanando para a sociedade “a continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar⁷⁰”.

Porém, é necessário imergir na história do nosso Estado, uma vez que nem sempre o direito à educação era garantido “a todos”. E diante disso, é necessário olhar para uma minoria específica e

⁶⁷ DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como direito fundamental de natureza social**. Ed. Soc: Campinas, v. 28, n. 100, p. 701.

⁶⁸ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Direito à Educação: Aspectos Constitucionais**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009, p. 45.

⁶⁹ “vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos a alcançar os seus fins.”

⁷⁰ DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como direito fundamental de natureza social**. Ed. Soc: Campinas, v. 28, n. 100, p. 697.

que, epistemologicamente, é uma maioria congênita da população brasileira, qual seja, a população negra.

2.1. Segregação racial: uma breve análise do desenvolvimento do Direito à educação para a povo negro.

É impossível, no estágio da nossa história atual, observar o acesso à educação para grupos étnico-raciais, no caso, a população negra, sem antes fazermos uma comparação, como tantas outras, de acontecimentos alienígenas, aqui dando ênfase ao caso *Brown versus Board of Education of Topeka*.

Fazendo uma pequena sinopse dos fatos que deram ensejo ao emblemático caso que mudou a história da educação e das relações raciais dos Estados Unidos na década de 50, nos deparamos com a menina preta, chamada Linda Brown, que era obrigada a andar 20 km para estudar. Acontece que, perto de sua casa, existia uma escola, porém, as leis e, principalmente, a segregação racial a impossibilitava de estudar naquela instituição de ensino. Isso porque, naquela escola só estudavam americanos brancos⁷¹.

Dando um recorte temporal, é importante dizer que enquanto a repercussão do caso americano estava em seu ápice, o Brasil, se punha à parte, pois não havia aqui uma política legalizada de segregação racial. Entretanto, a falta de um contingente legal que fizesse às vezes da segregação pura e estampada não quer (ia) dizer por si só que não havia (há) segregação educacional entre pessoas brancas e não-brancas no nosso país.

E aqui podemos trazer a figura do racismo institucional, que nada mais é que um dos vários vieses do termo núcleo, racismo. Ao analisar as falas do atual Ministro dos Direitos Humanos, Silvio Almeida, Mendonça propõe que:

O racismo institucional é uma categoria sociológica, pensada para caracterizar o funcionamento de algumas instituições que, por elementos históricos de formação,

⁷¹ “Diante de tal cenário, o pai de Linda, Oliver Brown, tentou matriculá-la na Sumner School sem sucesso. O seu pedido fora negado sob a justificativa de que aquela escola era exclusiva para estudantes de etnia branca. Vale ressaltar que na cidade de Topeka existiam dezoito escolas para brancos e apenas quatro para afro-americanos. Insatisfeito com a negativa, o pai de Linda recorreu à National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), uma reconhecida organização civil que batalhava contra a discriminação racial.” (MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. **O caso Brown versus Board of Education e a Segregação Racial nas Escolas Norte-America em paralelo com o racismo brasileiro.** Direito em Movimento: Rio de Janeiro, vol. 18, n. 1, 2020, p. 162.)

acabam por conceder privilégios a determinados grupos específicos da sociedade de acordo com a etnia⁷².

Ou seja, o racismo institucional, como gênero da qual o racismo é espécie é mais uma maneira de sobreposição hierárquica, velada, que as majorias exercem sobre as minorias, no caso, a população não-branca.

Detêm dessa sobreposição hierárquica os grupos majoritários, em especial, os grupos com domínio econômico e político. Isso porque, antes de tudo, é sensato afirmar que, mesmo após o fim da escravidão no Brasil, em 1888, os grupos hegemonicamente superiores apenas encontraram outros modos de subjugar à população negra. Tudo isso, institucionalizando seu modo de agir, de forma com que “normal” ou “natural” o seu domínio⁷³

Entender a relevância do racismo institucional para as relações sociais é saber que a prática do racismo não se mostra apenas com agressões, físicas ou verbais, (racismo direto, mas estão ligadas e amarradas de forma muito contundente na estrutura sociais e conseqüentemente, conferem, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça (racismo indireto)⁷⁴.

De acordo com Almeida:

A consequência de práticas de discriminação direta e indireta ao longo do tempo leva à estratificação social, um fenômeno intergeracional, em que o percurso de vida de todos os membros de um grupo social – o que inclui as chances de ascensão social, de reconhecimento e de sustento material – é afetado⁷⁵.

Por isso, entender que, mesmo indivíduos tendo acesso à educação de forma ampla, não necessariamente quer dizer que ela será emancipadora. Além de que, possivelmente poderá servir para a continuidade e permanência das desigualdades.

Ao analisar a inclusão e participação de mulheres negras dentro do âmbito político, Almeida e Machado sustentaram, sob a égide da chamada metodologia da interseccionalidade, a construção dos direitos e garantias ao gênero feminino com base na força do feminismo negro⁷⁶. A

⁷² MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. **O caso Brown versus Board of Education e a Segregação Racial nas Escolas Norte-Americanas em paralelo com o racismo brasileiro**. Direito em Movimento: Rio de Janeiro, vol. 18, n. 1, 2020, p. 167

⁷³ “No caso do racismo institucional, o domínio se dá com o estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados em raça, que servem para manter a hegemonia de grupos raciais no poder. Isso faz com que a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte civilizatório do conjunto da sociedade” (ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural: feminismos plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 41)

⁷⁴ Ibid., p. 37

⁷⁵ Ibid., p. 33

⁷⁶ O olhar interseccional permitiu perceber que o feminismo tradicional exclui a realidade de mulheres negras dentro de sua agenda política e jurídica, assim como constatar o machismo estrutural dentro do movimento negro. Passou-se a notar um desafio político nesses dois fenômenos ativistas e a urgência em “conceber a existência duma matriz colonial moderna

interseccionalidade, segundo as autoras é uma metodologia para análise de uma realidade natural ou cultural sob verificação⁷⁷.

Na consideração do problema, e sob a perspectiva do interseccionalismo, a participação das mulheres negras dentro da política se dá por fatores alheios à vontade. É, portanto, um leque de obstáculos, sociais, econômicos, culturais que impedem a mulher (neste caso, a mulher negra) de ascender politicamente. E isso nada mais é que um dos *modus operandi* do racismo dentro da estrutura social onde estamos inseridos.

Insurge de tudo isso o princípio da igualdade como norma fundamental do Estado Democrático de Direito. É famigerado a abordagem do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 como argumento que sustenta a igualdade racial no Brasil. Porém, deixa-se de lado, ao trazer como retórica princípio da igualdade, as relações estruturais na qual se fundaram nosso país e como isso influência até hoje nas relações sociais.

Com isso, é imprescindível, em todos os aspectos da nossa sociedade, observar sob a ótica da diferença que os indivíduos são submetidos, implícita ou explicitamente, velado ou escancarado. E tratar de direitos (dando foco nos direitos das pessoas pretas no nosso país) deve passar por essa peneira pragmática.

Com a internacionalização faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. A adesão dos países aos tratados significa que a diferença não mais seria utilizada para aniquilação dos direitos, mas, ao revés, para sua promoção⁷⁸.

Assim, com base no interseccionalismo e nas relações de sobreposição hegemônicas existentes em nossa sociedade, falar em uma educação para todos exige uma análise sistemática por parte do poder público. Além disso, precisa-se de uma atuação do Estado não apenas com políticas públicas universalizadas, mas focalizadas, instante em que se enxerga as relações de desigualdade existentes em nosso corpo social.

Então, quando tratamos não só de políticas educacionais, envolvendo acesso, qualidade ou continuidade de pessoas pretas dentro do âmbito escolar, precisamos, primeiro, reformar a maneira

cujas relações de poder são imbricadas em múltiplas estruturas, dinâmicas, sendo todas merecedoras de atenção. ALMEIDA; MACHADO, 2021, apud AKOTIRENE, 2019.

⁷⁷ ALMEIDA, Jéssica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Gênero, raça e participação Política da Mulher Negra: da visibilização à inclusão**. RDP: Brasília, vol. 18, n. 98, 2021 p. 393.

⁷⁸ BATISTA, Neusa Chaves. **Cotas para o acesso de egressos de escola pública na Educação Superior**. Rev. Pro. Posições, v. 23, n 3, 2018, p. 53.

como entendemos as relações raciais no país e por fim, desmistificar o preceito de igualdade amplamente difundido por defensores da igualdade racial brasileira.

No caso das políticas internas que visem “igualar” as relações interpessoais, Almeida elenca quatro itens necessários para que essa transformação aconteça:

a) promover a igualdade e a diversidade em suas relações internas e com o público externo – por exemplo, na publicidade; **b) remover obstáculos para a ascensão de minorias em posições de direção e de prestígio nas instituições;** c) manter espaços permanentes para debates e eventual revisão de práticas institucionais; **d) promover o acolhimento e possível composição de conflitos raciais e de gênero⁷⁹ (grifo nosso).**

Convém entender, com base nos itens “b” e “d” se colocam como fatores de mudanças drásticas e concisas e que se podem ser alcançadas por meio de políticas públicas de acesso à educação e proporcionalmente, com base na observação dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a otimização das relações raciais, com base no Direito, exige do sistema normativo, que possui fontes, formais e materiais, que o mantêm interligados com a realidade social sobre a qual incide avanços⁸⁰. Esses avanços, por sua vez, devem ser ligados os direitos fundamentais, de maneira a efetivar o que se impõe no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

⁷⁹ ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural: feminismos plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 48

⁸⁰ ALMEIDA, Jéssica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Gênero, raça e participação Política da Mulher Negra: da visibilização à inclusão**. RDP: Brasília, vol. 18, n. 98, p. 393.

3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SUAS RELAÇÕES COM A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

3.1. Dos pressupostos arguidos pelo Partido Democratas (DEM).

Em primeiro plano, é interessante levantar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como dispõe o artigo 102, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, é um processo do controle abstrato de constitucionalidade. Diante disso, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo⁸¹.

Por ser diversificado, coube ao ordenamento jurídico brasileiro criar uma normativa específica que regulamentasse a ADPF no intuito de facilitar sua apreciação e estruturar sua formação. Diante disso, nasceu do texto constitucional a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

No início dos anos 2000, a discussão sobre a implementação de políticas de ação afirmativas ganhou força no país. Isso porque, no ano de 2004, a Universidade de Brasília (UnB) passou a adotar dois sistemas de ingresso aos seus cursos, sendo que um deles seria o sistema de cotas com critérios socioeconômicos e étnico-raciais.

No início de junho de 2003, em concorrida reunião do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe) da UnB, foi aprovada na íntegra a proposta que destinava uma cota de 20% das vagas do vestibular para negros. Por 24 votos a favor, um contrário e uma abstenção, o fórum universitário, ao tomar uma decisão de suma importância para os destinos da UnB, contou com a participação, de certo modo inusitada, de personalidades do governo federal⁸².

A medida adotada pela UnB tinha o intuito de buscar reparar as desigualdades históricas e garantir o acesso a esses grupos – estudantes oriundos de instituições públicas, indígenas e negros -, à universidade. A decisão de introduzir as políticas afirmativas de cotas foi baseada em diversos argumentos, incluindo a necessidade de corrigir as desigualdades históricas que levaram a uma sub-representação de estudantes negros e indígenas nas universidades, bem como a importância de promover a diversidade e o diálogo intercultural nas instituições de ensino superior.

⁸¹ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas; MENEZES, Fernando Leal. **Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 186 à luz da Hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial.** Rev. De Direito, v. 2, n. 3, p. 137.

⁸² MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. **Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UNB).** Porto Alegre: Horizontes Antropológicos, n. 11, 2015, p. 189

A adoção de tal sistema, contudo, provocou diversos debates para além do âmbito acadêmico, visto que o então partido político Democratas ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 186. A ADPF em questão tinha o intuito de derrubar a resolução interna que possibilitava a entrada por meio de cotas, alegando que isso feria o princípio da igualdade e, além de tudo, segregava ao invés de unir.

A alegação do proponente da ADPF 186 foi que os atos da UnB ofenderiam aos arts. 1º, caput, III (dignidade humana); 3º, IV (objetivo de promover o bem de todos); 4º, VIII (repúdio ao racismo); 5º, I (a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações); 5º, II (o comando de ninguém é obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei); 5º, XXXIII (o dever de todos os órgãos prestarem aos indivíduos informações de seu interesse particular, ou coletivo); 5º, XLI (o imperativo de que será punida qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; 5º, LIV (o princípio do devido processo legal), 37, caput (os princípios que regem a administração pública), 205 (o direito de todos à educação), 206, caput, I (os princípios que norteiam o ensino – a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola), 207, caput (a autonomia didático-científica das universidades), e 208, V (o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um), todos da Constituição Federal⁸³.

Ademais, a exordial do partido político fundamentava que no Brasil existia uma paridade étnica, que por sua vez, excluía a possibilidade de racismo e cerceamento de direitos ao povo negro no país. Em síntese, o arguente sustentou que a discriminação existente no Brasil seria uma questão social e não racial.

Argumentam que validar esta ação afirmativa, de alto cunho racista, seria de pouca efetividade na conjuntura brasileira, porquanto nosso país possuiria uma democracia racial pautada em sua miscigenação e na existência de valores nacionais comuns a todas as raças, e, que a experiência nacional era diferente das experimentadas por outros países que utilizavam-se de ações afirmativas com caráter racial⁸⁴.

É robusto os estudos em relação a esse processo, dado que ele envolveu diversos atores, debates e decisões. Vale observar também que não foi na UnB que nasceu a ideia de implementação da política de cotas, sendo esse uma luta antiga por parte de movimentos e organizações sociais⁸⁵, além de setores da academia.

⁸³ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas; MENEZES, Fernando Leal. **Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 186 à luz da Hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial.** Rev. De Direito, v. 2, n. 3, p. 137.

⁸⁴ PIMENTA, Alexandre Jorge. **Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF e sua repercussão na Lei de Cotas.** Belém: Rev. Programa Conexões UFPA, v. 3, 2018, p. 35-36

⁸⁵ “No Brasil, os movimentos sociais tiveram grande participação na construção dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição de 1988 e nas leis antirracistas, como a Lei 10.639/2003, as de cotas raciais nas universidades federais e no serviço público, no Estatuto da Igualdade Racial e também nas decisões judiciais, inclusive com contribuições técnicas e teóricas de grande relevância.” ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural: feminismos plurais.** São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 147)

Insurge do debate sobre a necessidade da implementação da política de cotas dentro das universidades a relevância dos movimentos sociais, em especial atenção aos grupos que lutam pelo direito dos negros.

Esses movimentos perceberam o papel da educação e, principalmente, das escolas como base de assimilações, dos povos submetidos política e ideologicamente aos sistemas de colonização europeu.

(...) o racismo, enquanto processo político e histórico, é também um processo de constituição de subjetividades, de indivíduos cuja consciência e afetos estão de algum modo conectados com as práticas sociais. Em outras palavras, o racismo só consegue se perpetuar se for capaz de: 1. Produzir um sistema de ideias que forneça uma explicação “racional” para as desigualdades raciais; 2. Constituir sujeitos cujos sentimentos não sejam profundamente abalados diante da discriminação e da violência racial e que considerem “normal” e “natural” que no mundo haja “brancos” e “não brancos”⁸⁶.

Esse sistema coloca as minorias, com enfoque nos indígenas e africanos escravizados, de seus filhos e descendentes⁸⁷, em situação de sub-representação que persistiram e estão ligados à construção social. Essa sub-representação, então, serve como barreira para a ascensão desses povos.

3.2. Das Medidas Cautelares de Urgência.

Ficou sobre a posse do Ministro da Suprema Corte, Gilmar Mendes a decisão interlocutória que tratava sobre o requerimento de suspensão imediata, sem sede de medida cautelar, da reserva de vagas à população negra, no iminente vestibular da Universidade de Brasília. E, desde logo, o Ministro entendeu que estava em suas mãos um dos chamados casos difíceis que viria a criar precedentes inestimáveis, não apenas para as instituições de ensino superior, mas para todo o sistema jurídico brasileiro.

Nas palavras do Ministro:

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental traz a esta Corte uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo – acertadamente cunhado por Bobbio como o “tempo dos direitos” (BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*. Einaudi editore, Torino, 1990) – e que, desde meados do século passado, tem sido o centro de infundáveis debates em muitos países e, no Brasil, atinge atualmente seu auge. Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos

⁸⁶ ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural**: feminismos plurais. São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 63

⁸⁷ SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Aprender, ensinar e relações étnico-raciais no Brasil. *In*: FONSECA, Marcus Vinícius; SILVA, Caroline Mostaro Neves; FERNANDES, Alessandro Borges. **Relações étnico-raciais e educação no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Mazza, p. 21.

programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais⁸⁸.

Em especial atenção ao que o ilustro Ministro tomou como “discriminação positiva” é imperioso trazermos à tona, primeiramente o que seria o seu antônimo “a discriminação negativa ou direta”. Podemos entender a discriminação negativa como um preconceito pejorativo, maligno e que causa impactos adversos a quem se submete a ele.

Em outro prisma, a discriminação positiva, núcleo duro da política públicas, nada mais é do que uma possibilidade de atribuição de tratamento diferenciado a grupos historicamente discriminados, com o objetivo de corrigir desvantagens causadas, por sua vez, pela discriminação negativa⁸⁹. Ou seja, uma reparação.

Ao se debruçar sobre o processo, o Ministro Gilmar Mendes suscitou que a temática em questão necessitava de uma análise crítica, sobre vários aspectos, não apenas do Direito, mas da Sociologia, Antropologia e demais campos da ciência que buscam entender as relações sociais e humanas.

Ademais, é cristalino, pela difusão de sua decisão que o Ministro já via ali uma ruptura na forma como se enxerga e se aplica as políticas públicas no Brasil, que devem, além de tudo, observar as dimensões dos direitos fundamentais.

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias⁹⁰.

Reforçando o entendimento do Ministro, infere-se que os direitos fundamentais, como norma matriz do ordenamento jurídico deve se ater não apenas em um contexto simplista, mais sim amplo e dinâmico.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento da liminar. Julgamento: 31/07/2009, Dje: 31/07/2009.

⁸⁹ “(...) o racismo – que se materializa como discriminação racial – é definido por seu caráter sistêmico. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. O racismo articula-se com a segregação racial, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas – bairros, guetos, bantustões, periferias etc.” (ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural: feminismos plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 34)

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 186/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 26/04/2012, Dje. 10/04/2014.

Realizar direitos fundamentais, incluindo minorias e preservando a democracia, é um grande desafio interpretativo. Requer a realização do que é devido, do que é bom, razoável, justo, do que é melhor. Os campos deontológico e axiológico sobrepõem-se e exigem uma análise de correção, dito em outros termos, da verdade. Esse sempre foi um grande desafio filosófico e hermenêutico⁹¹.

Isto é, o argumento do partido político de que a implementação das políticas de cotas teria mais caráter excludente do que agregador não vislumbra, por si, a amplitude das relações históricas e sociais do Brasil que tornaram necessário a adoção de tais ações positivas por parte da universidade. Ao indeferir a medida liminar que sustasse os efeitos do vestibular da UnB, o Ministro, novamente, ponderou sobre a importância do tema para o fortalecimento da democracia no Brasil.

No enfoque de sua decisão, ainda realizou questionamentos sublimes sobre a formação social brasileira e como ela está intrinsecamente relacionada a permanência e desenvolvimento do racismo. Contudo, desde já é importante se ater que o presente trabalho não buscará, no desenrola

As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social. Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.?

Mesmo diante dessas necessárias indagações é preciso se ater que o presente trabalho não vislumbra, no desenrolar do presente capítulo apreciar todas as questões apontadas pelo Ministro. Entretanto, é sim razoável dizer que algumas das perguntas apontadas pelo douto julgador dão esteio para a formação, não apenas do presente trabalho, mas para a concretização dos votos dos outros Ministros, aos quais passaremos a analisar agora.

3.3. Argumentos dos Ministros do STF na decisão sobre a ADPF 186/DF

⁹¹ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas; MENEZES, Fernando Leal. **Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 186 à luz da Hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial.** Rev. De Direito, v. 2, n. 3, p. 144.

Começando pelo relator do caso, onde se engatilha a maior percepção sobre o caso, o Ministro Ricardo Lewandowski aludiu que o tema examinado não apenas se direcionava a reserva de vagas para grupos étnico-raciais. A abrangência do tema traria uma mudança robusta na forma como se aplicaria, a partir dali as ações afirmativas no Brasil.

Ademais, salientou ainda que toda a discussão que passa em relação ao conteúdo da ADPF em questão deveria ser estudada e aplicada, sobretudo, com base nos direitos e garantias fundamentais entabuladas na Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

Para enfrentar a questão da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos pela Universidade de Brasília e outros estabelecimentos de ensino superior no País, penso que cumpre ao Supremo Tribunal Federal discutir esse relevante tema do modo mais amplo possível, fazendo-o, em especial, à luz dos princípios e valores sobre quais repousa a nossa Carta Magna⁹².

Ao entrar no mérito arguido pelo partido DEM, que entendia que as ações afirmativas da Universidade de Brasília feriam a igualdade estatuada no artigo 5º da Constituição Federal, o Ministro sustentou, sabidamente, que o constituinte originário elaborou uma norma jurídica ampla dinâmica e abstrata.

Logo, se levou em consideração a pluralidade do nosso povo e também, os problemas e preconceitos que nasceram e se perpetuaram ao longo dos séculos.

À toda evidência, não se ateuve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais⁹³.

Neste caso, ao sublinhar as diferenças entre igualdade forma e material, o Ministro entendeu que existe uma latente abstenção do Estado, precipuamente em detrimento da sua administração pública, que torna visível a discriminação e segregação de minorias. O que deslegitimada, dessa forma, a argumentação de que não existira racismo no Brasil e por isso, políticas de cotas.

Neste mesmo sentido, ao analisar a igualdade material como pressuposto de atuação do Estado, Simão e Rodvalho assinalaram que o Estado liberal deixa de lado as peculiaridades dos

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 186/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski. Data do Julgamento: 26/04/2012, Dje. 10/04/2014, p. 49.

⁹³ Ibid., p. 49-50.

indivíduos. Assim, quando falamos em igualdade formal, deixamos de lado a distribuição de riqueza e oportunidades sociais de cada grupo e, principalmente, a maneira como alguns grupos foram tratados pela nossa história e como isso afetou e afeta, até os dias contemporâneos as relações sociais⁹⁴.

Um dos grandes problemas vivenciados em uma sociedade permeada por conflitos e antagonismos de classe, de raça e sexuais é como compatibilizar a desigualdade com parâmetros culturais baseados em ideologias universalistas, cosmopolitas e, portanto, politicamente impessoais, neutras e pautadas pela igualdade formal⁹⁵.

À vista das desigualdades latentes no nosso país, que não estão focalizadas apenas em fatores de renda, mas também culturais, sociais e históricos, falar em igualdade formal, no bojo da nossa realidade se torna irreal. Outrossim, baseado nessas discrepâncias, não há que se falar em meritocracia, dado que os direitos e possibilidades não são os mesmos para todos, dado a vivência da pobreza, desigualdades diversas e privação material⁹⁶.

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas⁹⁷.

Lewandowski enfatizou que as cotas não representam uma discriminação inversa ou uma violação do princípio da igualdade e meritocracia, uma vez que o acesso à universidade não é baseado apenas no mérito individual, mas também em fatores sociais e históricos que afetam a trajetória de vida dos candidatos.

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio. Com efeito, considerada a diversidade

⁹⁴ “O insucesso da noção liberal de Estado é percebido na medida em que a abstenção da administração pública se revela insuficiente para a distribuição equitativa da riqueza e das oportunidades sociais. Com efeito, a homogeneização das relações sociais como fator legitimador do poder político e o conceito de cidadania como “status”, concedido ao indivíduo sem que dele nada se exija para conservá-lo, é complementar à ideia de igualdade formal perante a lei, que, uma vez transplantada para as arenas política e econômica, resulta apenas no direito do povo de participar da formação da vontade estatal mediante a escolha dos dirigentes do Estado e de livremente atuar no mercado em igualdade de condições de forma abstrata” SIMÃO; RODOVALHO, 2014, apud LOPES, 2006 (SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. **O Estado na promoção da igualdade material:** A constitucionalidade das cotas raciais no critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 185. Rev. de Informação Legislativa, n. 202. 2014, p. 135).

⁹⁵ ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural:** feminismos plurais. São Paulo: Janadaíra, 2021, p. 80

⁹⁶ Ibid., p. 80

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 186/DF.** Relator: Ministro Ricardo Lewandoski. Data do Julgamento: 26/04/2012, Dje. 10/04/2014, p. 66.

dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias⁹⁸.

Em síntese, o voto proferido pelo Ministro Lewandowski em relação às políticas públicas de cotas na UnB foi favorável à manutenção do sistema de cotas raciais e sociais, alegando que elas servem como medida afirmativa para corrigir desigualdades históricas.

Ainda, ressaltou que a política de cotas deve ser acompanhada de medidas complementares para garantir a permanência e o sucesso dos estudantes cotistas nas universidades, como programas de tutoria, de assistência estudantil e de valorização da diversidade cultural e étnica. O voto do Ministro reforça a importância das políticas de ação afirmativa para a promoção da justiça social e para a construção de uma sociedade mais igualitária e justa.

O Ministro Luiz Fux, em primeiro plano, elogiou a possibilidade da Corte Suprema do Brasil de defrontar casos tão controvertidos e, dessa forma, atender as demandas sociais que por eles se respaldos. Nas suas palavras, o Supremo Tribunal Federal poderia também ser denominado de “Tribunal de Defesa dos Direitos Humanos”.

Ao tratar da atividade legiferante, marcada em nosso país pelo caráter democrático, Fux explanou que se deve sempre haver harmonia entre os poderes. Contudo, na inércia dos demais poderes em cumprir ou simplesmente buscar os direitos e garantias fundamentais, cabe, solidariamente ao Poder Judiciário a sua retratação.

a instância reflexiva do Poder Judiciário só se instaura quando há uma inação do parlamento. A supremacia, a instância hegemônica, que eventualmente se possa categorizar o Poder Judiciário, só ocorre nas lacunas e no vácuo da atividade legiferante⁹⁹.

É notável a escolha das palavras do Ministro, uma vez que ela está imbricada no próprio sentido da atuação jurisdicional. Cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra quando estamos diante de uma ação ou omissão do Estado. Contudo, essa atuação deve sempre se limitar a parâmetros pré-estabelecidos, respeitando, dessa maneira, a função dos feios e contrapesos institucionais, delimitando o alcance normativo da constituição e dos direitos nela previstos, à revelia da autodeterminação política do povo¹⁰⁰.

⁹⁸ Ibid., p. 58-59

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 186/DF**. Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 26/04/2012, Dje. 10/04/2014, p. 96.

¹⁰⁰ TRINDADE, André Karam. **Discutindo o Garantismo de Luigi Ferrajoli**: seis questões sobre direito e democracia. Itajaí: Rev. Eletrônica Direito e Política, v. 6, n.3, 2011, p. 1234

Segundo Ferrajoli, devemos aceitar que tais decisões sejam proferidas pelo Judiciário pela mesma razão – o valor garantista da separação dos poderes – porque *“las controversias sobre el significado de leyes está (siempre há estado) confiada, en el paradigma del estado de derecho, a jueces independientes y no al próprio legislador: a lá juris-dicción, como digno, e non a la legis-lación¹⁰¹”*.

Ou seja, na perspectiva garantista, é razoável que a participação do Judiciário, neste caso em especial, da Suprema Corte, realize a última palavra de questões que tenham conteúdo constitucional e, racionalmente, dentro de seu conteúdo, aspectos problemáticos.

Luiz Fux ponderou que, na atual fase processual, onde já tinha sido ouvido diversos atores sociais – em formato de *amicus curiae* -, ficou evidente que:

no Brasil, a pobreza tem cor. Por todo lado abundam dados que evidenciam o enorme abismo que separa as etnias formadoras da sociedade brasileira. Segundo estatísticas disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os afrodescendentes (negros e pardos), que correspondem a mais de 50% da população do País, encontram-se em situação profundamente desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes – renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico e serviços de saúde, taxa de mortalidade infantil, dentre outros¹⁰².

Nessa mesma linha, Fux analisou que as desigualdades econômicas afetavam, de sobremaneira, a formação da população negra. Baseado em dados científicos, em especial fabricados por órgãos estatais, como é o caso do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), o Ministro se atentou que as políticas afirmativas que margeavam o ingresso nas universidades para grupos étnico-raciais nada mais era do que uma reparação útil e necessária não apenas para a concretização dos direitos fundamentais, mas para que houvesse uma reparação minimamente proporcional para que jovens e adultos tivessem, na perspectiva de seu conto, “um olhar para o horizonte”.

Fux afirma que a proclamação da igualdade não tem qualquer valor sem a sua implementação fática. Assim, em que pese a Constituição ter natureza programática, não basta que haja apenas “promessas insequentas”, sendo imperioso, segundo ele, a efetivação social para a transformação de nossa sociedade¹⁰³.

¹⁰¹ “as controversias sobre o significado das leis está (sempre esteve) confiada, no paradigma do estado de direito, a juízes independentes e não ao próprio legislador: a jurisdição e não a legislação” Ibid., p. 1244

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 186/DF**. Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 26/04/2012, Dje. 10/04/2014, p. 105

¹⁰³ Ibid., p. 109

As políticas públicas universais, no entendimento de Fux não foram capazes de promover uma equiparação econômico social entre as etnias, existindo a necessidade da *discrímen* positivo, com vistas ao alcance do modelo de sociedade desejada e prometido pela Constituição.

À sua vez, a Ministra Rosa Maria Pires Weber, reafirmando o caráter de guardião da Constituição explanou que:

“o Supremo Tribunal Federal tem contribuído, e muito, a meu juízo, para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos – e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição-, mas também do sistema como um todo. E nesse quadro avulta o crescente comparecimento de grupos sociais que não tinham visibilidade antes da quebra de paradigma resultante da Lei Maior de 1988, verdadeira celebração, em suas normas e princípios informadores, da diversidade e da pluralidade constitutivas de nosso país, em detrimento de uma inexistente homogeneidade (...)”¹⁰⁴

Pelas primeiras constatações da Ministra, vê-se desde logo seu posicionamento baseado na promoção e aplicação dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988. Sustentamos que o posicionamento da Ministra tem raízes garantistas, tentando mostrar o caráter hierárquico que a Constituição ocupa no Estado Democrático de Direito bem como o espírito republicano que permeia o desenvolvimento de nosso país.

Desde logo, a Ministra procura apartar o sentido de igualdade trazido pela própria constituição. Ela entende que é preciso analisar esse princípio constitucional pela ótica das realidades impostas aos indivíduos, certamente, as desigualdades.

(...) essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um fardo, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutaram de condições sociais mais favoráveis¹⁰⁵.

Ela não rechaça, contudo, preceitos como meritocracia, mas aborda esse princípio como algo que só pode ser usado quando existe um Estado de Bem-Estar Social pleno. O que não acontece no Brasil. Afirma ainda que esse estado das coisas constitucionais só pode ser alcançado pela atuação positiva do Estado, que se materializam por meio de políticas públicas¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 186/DF**. Ministra Rosa Weber. Data do Julgamento: 26/04/2012, Dje. 10/04/2014, p. 123-124.

¹⁰⁵ Ibid., p. 125

¹⁰⁶ Ibid., p. 125

Por fim, a Ministra fundamenta que os grupos, usuários das políticas afirmativas não estão isentos de mostrarem o mérito de seu esforço, sendo o acesso veiculado a uma nota de corte que deve ser alcançado pelos concorrentes. Não cabendo, portanto, os argumentos do Partido que diziam que haveria um desmantelamento da qualidade das universidades e instituições de ensino caso adotassem processos seletivos que tivessem em sua composição a subdivisão para cotistas.

As palavras da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, buscou abarcar todos os preceitos adotados pelos seus colegas, se debruçando pelos conceitos de igualdade, liberdade, a formação social e histórica de nosso país, responsabilidade social, dentre outros. Nessa linha, ela destacou a necessidade de igualdade de oportunidades para que se concretize, com base nos direitos fundamentais, uma real sociedade democrática.

Na mesma linha da Ministra Rosa Weber, Carmem Lúcia entende que as políticas de cotas não são a melhor forma para a promoção de um estado de igualdade entre todos os indivíduos, como propõe a Constituição Federal. Por outro lado, sustenta que em uma sociedade onde a formação da igualdade plena não se desenvolveu por contra própria, a promoção de ações que procurem alcançar esses aspectos é necessária.

(...) acho que as ações afirmativas não são as melhores opções; melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser. Mas isto é um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente¹⁰⁷.

A Ministra ressalta diversos estudos e pesquisas que evidenciam a existência do racismo estrutural e suas consequências para o acesso à educação no Brasil. Ela destacou a necessidade de que as universidades reflitam a diversidade da sociedade como um todo, não apenas em termos de números, mas também no que diz respeito ao conhecimento produzido e à promoção de um ambiente acadêmico plural e inclusivo.

Nesse contexto, dar cumprimento ao comando constitucional segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º, da Constituição da República) significa, no mínimo, reconhecer caber a todos e a cada um dos atores sociais atuação voltada à construção e reconstrução de sociedade na qual todos possam igualmente adquirir ou ter oportunidade de vir a dotar-se de igual capacidade intelectual, elemento conformador do princípio da dignidade da vida, a qual não pode conviver com a perenização das desigualdades¹⁰⁸.

Outro ponto levantado pela Ministra trata da importância das cotas raciais para o fortalecimento da democracia, ela argumentou que a diversidade social é essencial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, pois promove a convivência entre diferentes perspectivas

¹⁰⁷ Ibid., p. 134

¹⁰⁸ Ibid., p. 150

e existências, enriquecendo o debate e ampliando a compreensão mútua sobre a vida real e as desigualdades pela qual algumas pessoas passam.

Os Ministros Joaquim Benedito Barbosa Gomes, como todos os seus companheiros de plenário e como único votando negro do Supremo Tribunal Federal, começou a análise do caso pelo mérito do sentido de igualdade utilizado pelo Partido Democratas. Segundo ele, o princípio da igualdade implica a necessidade jurídica, não apenas de interpretação, mas também de produção normativa de equiparação de situações que não podem ser desequiparadas sem razão lógico-jurídico suficiente¹⁰⁹. Acentuando ainda que a Constituição, por si só, entende a desigualdade que existe na sociedade brasileira.

Ora, basta uma visão sistemática da Constituição Federal para perceber, logo, que, em nome da igualdade, ela tutela classes ou grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Não preciso nem citar os casos das mulheres, dos menores, dos hipossuficientes. Há, portanto, na Constituição mesma, tratamentos excepcionais, concordes com o princípio da igualdade em relação a tais pessoas, e há-os, por conseguinte, também na legislação infraconstitucional, da qual poderia citar como exemplo a Lei Maria da Penha, só para mostrar como é legitimado, do ponto de vista constitucional, esse olhar de proteção de pessoas ou conjunto de pessoas em situação de vulnerabilidade¹¹⁰.

O Ministro faz uma sistemática de todos os votos até então proferidos e reafirma o posicionamento de seus colegas. Ele afasta as questões de meritocracia como fator principal que dá ensejo para a propositura da Arguição.

Não se estendendo muito, o Ministro sustentou que existe desigualdades latentes no nosso sistema de ensino básico, impossibilitando alguns grupos de acessar Universidades de grande nome como é o caso da Universidade de Brasília. Ou seja, quando falamos de política de cotas, não está se falando em facilidade para esses grupos, mas uma maneira para que ele ascenda na vida mesmo com tantas problemáticas que o cercam.

Entendemos que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi elaborou a mais concisa e destrinchada decisão. Isso porque, Mendes elencou e fracionou todos os pontos controvertidos da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e elaborou um parecer sobre todas elas, as quais elencamos: (i) a questão das ações afirmativas à luz da liberdade, igualdade e fraternidade; (ii) ações afirmativas baseadas na exclusivamente no critério de “raça”; (iii) as cotas raciais na Universidade de Brasília (iv).

¹⁰⁹ Ibid., p. 155

¹¹⁰ Ibid., p. 157

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão histórica do Supremo Tribunal Federal que possibilitou a manutenção de reserva de vagas para pessoas negras nas universidades nacionais, à luz dos direitos e garantias fundamentais representa um marco de extrema relevância na luta pela igualdade racial e, principalmente, o acesso à educação para minorias vulneráveis. Por meio dessa medida, a mais alta instância do Poder Judiciário reconhece e reforça a importância de combater o racismo estrutural que permeia nossa sociedade, abrindo caminho para a construção de um corpo social mais justo, igualitário e inclusivo.

Em primeira vista, verificou-se ao longo do trabalho que a decisão do STF ressaltou o caráter inegociável dos direitos e garantias fundamentais em relação à proteção das minorias. Dessa forma, ao garantir o acesso à educação, por meio de políticas públicas afirmativas, a corte agiu conforme sua função contramajoritária. Função essa consagrada pela Constituição Federal.

Outrossim, observou-se que ao garantir o ingresso de pessoas negras nas universidades, o tribunal reafirmou o princípio da igualdade, não se prendendo, a priori, a etimologia objetiva desta palavra. Ademais, na égide das gerações dos direitos fundamentais, ficou latente o enfoque no princípio da solidariedade, como pressuposto para a concretização de um Estado Democrático de Direito. E com isso, assegurou que todos os cidadãos tenham oportunidades equitativas de acesso ao ensino superior, independentemente de sua origem. Verificando, além de tudo, as barreiras que estão alheias à possibilidade daquelas minorias.

À luz dos direitos fundamentais, verificou-se que a educação, em especial direcionamento ao ensino superior público é um dos principais meios de emancipação e ascensão social e profissional. Ressaltou-se que o ingresso de pessoas negras nas universidades proporciona, além de tudo, uma forma de garantir a igualdade universal que está entabulada na Constituição Federal. Contribuindo para a diminuição das desigualdades socioeconômicas, dentre outras, que afetam a população negra no nosso país.

Aliás, a decisão do Supremo Tribunal Federal estimulou a reflexão e o debate acerca das possibilidades afirmativas e da importância de implementar políticas públicas que buscassem a equidade em nossa sociedade. Ao reconhecer a necessidade de ações afirmativas para combater as desigualdades históricas e estruturais, o tribunal consagrou, em evidência a importância de superar o mito da meritocracia e reconheceu que existe, mesmo em tempos modernos, uma barreira que precisa ser enfrentada e que impede pessoas negras de ascenderem.

É imperioso destacar, mesmo que não tenha sido propriamente abordado em caráter sistemático ao longo do trabalho, os impactos positivos da decisão para a sociedade como um todo. Ao promover a inclusão de pessoas negras nas universidades, o STF, mesmo que indiretamente, dado que não é seu papel objetivo formular objetivamente as políticas públicas nacionais, construir uma sociedade mais justa e democrática, levando em consideração as pluralidades que circunscrevem nossa história. Além do mais, ao decidir sobre o tema, a corte avaliou, de forma minuciosa, a diversidade da nossa nação e a implementou de maneira contribuir para o progresso do Direito e das relações sociais como um todo.

Diante de tudo que foi apresentado, portanto, entendemos a decisão que indeferiu o pedido do partido político que visava cassar e extinguir as políticas de cotas dentro da Universidade de Brasília como um marco progressista em nossa sociedade. Sendo ela um pressuposto para a criação, posteriormente, da Lei de Cotas (12.711 de 29 de agosto de 2012). Sustenta-se que essa decisão reafirma a necessidade do Estado, como protetor e garantidor de direitos, adotar medidas efetivas para combater a discriminação racial, em todas as suas formas, e promover a igualdade de oportunidades para todos.

Por fim, pode-se observar, no desenrolar desta monografia, que o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira a respeitar e reafirmar seu caráter contramajoritário. Explorando, de sobremaneira, os direitos e garantias fundamentais da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Geoges. **STF vs. Vontade da Maioria**: as razões pela qual a existência do STF somente se justifica se ele contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, v. 921, 2012, p. 04.
- ALMEIDA, Jéssica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Gênero, raça e participação Política da Mulher Negra**: da visibilização à inclusão. *RDP: Brasília*, vol. 18, n. 98, 2021 p. 393.
- ALMEIDA, SILVA. **Racismo Estrutural**: feminismos plurais. São Paulo: Jandaíra, 2021
- BATISTA, Neusa Chaves. **Cotas para o acesso de egressos de escola pública na Educação Superior**. *Rev. Pro. Posições*, v. 23, n 3, 2018
- BRANDÃO, Rodrigo. A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA na Lochner Era, manutenção do status quo e o advento do Estado Social. *In: BRANDAO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira**. *Curitiba: Rev. de Investigação Constitucional*, vol. 9, n. 1, 2022, p. 138.
- CASTRO, Iná Elias. **Geografia e Política: Territórios, escalas de ação e instituições**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005
- CORBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos das minorias**. Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais Online*, v. 4, 2014, p. 03.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2018.
- DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como direito fundamental de natureza social**. *Ed. Soc: Campinas*, v. 28, n. 100.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através dos direitos**. Madrid: Trota, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales**. *Universidad de Roma*, n. 15, 2006.
- GOMES, Juliana Cesária Alvim. **Constitucionalismo popular e democrático**: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 04, 2022.
- LARAIA, Roque de Barros. **Cultura. Um conceito antropológico**. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- LEAL, Maria C. Henning; VARGAS, Elizane Fardin. **Ius Constitutionale Commune**: a potencial expansão da proteção das minorias sexuais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do reconhecimento do status de “categoria suspeita” e da incorporação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, vol. 13, n. 02, 2022.
- LEBA, Thalles Furtado. **Supremacia Judicial e competências monocráticas**: duas críticas a atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. *Florianópolis: Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, 2019

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. **Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UNB).** Porto Alegre: Horizontes Antropológicos, n. 11, 2015.

MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. **O caso Brown versus Board of Education e a Segregação Racial nas Escolas Norte-America em paralelo com o racismo brasileiro.** Direito em Movimento: Rio de Janeiro, vol. 18, n. 1, 2020.

MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. **Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma.** 16ª Ed. Brasília: Rev. UNB, 2019

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana.** Curitiba: Ed. Juruá, 2016.

NETO, Duarte José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira.** 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Ed. Coimbra: 2006.

OLIVEIRA, Romualdo Portela; ARAÚJO, Gilda Cardoso. **Qualidade do ensino: dimensão da luta pelo direito à educação.** Rev. Brasileira de Educação: São Paulo, n. 28, 2005.

PIMENTA, Alexandre Jorge. **Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF e sua repercussão na Lei de Cotas.** Belém: Rev. Programa Conexões UFPA, v. 3, 2018.

PORTALES, Rafael Enrique; SÁNCHEZ, Rogerio López. **Los derechos fundamentales em lá teoria jurídica garantista de Luigi Ferrajoli.** Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 4, 2007.

RAMACCIOTTI, Barbara Lucchesi; CALGADO, Gerson Amauri. **Construção do conceito de minorias e o debate teórico no campo do Direito.** Rev. Sequência: Florianópolis, vol. 42, n. 89, 2021.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Direito à Educação: Aspectos Constitucionais.** São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas; MENEZES, Fernando Leal. **Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 186 à luz da Hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial.** Rev. De Direito, v. 2, n. 3, 2019.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O princípio contramajoritário como mecanismo regulamentador da soberania.** In: I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, Jacarezinho (Brasil)... Anais, 2011.

SANTOS, João Paulo Marques. **Justiça Constitucional e a sua função contramajoritária: da sua limitação à sua legitimidade.** Rev. dos Tribunais: Rio de Janeiro, vol. 116, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Aprender, ensinar e relações étnico-raciais no Brasil. *In*: FONSECA, Marcus Vinícius; SILVA, Caroline Mostaro Neves; FERNANDES, Alexsandro Borges. **Relações étnico-raciais e educação no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Mazza, 2011.

SILVA, Tatiana Mareto. **O Constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil**: uma análise da evolução do papel do poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. Brasília: Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2. N. 1, 2016.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. **O Estado na promoção da igualdade material**: A constitucionalidade das cotas raciais no critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 185. Rev. de Informação Legislativa, n. 202. 2014.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário**. Curitiba: Rev. da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 4, n. 7, 2012.

TRINDADE, André Karam. **Discutindo o Garantismo de Luigi Ferrajoli**: seis questões sobre direito e democracia. Itajaí: Rev. Eletrônica Direito e Política, v. 6, n.3, 2011

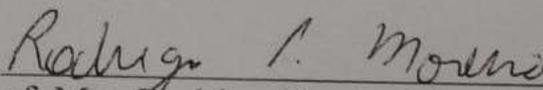
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS
CÂMPUS SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE MORRINHOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

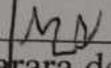
Aos 15 dias do mês de junho de 2023, por volta das 15 horas, junto à Coordenação Setorial do Bacharelado em direito da Unidade Universitária de Morrinhos – Câmpus Sul, em sessão pública realizada na sala de Letras, o acadêmico Igor Gomes de Araújo, sob orientação do Prof. M.e. Rodrigo Pereira Moreira, realizou a apresentação do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise da atuação do STF à luz da ADPF 186**, e foi:

Aprovado () Aprovado com restrições () Reprovado.

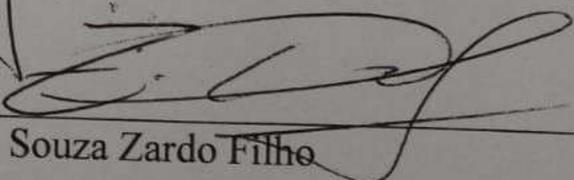
Função	Docente	Avaliação
Orientador	Rodrigo Pereira Moreira	9,0
Leitora UEG	Denis Carara de Abreu	9,0
Leitor UEG	Ricardo Leão de Souza Zardo Filho	9,0



Prof. M.e. Rodrigo Pereira Moreira
Orientador



Profa. Dr. Denis Carara de Abreu
Leitor – UEG



Prof. M.e. Leão de Souza Zardo Filho
Leitor – UEG