

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-181-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”, durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes “O direito e reconhecimento de comunidade quirombola em Manaus”; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, “Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal”; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a “Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta”, além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo “O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise”.

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado ‘ativismo judicial’ e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: “Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social”; Clarisse Souza Prados, “O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e “O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal” e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: “O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo”.

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D’Ávila Lopes: “Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e “O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet”; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz “A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades”; no mesmo sentido Caroline Benetti: “A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade”.

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: “Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Daniëlle Hervieu-Léger”; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: “Análise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade”; Matheus Ferreira Bezerra: “O direito fundamental de combate à desigualdade social”; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: “O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas”

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia “Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais”; João Francisco da Mota Junior: “O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã”; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelato: “A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais”; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre “O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislane de Almeida Coimbra Strasser: “A inimizabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

**ANÁLISE DO SISTEMA DE COTAS RACIAIS NO BRASIL COMO AÇÕES
AFIRMATIVAS ALIADAS AO DIREITO GERAL DE IGUALDADE**

**ANALYSIS OF THE SYSTEM OF RACIAL QUOTAS IN BRAZIL AS
AFFIRMATIVE ACTION COMBINED WITH THE GENERAL RIGHT TO
EQUALITY**

**Alisson Magela Moreira Damasceno
Ana Maria de Andrade**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o sistema de cotas raciais no Brasil, considerando-as como tratamentos desiguais, cujo objetivo é promover a igualdade. À luz do pensamento de Alexy, tem-se como proposta analisar o direito geral de igualdade, para em seguida fundamentar as razões dos tratamentos desiguais do Estado. Esses tratamentos desiguais serão abordados a partir da perspectiva das ações afirmativas. Essas medidas são promovidas no intuito de possibilitar resgates sociais de parcelas da sociedade historicamente segregadas. Nesse sentido, esse estudo propõe uma análise do direito geral de igualdade na construção e na aplicação do Direito.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Direito geral de igualdade, Cotas raciais, Tratamentos iguais e desiguais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the system of racial quotas in Brazil, considering them as unequal treatment, which aims to promote equality. In the light of the thought of Alexy, it has been proposed to analyze the General Equality Law, to then justify the reasons for the unequal state treatment. Such unequal treatment in such cases will be addressed from the perspective of affirmative action. These measures are promoted in order to promote social redemption of company shares historically segregated. Thus, this study proposes an analysis of the general right to equality in the construction and application of the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative action, General law of equality, Racial quotas, Equal and unequal treatment

1. Introdução

As ações afirmativas são políticas especiais adotadas pelo Estado com intuito de corrigir ou amenizar realidades discriminatórias ocorridas no passado e que ensejaram um cenário de desigualdade social. Essas medidas tem escopo temporário, uma vez que buscam efetivar uma igualdade de oportunidades, mesmo dando tratamento diferenciado a uma parcela da população. Assim, quando essa parcela segregada da população estiver em condições de igualdade, a ação afirmativa torna-se desnecessária. Nesse sentido, as ações afirmativas podem ser consideradas como aliadas ao direito de igualdade, uma vez que, objetivam a justiça social.

Neste trabalho, compromete-se a analisar o sistema de cotas raciais no Brasil, considerando-as como ações afirmativas, que visam corrigir a histórica segregação da parcela da população brasileira de origem negra. Para tanto se faz necessário analisar momentos e atos históricos que contribuíram para o desfecho social atual, permitido assim, sustentar a relevância desse modelo de ação afirmativa.

Nesse sentido, à luz do pensamento jurídico de Robert Alexy, sobre o Princípio Geral de Igualdade, busca-se inicialmente afirmar que o direito de igualdade vincula não somente o aplicador do direito, mais também o criador das normas. Daí, a necessidade de legislar no intuito de buscar a igualdade entre todas as pessoas. A partir desse entendimento, o trabalho tem como escopo uma discussão sobre a valoração da criação do direito, uma vez que, o tratamento igual e desigual não pode ser aleatório. Seguindo o raciocínio sobre o direito geral de igualdade, há ainda presente no trabalho, um paralelo entre a igualdade fática e a igualdade jurídica na percepção de Alexy, tendo como proposta analisar o tratamento igual e desigual por parte do Estado.

Em um segundo momento, amparado pelo tratamento valorativo, propõe-se discutir os fatores que possibilitam o tratamento igual e desigual por parte do Estado, buscando sempre traduzir o direito de igualdade. Partindo da análise dos fatores o trabalho visa aliar as ações afirmativas ao direito de igualdade.

A parte final do trabalho é dedicada a retratar a situação histórica de segregação racial negra no Brasil e sua relevância para sustentar as ações afirmativas que visam destituir o cenário de marginalização do negro no país.

Toda a abordagem ao tema justifica-se pelo amplo debate social em relação às cotas raciais. Atualmente há uma parcela da sociedade favorável às cotas por entenderem que essas

são ações afirmativas e outra parcela se posiciona de forma contrária as cotas caracterizando-as como ações assistencialistas que promovem um tratamento desigual.

Para cumprir os objetivos propostos no trabalho, foi aplicado o método sistêmico, através de uma pesquisa qualitativa e teórica.

2. O direito geral de igualdade

O direito de igualdade está sustentado na fórmula clássica “Todos são iguais perante a lei”, destacando que se o aplicador do Direito considera todas as previsões descritas pelo legislador em uma norma, permitindo que o suporte fático esteja de acordo com a previsão legal, teremos satisfeito o direito de igualdade. Nesse sentido, considera-se o dever de igualdade vinculado a aplicação da norma. Essa é, portanto, uma interpretação literal do direito de igualdade, partindo da premissa “perante a lei”. Assim, há igualdade de direitos quando se está diante da norma, ou seja, perante a norma. Alexy assevera sobre o dever de aplicação da igualdade:

(...) o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas. Ele reforça a vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador, sem estabelecer qualquer requisito substancial para essas normas, ou seja, sem vincular o legislador. O legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito. (ALEXY, 2008, p. 394)

Não há dúvidas de que as normas devem ser aplicadas a todos igualmente, considerando o suporte fático. Todas as pessoas estão subordinadas à lei e por isso o direito de igualdade pressupõe uma igualdade na aplicação da norma. Alexy cita Anschuts quando esse autor assevera que “As leis devem ser executadas sem considerações pessoais”. Diante dessa percepção, pressupõe-se que o direito de igualdade estará satisfeito a partir da aplicação da norma, não sendo necessário considerar a criação das normas no processo de promoção do direito de igualdade. (ALEXY, 2008, p. 394).

O entendimento que vincula o direito geral de igualdade apenas à aplicação das normas sofre inúmeras críticas. O argumento principal é que não há direito de igualdade quando se propõe apenas a igualdade na aplicação das normas, pois a igualdade na criação do direito é também requisito fundamental.

Ora, essa posição é bastante apropriada, pois considerar a igualdade na aplicação das leis como pressuposto único para promover o direito de igualdade é um equívoco. Na verdade, a igualdade restrita a aplicação da norma somente promoverá o direito de igualdade se todos os tratamentos iguais promoverem consequências iguais. Essa é uma situação bastante improvável em decorrência das particularidades dentro da sociedade. Como sustenta Alexy (2008, p. 396), um cidadão sem recursos financeiros não terá acesso ao judiciário sem a justiça gratuita. Já um cidadão de posses poderá pagar para ter acesso ao judiciário. Nesse sentido o tratamento igual (impossibilidade da justiça gratuita) trará consequências diferentes (acesso ao judiciário). Assim, considerar que o direito de igualdade está verificado somente na aplicação da norma é uma restrição significativa à amplitude desse direito fundamental, tendo em vista que o desequilíbrio social promove consequências diferenciadas. Por isso, o direito a igualdade deve abranger também a criação da lei, vinculando sempre o legislador. Assim, justifica-se a criação de normas que dão tratamento desigual no intuito de estabelecer a igualdade.

Porém, promover o dever de igualdade na criação do direito não é tarefa fácil. Todos devem ser tratados igualmente na criação da norma, mas é impossível exigir do legislador considerar todas as particularidades das pessoas e ao mesmo tempo criar normas que vinculem todas as pessoas. Por isso, se permitir ao legislador elaborar normas que atinjam apenas uma parcela dos cidadãos, considerando suas particularidades a fim de garantir a igualdade. Ao discorrer sobre o dever de igualdade na criação da norma Alexy ensina que:

O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. Mas o que isso significa? É fácil dizer o que isso não pode significar. Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. O legislador não apenas pode estabelecer o serviço militar somente para os adultos, penas somente para os criminosos, impostos baseados no nível de renda, assistência social apenas para os necessitados e condecorações apenas para os distinguidos; ele tem o dever de assim proceder, se não quiser criar normas incompatíveis com a sua finalidade (por exemplo: serviço militar para as crianças), normas sem sentido (por exemplo: pena para todos os cidadãos), normas injustas (por exemplo: imposto per capita). (ALEXY, 2008, p. 396)

A diferenciação feita pelo legislador no tratamento dado ao cidadão visa atingir a igualdade social ao criar normas cujo suporte fático abarcará parcelas da sociedade em situações particulares. Assim, ao criar uma norma que promove um resgate social, dando tratamento desigual aos abarcados por aquela, o legislador fortalece o direito de igualdade.

É claro, que esse tratamento desigual, sempre deve estar fundamentado na finalidade de se promover uma sociedade mais justa, ou seja, no direito de igualdade social. Daí, não se pode permitir um tratamento desigual aleatório. A esse respeito nos ensina Alexy:

Portanto, o enunciado geral de igualdade dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio termo entre esses dois extremos. (ALEXY,2008, p.397).

Para o efetivo cumprimento do dever de igualdade na criação das normas é necessário considerar as particularidades da sociedade, sem que essas considerações sejam aleatórias. Portanto, um caminho plausível ao legislador é fundamentar a elaboração das normas no tratamento igual dos considerados iguais e no tratamento desigual dos desiguais.

2.1 A valoração no direito geral de igualdade

Com base no que foi mencionado anteriormente, a máxima “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual desigualmente”, é o paradigma fundamental para nortear o legislador criação da norma que vislumbra a igualdade formal e igualdade material.

No entanto, determinar as circunstâncias de igualdade e desigualdade é tarefa complicada, pois definir quaisquer características como base para agrupamento dos iguais, ou fazer qualquer diferenciação para agrupar os desiguais, pode acarretar uma arbitrariedade. É preciso que haja uma valoração na definição dos critérios de igualdade e desigualdade para que haja justiça ao se promover o direito igualdade. Não se pode permitir um tratamento arbitrariamente desigual em uma democracia. Em relação à arbitrariedade, esclarece Alexy :

O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária. Em um primeiro momento cumpre analisar apenas a parte desse enunciado que afirma que o enunciado da igualdade é violado se o tratamento desigual for arbitrário. Isso deve ser compreendido de forma que a arbitrariedade de tratamento desigual seja uma condição tanto suficiente como necessária para a violação da igualdade. (ALEXY,2008, p. 403).

Para que não ocorra uma arbitrariedade no tratamento igual ou desigual faz-se necessário definir critérios de valoração. Assim, deve-se proporcionar uma igualdade ou uma desigualdade se essas forem substanciais, ou seja, se a decisão contrária promover uma injustiça. Aclara Alexy sobre a igualdade e a desigualdade substancial que “Nos termos dessa concepção, dois casos seriam sempre substancialmente iguais e, por conseguinte, deveriam ser tratados igualmente se esse tratamento igual satisfazer postulados como os da justiça ou da adequação em maior medida que um tratamento desigual.” (2008, p.406). Não há dúvidas que quando se faz um tratamento igual e verifica-se que se o tratamento desigual promoveria os preceitos de justiça, esse tratamento igual é arbitrário. Caso contrário, se o tratamento igual é justo, trata-se de uma igualdade substancial. Em relação a desigualdade, procede o mesmo raciocínio.

2.2 O tratamento igual no sentido jurídico e fático

O tratamento igual no sentido jurídico relaciona-se aos atos do Estado. Assim, quando o Estado dá o mesmo tratamento a todas as pessoas, estará cumprida a igualdade jurídica. Porém, essa igualdade dos atos do Estado, poderá suscitar consequências fáticas diferentes, em razão das realidades particularizadas. Para que não haja um tratamento desigual, tendo como base as consequências, deve o Estado fundamentar-se na igualdade fática. Seria o caso em que cotas sociais promoveriam consequências iguais, uma vez que, colocaria em pé de igualdade a possibilidade de acessos entre as pessoas de classes diferentes. Todavia é claro, isso seria fruto de um tratamento desigual, considerando os atos do Estado, ou seja, a realidade jurídica. Segundo Alexy:

Promover determinados grupos já significa tratar os outros de forma desigual. Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente acentuadas. (ALEXY, 2008, 407).

Promover o princípio da igualdade fática em detrimento da igualdade jurídica ocasiona certa insegurança. A igualdade jurídica é um princípio fundamental democrático, pois assegura que o Estado terá os mesmos atos quando tratar de situações semelhantes. Assim, esse princípio deve imperar na sociedade democrática. No entanto, a igualdade fática,

em determinadas situações, vislumbrando a justiça, deve ser elevada sobre a igualdade jurídica. Nessa acepção, em decorrência de algumas realidades fáticas o Estado, em serviço da justiça, promoverá diferentes atos que propiciarão consequências em favor da igualdade. Alexy, sobre a colisão desses princípios aclara “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório. Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.” (2008, p.421)

3. Fatores de tratamento igual e desigual

Segundo Bandeira de Mello “[...] imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º caput da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc.” (2005, p. 16) Contudo, trata-se, como sugere o autor, de uma percepção equivocada do princípio da igualdade. Como já dito anteriormente, em determinadas situações a diferenciação no tratamento é primordial para o cumprimento da justiça social.

O tratamento desigual em razão da realidade fática pode advir de uma condição de sexo, buscando, por exemplo, uma maior proteção à mulher. Também é plausível imaginar situações em que certas classes sociais precisam ser amparadas e portanto beneficiadas com determinado tratamento desigual. Sobre as possibilidades de tratamento desigual em decorrência de alguns fatores, expõe Bandeira de Mello:

Suponha –se hipotético concurso público para seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra. É óbvio que os indivíduos de raça branca não poderão concorrer a este certame. E nenhum agravo existirá ao princípio da isonomia na exclusão das pessoas de outras raças que não a negra. A pesquisa proposta, perfeitamente válida, justificaria a diferenciação estipulada. Para realiza-la, o Poder Público não estaria obrigado a produzir equivalente estudo relativo às pessoas de raça branca, amarela, vermelha ou – se se quiser transpor o exemplo a quaisquer últimas - a efetua-lo com raças não abrangidas. (MELLO, 2005, p. 17).

Seria possível considerar qualquer elemento para promover uma diferenciação através da lei, sem que isso ofendesse o direito de igualdade. Fatores sociais, históricos, de raça, sexo ou religião, como muitos outros, podem fundamentar a distinção jurídica do tratamento. Não há, portanto, afronta à democracia quando o critério adotado é compatível

com a igualdade no âmbito das consequências. Bandeira de Mello, ao abordar os fatores da Constituição Federal de 1988 que nutrem um tratamento desigual, afirma:

Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundamentadora de discrimen. O art. 5º, caput, ao exemplificar com as hipóteses referidas, apenas pretendeu encarece-las como insuscetíveis de gerarem por si só, uma discriminação. Vale dizer: recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados. (MELLO, 2005, p. 18).

Portanto, como entendimento óbvio, a desequiparação de tratamento é justificável quando se utiliza fatores especiais, sendo esses paradigmas para o tratamento desigual. Não se pode permitir o contrário, ou seja, uma desigualdade aleatória, pois estaríamos na contramão do direito de igualdade. Assim, prevê a Constituição Federal, em seu artigo 5º que, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Por fim, a interpretação mais coerente é que não poderá haver distinção de qualquer natureza perante a lei, quando se tratar de uma distinção infundada, onde não há como objetivo a busca da igualdade através da reparação. Quando se tratar de uma distinção coerente, permitindo o tratamento desigual em busca da igualdade, a interpretação deve ser de que a desequiparação vai de encontro a máxima “todos são iguais perante a lei”.

4. Ações afirmativas e o direito de igualdade

O direito fundamental de igualdade é inerente à democracia e portanto qualquer projeto democrático deve fundamentar-se em permitir acessos sociais a todas as parcelas da sociedade de forma equilibrada. A igualdade requer a garantia aos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, democracia e igualdade estão atreladas, justificando a implementação de ações que desarticulem a desigualdade de social.

Nesse cenário é que as ações afirmativas encontram suas bases, uma vez que, essas são medidas implementadas no intuito de corrigir realidades injustas que, muitas vezes, são heranças históricas de processos discriminatórios. Assim, as ações afirmativas visam impelir a democratização do direito fundamental de igualdade e consequentemente fortalecer a democracia. As ações afirmativas, nesse sentido, não devem ser entendidas como vantagens

propiciadas a certos grupos, pois essa seria uma conceituação que as definiriam como medidas injustas ou arbitrariamente desiguais.

No âmbito acadêmico, as ações afirmativas realizadas pelo Estado encontram sustentação na teoria da justiça do liberalismo igualitário, cujo maior expoente é John Rawls, que em suas exposições estabelece princípios de equidade e liberdade como bases da justiça social e de uma igualdade democrática. Ensina-nos Rawls, em sua obra “Teoria da Justiça” que a igualdade democrática “exige uma igualdade formal de oportunidades, no sentido de que todos têm pelo menos os mesmos direitos legais de acesso a todas as posições sociais privilegiadas.” (RAWLS, 2000, p.76) Sobre a relevância de criar mecanismos que permitam acessos sociais efetivos e não apenas possibilidades formais, Rawls preleciona:

A ideia aqui é que as posições não devem estar abertas apenas de um modo formal, mas que todos devem ter uma oportunidade equitativa de atingi-las. Em todos os setores da sociedade deveria haver, de forma geral, iguais perspectivas de cultura e realização para todos os que são dotados e motivados de forma semelhante. (RAWLS, 2000, p. 77).

Daí, a necessidade das ações afirmativas para promover a igualdade de acessos, sob a justificativa de que a desigualdade pode existir, mas não pode ser promovida pelo Estado. O ponto de partida na corrida social deve ser o mesmo para todos. E para possibilitar as mesmas bases iniciais a todos os cidadãos, é necessário corrigir estruturas do passado que atualmente inviabilizam uma equidade de acessos sociais. E escreve Rawls sobre o tema:

Em primeiro lugar, podemos observar que o princípio da diferença dá algum peso as considerações preferidas pelo princípio da reparação. De acordo com este último princípio, desigualdades imerecidas exigem reparação, e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas. Assim, o princípio determina que o fim de tratar as pessoas igualmente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade. Na aplicação desse princípio, maiores recursos devem ser gastos com a educação dos menos inteligentes, e não o contrário, pelo menos durante um certo tempo da vida, os primeiros anos da escola. (RAWLS, 2000, p. 107).

Nessa perspectiva, as ações afirmativas visam restabelecer, com base no princípio da reparação, a igualdade de acessos. Por isso, essas medidas devem ser temporárias, uma vez que, equiparadas as bases sociais, não há necessidade de tratamento desigual. Assim, o intuito das ações afirmativas é promover uma sociedade onde os direitos fundamentais estejam rigorosamente protegidos e garantidos aos cidadãos. Pois, não há possibilidade de

equilíbrio social em um espaço onde os recursos sociais estejam totalmente desequilibrados, onde parcelas da sociedade se encontrem em situações de extrema marginalização. Enfim, as ações afirmativas são tratamentos desiguais que objetivam consequências em favor da igualdade.

5. A segregação histórica do negro no Brasil

O Brasil é historicamente um país marcado pela desigualdade social. Nunca houve uma distribuição de acessos sociais suficiente para promover uma dignidade mínima a todos os cidadãos, mesmo sendo o país, atualmente, uma das maiores economias do planeta. Uma parcela considerável da população brasileira encontra-se incontestavelmente segregada. Esse cenário impele e perpetua a desigualdade, uma vez que a população marginalizada transfere suas mazelas às gerações futuras. Nesse sentido, o cidadão com poucas oportunidades sociais reduz as possibilidades de seus descendentes.

Nossa realidade de desigualdade social, em grande parte, é oriunda de momentos históricos do país onde os acessos sociais eram restritos a uma determinada parcela da sociedade. Inicialmente, a escravidão marcou quatro séculos de discriminação ao negro, em favor da elite branca. Theodoro aclara que:

A desigualdade brasileira perpassa o tecido social e habita, de forma perene e absoluta, nossas ruas, nossas casas, nosso cotidiano. Entretanto, não nos surpreende nem nos indigna. A sociedade brasileira parece operar com uma espécie de pacto com a desigualdade. Uma desigualdade que, como já dito, tem raízes históricas profundas e robustas, que nasce com a presença da escravidão. Lembremos que, por quase quatro séculos, vivemos sob esse regime produtivo. De fato, se a história do Brasil pudesse ser resumida em uma semana, apenas o sábado e o domingo seriam os dias de liberdade. Os demais cinco dias de semana corresponderiam ao período escravista. Esse passado, majoritariamente marcado pelo jugo da chibata e dos grilhões, não nos deixou impunes, impingindo-nos as marcas da iniquidade com as quais não apenas convivemos, mas que também as reproduzimos. (THEODORO, 2008, p. 79)

O fim do período escravocrata em nada mitigou a segregação. As condições impostas aos negros no período escravocrata perpetuaram-se sobre seus descendentes. O fim da escravidão marcou a continuidade da discriminação ao negro e não sua inclusão. Nesse momento, o Brasil teve a possibilidade de uma ampla reforma social, caso tivesse permitido a incorporação da população negra à sociedade. Mas, ao contrário, prevaleceram os interesses da elite agrária escravista. Foram traçadas instrumentos para manter a segregação e a concentração do poder. Entre esses instrumentos, foi marcante a Lei de Terras de 1850, criada

como ferramenta de manutenção da concentração de terra em um momento que o fim da escravidão já se via inevitável. Assim, ao manter a concentração de terra em um país onde toda riqueza é gerada no campo, mantém-se também a concentração de renda e a desigualdade. Nesse sentido, Theodoro aduz:

Assim, com a política de abolição-imigração e a Lei de Terras, surgiram os dois problemas fundamentais que, desde então, têm perpassado nossa história: a questão da falta da posse de terra para muitos daqueles que nela trabalham e a questão do excedente estrutural de mão-de-obra, que gera o desemprego, o subemprego e a informalidade. Excluída da terra e das ocupações dinâmicas da economia, a população negra concentrou-se nos segmentos mais pobres, reforçando a associação entre pobreza e cor. Nesse contexto, a naturalização da pobreza se revela como a outra face do preconceito racial, cujas bases mantêm-se profundas no país. Esse cenário, cujo perfil, no decorrer dos anos, sofreu pouca alteração, atravessa todo o século 20, adentrando o novo milênio, forjando uma engenharia social em que a modernidade convive e interage com as formas tidas como tradicionais de organização do trabalho e das relações sociais. (THEODORO, 2008, p. 79)

O período escravocrata promoveu descomunal segregação do negro na sociedade, já o fim da escravidão perpetuou a discriminação. O negro não foi inserido na mão de obra assalariada, pois o trabalho rural escravo foi substituído pelo trabalho assalariado do imigrante europeu. Após a escravidão, impelida por uma ideologia de modernização através do branqueamento da população, a política de imigração foi fortalecida no país.

Ao longo do tempo, as imposições diferenciadas enraizaram uma estrutura desigual na sociedade. Os pais negros segregados, não poderiam prover, em situação de igualdade, as mesmas condições sociais aos seus filhos. Assim, o país foi condicionado a caracterizar uma sociedade desigual, com fundamentação racial, patrocinada pelo Estado.

6. Sistema de cotas no Brasil e o Princípio da Igualdade

As cotas raciais surgem no Brasil, a partir do ano 2000, como ações afirmativas, cujo objetivo é reverter a discrepância de acessos sociais entre os negros e o restante da população. Considerando que houve no passado atos do Estado que impediram a inserção do negro na sociedade, as cotas são medidas que visam corrigir a desigualdade advinda da discriminação, permitindo por consequência, condições de igualdade para toda a sociedade. Assim, o sistema de cotas converge com o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois o tratamento desigual, característico das cotas, promove consequências que promovem a igualdade social. Esse foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em

decisão que julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 186, proposta pelo partido Democratas em relação a política de cotas raciais da Universidade de Brasília (UnB), como a seguir se expõe:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico- raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Data de Publicação 26/04/2012. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Grifo nosso)

Nota-se que a decisão prestigia o entendimento segundo o qual a Igualdade pode ser promovida por tratamentos desiguais, quando considerada as necessidades de algumas minorias desprotegidas na sociedade. É nessa condição que as cotas raciais se enquadram, uma vez que o negro, em geral, não se equipara socialmente as demais classes em condições

sociais. Temos uma desigualdade social exorbitante no país, onde a exclusão abrange uma caracterização social histórica.

O sistema de cotas brasileiro teve início nas instituições de ensino superior e em alguns órgãos públicos, que passaram a destinar parte das vagas para pessoas que se autodeclarassem negras. Em 10 de junho de 2014 entrou em vigor a lei 12.990/14, cujo texto define a reserva de 20% das vagas em concursos, da administração pública federal direta e indireta; das autarquias; agências reguladoras; fundações públicas; empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, para negros e pardos. A lei define, portanto, a reserva de vagas para órgãos do executivo, não abrangendo o legislativo e o judiciário. O critério de definição racial é a autodeclaração que poderá ser posteriormente investigada pela administração pública. Dessa norma, colhem-se, com efeito, os seguintes dispositivos da lei 12.990/14, pertinentes ao tema:

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Há acentuadas críticas ao sistema de cotas, como intensa miscigenação da população brasileira que impossibilitaria traduzir quem são aqueles que herdaram os malefícios históricos da segregação imposta ao negro. Nesse sentido, grande parte daqueles que atualmente estão marginalizados, mesmo não sendo negros, são desses descendentes e,

portanto percebem os mesmos prejuízos que as cotas raciais visam corrigir. No entanto, esses não estão abarcados pelo sistema de cotas raciais, pois como já definiu o STF, a avaliação para o benefício da cota deve ser realizada por fenótipo e não por ascendência.

Em contraponto, tem-se entendimento contrário segundo o qual as ações afirmativas, como as cotas raciais aqui analisadas, visam corrigir o cenário atual de marginalização do negro, sendo necessários outros mecanismos para auxiliarem nas correções das disparidades históricas que promoveram situações diversas na sociedade. Não se deve negatizar as ações afirmativas quando estas não respondem pela resolução plena dos problemas pelos quais àquelas se propõem. Além disso, essas ações visam o futuro, desarticulando e impedindo a perpetuação da desigualdade. Assim, Dworkin ensina:

As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre nós. (DWORKIN, 2012, p. 606)

Outros argumentos contrários são a possibilidade de aumento da discriminação causado pelo tratamento desigual, a fragilização da autonomia das instituições, o decréscimo do desempenho das universidades que seriam impelidas a agregar estudantes com menor grau de conhecimento e ao problema igualdade de tratamento ou igualdade de consequências. Em entendimento contrário às críticas sobre os sistemas de cotas, Flávia Piovesan assevera que:

O primeiro dilema atém-se à discussão acerca da “igualdade formal versus igualdade material”. Argumentam os opositores das ações afirmativas que seriam elas atentatórias ao princípio da igualdade formal, reduzido à fórmula “todos são iguais perante a lei”, na medida em que instituiriam medidas discriminatórias. Como já exposto, as ações afirmativas orientam-se pelo valor da igualdade material, substantiva. Uma segunda tensão envolve o antagonismo “políticas universalistas versus políticas focadas”. Isto é, para os críticos das ações afirmativas, as mesmas demandariam políticas focadas, favoráveis a determinados grupos socialmente vulneráveis, o que fragilizaria a adoção das políticas universalistas. A resposta a essa crítica é que nada impediria a adoção de políticas universalistas combinadas com políticas focadas. Além disso, estudos e pesquisas demonstram que a mera adoção de políticas universalistas não tem sido capaz de reduzir as desigualdades raciais, que se mantêm em padrões absolutamente estáveis ao longo de sucessivas gerações. Uma terceira crítica apresentada concerne aos beneficiários das políticas afirmativas, considerando os critérios “classe social” e “raça/etnia”. Aqui a tensão envolve, de um lado, o branco pobre, e, de outro, o afrodescendente de classe média. Ora, a complexa realidade brasileira vê-se marcada por um alarmante quadro de exclusão social e discriminação como termos interligados a compor um ciclo vicioso, em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão. Outra tensão diz respeito ao argumento de que as ações afirmativas gerariam a “racialização” da sociedade brasileira, com a separação crescente entre brancos e afrodescendentes, acirrando as hostilidades raciais. Quanto a esse argumento, cabe ponderar que, se “raça” e “etnia” sempre foram critérios utilizados para exclusão de afrodescendentes no Brasil, que sejam agora utilizados, ao revés, para a sua necessária inclusão. Um quinto dilema, especificamente no que se refere às cotas para afrodescendentes em universidades, atém-se à autonomia universitária e à meritocracia, que restariam

ameaçadas pela imposição de cotas. Contudo, o impacto das cotas não seria apenas reduzido ao binômio inclusão/exclusão, mas também permitiria o alcance de um objetivo louvável e legítimo no plano acadêmico – que é a riqueza decorrente da diversidade. As cotas fariam com que as universidades brasileiras deixassem de ser territórios brancos, com a crescente inserção de afrodescendentes, com suas crenças e culturas, o que em muito contribuiria para uma formação discente aberta à diversidade e pluralidade. Dados do IPEA revelam que menos de 2% dos estudantes afrodescendentes estão em universidades públicas ou privadas. Isso faz com que as universidades sejam territórios brancos. A universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É fundamental democratizar o poder e, para isso, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário. (PIOVESAN, 2008, p. 893-894)

Por isso, em detrimento do forte posicionamento em desfavor das cotas raciais, há argumentos suficientes e pertinentes para fundamentar essas ações como afirmativas, promovendo a igualdade material e as políticas focadas combinadas com as políticas universalistas. É também necessário entender que a diferenciação feita pelo tratamento tem o intuito de agregar o negro, ao contrário da discriminação caracterizada no tratamento desigual do passado.

8. Conclusão

Quanto maior for a discussão sobre o direito de igualdade, mais poderemos avançar na defesa da justiça social. Se todos são iguais perante a lei, essa igualdade não deve ser restrita ao cidadão diante da norma, ou seja, quando a lei for aplicada, mas sobremaneira quando a norma for criada para atender anseios sociais. A igualdade na criação da lei tem como objetivo efetivar uma sociedade mais justa, com possibilidades sociais mais equilibradas. Daí, a justificativa do tratamento igual dispensado aos iguais e o tratamento desigual dado aos desiguais. Sempre que um tratamento desigual for valorativo, ou seja, provocar consequências que promovem um equilíbrio social, esse tratamento será justificável.

As ações afirmativas, nesse sentido, são parte desses tratamentos desiguais que visam maior igualdade. Trata-se de uma possibilidade de reverter situações de desigualdade vinculadas a parcelas sociais. Assim, as ações afirmativas são pertinentes durante determinado período, devendo ser posteriormente destituídas, mais precisamente no momento que cumprir as metas que se propuseram. As ações afirmativas têm, portanto, têm escopo valorativo ao se fundamentar no resgate de uma parcela da sociedade que se encontra fragilizada. Não se pode

ainda deixar de considerar que essas ações vislumbram o futuro, promover uma sociedade mais justa a partir das correções visualizadas atualmente.

Em conclusão à análise das cotas raciais entendemos que essas são ações afirmativas propostas para desarticular a realidade anteriormente traçada para negro no país, considerando os fatores históricos que propiciaram a segregação, sem, contudo fundamentá-las apenas no passado segregacionista, mas também no cenário atual de marginalização do negro. As cotas raciais são parte de uma enorme estrutura necessária para a implementação de um Estado mais equilibrado, considerando as necessidades especiais das minorias. Porém, como já mencionado, a falta de oportunidades no passado contribuíram descomunalmente para a não inserção paritária da população negra na sociedade, permitindo como consequência, a transferência dos prejuízos para a sociedade atual. Portanto, resta claro que as cotas raciais estão amparadas no direito geral de igualdade, na medida em que são tratamentos desiguais fundamentados na busca da igualdade.

Porém, há caracterizada certa fragilidade nessas ações, uma vez que, em razão da miscigenação brasileira, parte da população marginalizada atualmente, mesmo não sendo negra, herdou os problemas sociais do tratamento desigual posto no passado. Há pessoas que deveriam fazer jus às cotas raciais por serem descendentes de negros, porém por não serem negros não percebem dessas ações. Há ainda, em decorrência da já referida miscigenação, grande dificuldade de caracterizar um modelo racial no país. Os critérios de definição são confusos e o próprio cidadão tem dificuldade em se posicionar em uma etnia definida.

A despeito de todas as situações problemas, que sem dúvida prejudicam os objetivos do sistema de cotas raciais, não pode desconsiderar sua necessidade, pois essas ações visam corrigir parte do problema social, sendo necessárias outras medidas conjuntas na correção das estruturas de desigualdade social. Há ainda que considerar os problemas nos sistemas de cotas raciais como desafios a serem combatidos, buscando assim as melhorias necessárias para implantação de ações afirmativas mais sólidas. As dificuldades encontradas, portanto não devem sustentar a ineficiência das cotas raciais, pois as mínimas correções promovidas são mais importantes que os obstáculos encontrados no caminho.

Por fim, o debate sobre as cotas raciais e a eficiência desse sistema está longe de ser esgotado, porém em relação à sua adequação ao direito de igualdade, entendemos que as cotas convergem com a promoção da igualdade material na medida em que promovem consequências de justiça social.

9. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei Nº 12.990, de 9 de Junho de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº186 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 26 abril 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 20 dez. 2015.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JUNIOR, João Feres. CAMPOS, Luiz Augusto. *Liberalismo Igualitário e Ação Afirmativa: Da teoria moral à Política Pública*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n48/a05v21n48.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

OLIVEN, Arabela Campos. *Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil os Estados Unidos e o Brasil*. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOliven.pdf. Acesso em: 16 dez. 2015

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/10.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015

RAWLS, John. Trad. Almiro Pisetta *Uma Teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

THEODORO, Mario Lisboa. *Exclusão ou Inclusão Precária? O Negro na sociedade Brasileira*. Brasília, v. 3, n. 1, 2008.