



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Pós-Graduação em Direito
Programa de Mestrado**

Paulo Eduardo de Oliveira Berni

IGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA: políticas de cotas rígidas
nos processos seletivos de acesso ao ensino superior

Florianópolis

2010

Paulo Eduardo de Oliveira Berni

IGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA: políticas de cotas rígidas
nos processos seletivos de acesso ao ensino superior

*Dissertação de Mestrado apresentada ao
Curso de Pós-graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito na área de
concentração Filosofia e Teoria do Direito.*

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Florianópolis

2010

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da
Universidade Federal de Santa Catarina

B528i Berni, Paulo Eduardo de Oliveira

Igualdade e ação afirmativa [dissertação] : políticas de cotas rígidas nos processos seletivos de acesso ao ensino superior / Paulo Eduardo de Oliveira Berni ; orientador, Sérgio U. Cademartori. - Florianópolis, SC, 2010.

171 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Princípio da igualdade. 3. Programas de ação afirmativa. 4. Cotas universitárias. 5. Universidade. I. Cademartori, Sergio. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Paulo Eduardo de Oliveira Berni

IGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA: políticas de cotas rígidas
nos processos seletivos de acesso ao ensino superior

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Filosofia e Teoria do Direito.

Banca examinadora:

Presidente: **Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer (UFSC)**

Membro: **Prof. Dr. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)**

Membro: **Prof. Dr. Marcos Leite Garcia (UNIVALI)**

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Orientador

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Coordenador do CPGD / UFSC

Florianópolis, março de 2010.

*Dedico este trabalho à memória de meu pai,
cuja ausência teima em doer.*

Agradecimentos

Não posso deixar de iniciar esses agradecimentos saudando ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, desde há muito dedicado à reconstrução crítica do Direito – participar desta história é um privilégio. Em especial, gostaria de agradecer meu orientador, professor Sérgio Urquhart de Cademartori, pelo estímulo e afetuosidade nos momentos de dificuldade, bem como pelo respeito à autonomia acadêmica. Agradeço também aos professores Wolkmer, Marcos e Fábio, pelas contribuições nas bancas de Defesa de Projeto e de Dissertação, e à professora Cecília, que abriu as portas para minha primeira experiência docente.

O período do curso passado em Floripa ficará marcado de forma indelével na memória. Saúdo especialmente os companheiros e companheiras do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC) e do Cordão (Representação Discente do Mestrado 2008/2009) – bem como da combativa gestão anterior, espaços de permanente reflexão crítica, luta e sonho. Vocês demonstram que a construção e a prática de um outro direito são possíveis.

Aos colegas da Procuradoria-Geral do Município de Canoas e do Instituto Canoas XXI, pelo apoio nos momentos derradeiros de redação deste trabalho.

Neiva, Vinicius e Ianaê, que suportaram calados momentos difíceis e nunca deixaram de apoiar e incentivar.

Por fim, Ana Luiza, amor que completa, companheira já de uma vida inteira.

RESUMO

O objetivo do trabalho é analisar as políticas de ação afirmativa racialmente consciente (cotas raciais) para o acesso às instituições de ensino superior à luz do princípio da igualdade substancial compreendido no paradigma do Estado constitucional de direito. Primeiramente investiga-se os processos que originaram (escravismo) a atual situação de grande vulnerabilidade social vivida por parte da parcela negra da população, a interpretação de nossa formação sócio-cultural realizada (mito da democracia racial) para fins de naturalização das relações raciais e os efeitos implícitos (racismo assimilacionista) e explícitos (revelados pelos indicadores de institutos de pesquisa) que resultaram do processo. Posteriormente busca-se demonstrar que o Estado constitucional de direito constitui um modelo normativo compatível com a garantia dos direitos fundamentais e os auspícios da promoção da igualdade substancial. Este paradigma representa o abandono da posição neutra do Estado frente aos conflitos sociais e seu compromisso com a redução das desigualdades intoleráveis. Finalmente, no terceiro capítulo, confrontam-se os aspectos sociológicos e normativos da igualdade com as cotas raciais para o acesso ao ensino superior. Do colacionado conclui-se que, considerado o conteúdo da igualdade substancial, as políticas de ação afirmativa modalidade cotas são legítimas, pois congruentes com os objetivos da República. De outra parte, se considerados os níveis intoleráveis de desigualdade expostos pelos indicadores sociais, estas medidas extremas encontram justificativa para sua implementação.

Palavras-chave: Princípio da igualdade – ação afirmativa – cotas raciais – universidade

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar las políticas de acción positiva racionalmente concientes (reservas raciales) para el acceso a las instituciones de enseñanza superior bajo la luz del principio de igualdad substancial comprendido en el paradigma del Estado constitucional de derecho. En un primer momento se investigan los procesos que originaron (esclavitud) la actual situación de gran vulnerabilidad social vivida por parte de los grupos negros de la población, la interpretación de la formación sociocultural brasileña realizada (mito de la democracia racial) en aras de la naturalización de las relaciones raciales e los efectos implícitos (racismo asimilacionista) y explícitos (revelados por los indicadores de institutos de estadística) que resultaron de dicho proceso. Posteriormente, se intenta demostrar que el Estado constitucional de derecho constituye un modelo normativo compatible con la garantía de los derechos fundamentales y con los auspicios de la promoción de la igualdad substancial. Este paradigma representa el abandono de la posición neutra del Estado de cara a los conflictos sociales y su compromiso con la reducción de las desigualdades intolerables. Finalmente, en el capítulo tercero, se parangonan los aspectos sociológicos y normativos de la igualdad con las reservas raciales para el acceso a la enseñanza superior. De lo recorrido se concluye que, considerando el contenido de la igualdad substancial, las políticas de acción positiva en dicha modalidad son legítimas, pues congruentes con los objetivos de la República. De otra parte, se si consideran los niveles intolerables de desigualdad revelados por los indicadores sociales, estas extremadas medidas encuentran justificativa para su implementación.

Palabras-llave: Principio de igualdad – acción positiva – cotas raciales - universidad

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 O NEGRO E O PROCESSO DE FORMAÇÃO SÓCIO-CULTURAL BRASILEIRO	19
1.1 PRIMEIRA PARADA: FORMAÇÃO DO BRASIL CRIOULO ..	21
1.1.1 A invenção da raça: o branco e o negro	21
1.1.2 Navios negreiros: a expatriação dos africanos	28
1.2 COMO SE CONTAM OS CONTOS	41
1.2.1 Sobre como a abolição não representou o fim dessa história	41
1.2.2 Mito da democracia racial	45
1.3 HERANÇA MALDITA: O RACISMO BRASILEIRO	53
1.3.1 Um país racista sem racistas	54
1.3.2 Racismo visível: a desigualdade de brancos e negros em números	60
2 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	69
2.1 ESTADO DE DIREITO: DO PARADIGMA LIBERAL AO CONSTITUCIONAL	72
2.2 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	86
2.2.1 Uma definição formal de direitos fundamentais	88
2.2.2 Direitos fundamentais e operatividade	91
2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	97
2.3.1 A abordagem garantista da igualdade	99
2.3.2 O conteúdo jurídico do princípio da igualdade	107
3 CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DAS COTAS RACIAIS	113
3.1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PROPOSTA PARA A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE	115
3.1.1 Conceito e objetivos	115

3.1.2 Experiências comparadas: ações afirmativas nos Estados Unidos	119
3.2 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL	128
3.2.1 As ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro	129
3.2.2 A política de cotas no Brasil	132
3.3 ASPECTOS POLÊMICOS DAS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NO BRASIL	137
3.3.1 Igualdade formal <i>versus</i> igualdade material	138
3.3.2 Políticas universalistas <i>versus</i> políticas focadas	141
3.3.3 O critério <i>raça</i> para escolha dos beneficiários	144
3.3.4 O perigo da racialização	148
3.3.5 Violação da autonomia universitária e do sistema meritocrático	151
CONSIDERAÇÕES FINAIS	155
REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

O sociólogo brasileiro Florestan Fernandes (1972, p. 161-3) advertia, já na década de 1970, que os problemas do Brasil não se relacionavam com “problemas de crescimento”. Crescimento econômico, especialmente naquela época, houve. O verdadeiro desafio do Brasil, salientava, era desenvolver-se como *sociedade nacional*, de modo a generalizar os benefícios de tal crescimento para toda a sua população. A ordem jurídica então vigente não lograva alterar essa imagem, permanecendo os direitos e garantias *privilégios inconfundíveis* de minorias que detinham condições econômicas, políticas e sociais para desfrutá-los, indiferentes ao que se passava ao seu redor. A democratização do prestígio, da renda e do poder constituía uma necessidade nacional.

O período que representou a redemocratização do Estado brasileiro – marcado por grande mobilização dos movimentos sociais, que conseguiram assegurar uma série de importantes garantias no texto constitucional – representou o renascimento da esperança de que as desigualdades estruturais pudessem ser, pouco a pouco, dissolvidas. Nesse sentido, conforme bem salienta Rocha, o art. 3º da Constituição Federal, que trata dos objetivos da República, apresenta uma declaração, uma afirmação e uma determinação. Primeiramente, declara que a República não é livre, uma vez que não se organiza de acordo com a universalidade da garantia de direitos. Em segundo lugar, afirma que não é justa, visto que repleta de desigualdades antijurídicas que não garantem a todos acesso às condições de vida minimamente de acordo com os padrões da dignidade humana. Por fim, em terceiro lugar, ao reconhecer que não é solidária, porque permeada por discriminações com fundamento em preconceitos diversos, determina que estas sejam erradicadas (1996, p. 92).

Iniciada a terceira década de vigência da chamada Constituição Cidadã, observa-se que “o efeito excludente da estrutura econômica e político-social brasileira pouco mudou” (NEVES, 2002, p. 203-4). Esse fato coloca em risco a democracia do país, na medida em que, ainda que

os direitos civis tenham sido restabelecidos e a liberdade política retomada, a falta de efetividade mínima dos direitos sociais para relevante parcela da população é uma constante ameaça à desintegração nacional. Com efeito, a cidadania permaneceu excludente, na medida em que não se modificou, em sentido verdadeiramente democrático, os esquemas de acesso à justiça, distribuição de renda, estrutura agrária, seguridade social, educação, saúde, habitação, entre outros (BENEVIDES, 1994).

O debate sobre a concretização de direitos renovou-se na segunda metade da década de 1990. Com efeito, observa-se a adoção por parte do governo federal e o estímulo à instituição de políticas públicas comprometidas com a promoção da igualdade em seu sentido substancial, de um lado, e com a redução das desigualdades intoleráveis, de outro: as ações afirmativas.

Os beneficiários das primeiras medidas implementadas são as mulheres e as pessoas portadoras de deficiência, com o estabelecimento de um número mínimo de candidatas do gênero feminino nas nominatas dos partidos políticos para as eleições e reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência em concursos públicos. Na educação, a partir dos anos 2000, um número crescente de universidades passaram também a adotar critérios especiais – diversos do tradicional *vestibular* – na seleção de seus estudantes, estipulando cotas, reservando vagas ou concedendo bonificação na pontuação final em benefício de candidatos representantes de grupos minoritários discriminados da sociedade. Trata-se do uso de critérios como a raça ou passado acadêmico para fins de seleção dos candidatos às vagas nas instituições de ensino superior.

O debate sobre a implementação de políticas de ação afirmativa, aqui como nos demais países onde foram aplicadas, traz à luz questões fundamentais relacionadas, do ponto de vista fático ou social, à desigualdade produzida pela ordem social competitiva e os processos discriminatórios ou preconceituosos por ela geradas ou decorrentes e a elaboração e definição de estratégias eficazes para o combate de suas causas estruturais. Desde uma perspectiva normativa, o tema relaciona-se com o princípio da igualdade considerado no paradigma do Estado constitucional de direito e da garantia dos direitos fundamentais de todos.

O ingresso das mencionadas políticas públicas na agenda jurídico-política içou, em particular, o princípio da igualdade para o centro do debate constitucional pátrio. Conforme Paulo Bonavides

(2007, p. 376-7), o princípio da igualdade constitui o “centro medular” do Estado de direito em sua dimensão social e de todos os direitos por ele proclamados. O Estado constitucional, portanto, é – *deve ser* – produtor de igualdade material.

A configuração hodierna do referido princípio, nova em termos históricos, deixa de concebê-lo nos termos propostos pelo liberalismo para convertê-lo em isonomia material. Nesse sentido, mais do que igualdade *perante* a lei, passa-se a falar em igualdade *feita* pela lei ou igualdade *através* da lei. A isonomia, compreendida em sua substancialidade, confere nova dimensão aos direitos fundamentais. Não revoga a liberdade, mas mostra que esta sem a igualdade é valor vulnerável (BONAVIDES, 2007, p. 377-8).

Diante do exposto, o presente trabalho foi motivado a partir de três considerações: (a) que os indicadores sociais, que apontam para uma situação na qual a população negra encontra-se em elevado grau de vulnerabilidade; (b) que a Constituição de 1988 insere-se no Estado constitucional de direito e demanda um tipo de igualdade substancial comprometida com a garantia de padrões de mínimos de existência e redução das desigualdades; e, por fim, (c) que as políticas de ação afirmativa racialmente conscientes, tal como vem sendo implementadas nas universidades brasileiras, apresentam-se como possibilidade de inclusão da população negra por meio da universidade.

O objetivo da presente pesquisa é analisar as políticas de ação afirmativa racialmente conscientes (cotas raciais) para o acesso às instituições de ensino superior à luz do princípio da igualdade substancial compreendido no paradigma do Estado constitucional de direito. São ainda objetivos específicos examinar o sistema colonial-escravista e seus reflexões nas condições de vida da população negra brasileira, analisar o princípio da igualdade no âmbito do Estado constitucional de direito e descrever experiências de cotas raciais e identificar algumas de suas mais importantes objeções.

A pesquisa realizada trata das questões relativas à implementação de políticas de ação afirmativa, na forma das cotas raciais nos processos de seleção das universidades (públicas) brasileiras, em especial para a população denominada afrodescendente. Para tanto, o primeiro capítulo será investigado os processos que possivelmente deram origem – o escravismo – à atual situação de maior vulnerabilidade social por parte da parcela negra da população, bem como a interpretação realizada do período de nossa formação social e, por fim, os efeitos implícitos

(racismo assimilacionista) e explícitos (revelados pelos indicadores de institutos de pesquisa) do exposto. Esta primeira parte é fundamentada pelos estudos empreendidos por Darcy Ribeiro, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior e Florestan Fernandes.

No segundo capítulo busca-se apresentar um modelo normativo que seja compatível com os auspícios da promoção da igualdade substancial. Nesse sentido, dedica-se a examinar os conceitos de Estado constitucional de direito, direitos fundamentais e princípio da igualdade. O marco teórico utilizado é o da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, sendo apresentada ainda a visão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade de acordo com Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, J. J. Gomes Canotilho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Finalmente, no terceiro capítulo, os aspectos sociológicos e normativos da igualdade são confrontados com uma proposta de concretização do referido preceito constitucional, qual seja, as cotas raciais para o acesso ao ensino superior. Nesse sentido é apresentado o conceito e objetivos das mencionadas políticas públicas de promoção da igualdade substancial, experiências de implementação nos Estados Unidos e no Brasil e confrontados algumas das principais objeções à elas elaboradas por seus críticos. Fundamentam esta parte do trabalho Ronald Dworkin, Roger Raupp Rios e Joaquim Barbosa Gomes, entre outros.

1 O NEGRO E O PROCESSO DE FORMAÇÃO SÓCIO-CULTURAL BRASILEIRO

“Resgatar esses acontecimentos é reavivar a memória de algo que os poderosos procuram fazer cair no esquecimento, cientes de que um povo sem história é como um homem sem memória, que não sabe de onde vem e nem para onde vai.”

Emílio Gennari

A redução das desigualdades sociais e regionais e a eliminação da discriminação com base em preconceito de, entre outros fatores, raça são dois dos objetivos da República, nos termos do art. 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal. Em relação às desigualdades sociais, não há no Brasil quem negue o grau de intolerabilidade que atingiram, encontrando-se, inclusive, entre as mais altas do mundo. O mesmo não se pode dizer sobre a existência e persistência de discriminação com base em preconceito de raça: combate-se a ideia de raça e de racismo e nega-se qualquer ação política incisiva que incida sobre a repartição do poder, do prestígio e da riqueza.

As políticas de ação afirmativa, em sua modalidade de cotas raciais (e também sociais) para o acesso às instituições de ensino superior, em especial naquelas de grande concorrência, propõem-se a ser um desses mecanismos que busca modificar a realidade social. Nesse sentido, é imperioso considerar a relação do diploma universitário com padrão de renda, nível de escolaridade dos filhos, mobilidade social, entre outros.

As referidas medidas – cotas raciais – justificar-se-iam em virtude do nosso passado escravista, o peso que representou e ainda representa para a parcela afrodescendente brasileira. Nesse sentido, pretende-se inicialmente identificar os mecanismos de acordo com os quais as práticas sociais mantiveram, no país, os negros alijados da repartição de renda e do prestígio, em especial aqueles gerados a partir de práticas discriminatórias – comissivas e omissivas – perpetradas no

passado e cuja continuidade em nossos dias produz perturbadores efeitos.

Para responder a esta questão inicial – que implica, caso confirme-se a hipótese de que a discriminação representa um obstáculo para a integração da população negra na ordem social competitiva, o reconhecimento do racismo estrutural – será realizada análise da formação sócio-cultural brasileira, a partir do momento em que os negros passaram a desembarcar nestas terras – acorrentados – e o tráfico negreiro passou a representar importante fonte de divisas para a Coroa portuguesa e os comerciantes e de mão-de-obra barata para as necessidades das plantações de açúcar e, posteriormente, de café, no Brasil colônia.

Reconstruir a história do negro, ou melhor, da sua condição ou não-condição, justifica-se, ao menos, por dois aspectos fundamentais para fins do debate aqui proposto:

o primeiro é que o presente não é fruto do acaso e, nele, nem o sofrimento, nem a falta de meios materiais impossibilitam a luta pela liberdade. O segundo, tão importante quanto o anterior, é que uma sociedade da qual seja banida toda exploração do homem pelo homem não cairá do céu, mas será sim o resultado de sua participação ativa nas batalhas que, longe de terminar, estão apenas começando (GENNARI, 2008, p. 8).

Fernandes refere que não é possível compreender a situação atual do negro “fazendo-se tábula rasa do período escravista e do que ocorreu ao longo da instauração da ordem social competitiva” (2007, p. 66).

Está-se, pois, a falar sobre um tema caro à nossa tradição *cordial* (HOLANDA, 1995): reconhecimento do nosso passado e presente racista, em contraposição à reconfortante imagem da democracia racial. Em outras palavras, a adoção das políticas de ação afirmativa – especialmente em sua modalidade cotas raciais – acendeu no país o debate sobre o racismo. De uma parte, uns creem que existem elementos suficientes que indicam a persistência de preconceito racial entre nós, sendo dever do Estado enfrentar essa questão e promover a igualdade material. De outra parte, estão os que defendem que nossa sociedade logrou superar seu passado escravista, vencendo a segregação pela miscigenação do nosso povo, sendo risco das atuais tentativas de implementação de cotas raciais a formação de uma nação bicolor.

O objetivo deste primeiro capítulo é, pois, analisar a *origem* do processo que engendrou as desigualdades sociais – com nítido viés racial – atuais (a invenção da ideia de raça e o sistema escravista), a omissão quanto à formulação de políticas públicas que visassem a integração do negro no período posterior à abolição e uma *interpretação* dada à realidade social brasileira – democracia racial – e a denúncia dessa ideologia feita a partir da segunda metade do século passado, e, por fim, as *consequências* ou *resultados* tanto implícitos (racismo assimilacionista) quanto explícitos (indicadores sociais) desse processo para a parcela negra da população brasileira. Será adotada a perspectiva sociológica, com atenção especial aos estudos de Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior, Florestan Fernandes e Darcy Ribeiro.

O presente não é fruto do acaso e a luta contra a discriminação de todo e qualquer grupo humano é uma batalha ainda em progresso, cujo êxito está relacionado com a participação ativa de todos na luta contra as desigualdades.

1.1 PRIMEIRA PARADA: FORMAÇÃO DO BRASIL CRIOULO

Nesta seção buscar-se-á a origem da realidade hodierna de desigualdade social com identificação com aspectos raciais. Para tanto, será analisado, primeiramente, a associação da exploração econômica – colonial – com o modo de organização da força de trabalho – escravidão e a necessidade de justificar a realidade com base em um conceito novo em termos mundiais: a raça. Esse conceito sociológico é referendado por pesquisas genéticas, bem como por recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, será examinada a maneira por meio da qual o negro africano foi incorporado à sociedade brasileira em formação.

1.1.1 A invenção da raça: o branco e o negro

A globalização em curso atualmente é a continuação de um processo que começou com a chegada das nações europeias às Américas. Este fato precipitou a formação de um novo padrão de poder mundial, capitalista e eurocentrado (QUIJANO, 2005).

Com efeito, a partir de 1500, com a conquista da América pelos europeus ibéricos, bem como em decorrência da abertura de novas rotas diretas para África e Ásia, o processo civilizatório mundial, ao contrário

do que ocorrera até então, quando muitos povos experimentaram linhas independentes de desenvolvimento, passa a ser unitário. No período histórico subsequente, “a evolução humana e a história universal começam a marchar sobre os mesmos trilhos, integrando todos os povos nos mesmos processos civilizatórios e incorporando-os a um único sistema econômico de âmbito universal” (RIBEIRO, 1980, p. 46).

Os focos dos quais irradiam essa progressão posterior ao (des)cobrimento são, em larga medida, europeus. Desse modo, os povos americanos, africanos e asiáticos viram-se avassalados e em muitos casos foram exterminados por esse movimento, sendo interrompida a sua própria criatividade. Foram convertidos em proletariado externo de potências europeias, no bojo de um processo civilizatório único que, conforme destacado, a partir desse momento constitui-se em nível global (RIBEIRO, 1980, p. 46).

Todavia, entre todos, foram os povos americanos que mais violenta e continuamente sofreram com o processo que Ribeiro denominou de *transfiguração étnica*. Tanto na Ásia quanto na África os povos puderam conservar sua autonomia cultural, logrando resistir a uma completa europeização. O exposto é verdadeiro mesmo se considerado que a África forneceu ao mundo milhões de escravos, fato que teve diversas consequências para o continente. Entretanto, as populações indígenas americanas sofreram enormemente com o impacto da expansão europeia, vendo-se traumatizadas e transfiguradas (1980, p. 47).

A América “constitui-se”, segundo Quijano (2005, p. 228), “como o primeiro espaço-tempo de um padrão de poder de vocação mundial”. Para tanto, dois processos convergiram e associaram-se: a codificação das diferenças entre os povos na ideia de raça e a articulação das formas de controle do trabalho em torno do capital e do mercado mundial¹. Desenvolveu-se no período a percepção de que o trabalho

¹ Sobre o processo de articulação das formas históricas de trabalho em torno do capital e do mercado mundial, ver Quijano, para quem a maneira como configurou-se as relações de trabalho nas Américas, em especial no que toca às formas de controle do trabalho, posto que articuladas a partir dessa época em torno do mercado mundial, foram histórica e socialmente novas. Primeiramente, porque o sistema organizou-se de forma deliberada para a produção de mercadorias para o mercado mundial. Em segundo lugar, o trabalho não somente ocorria ao mesmo tempo em vários espaços, mas todo ele articulava capital e mercado, configurando relação de dependência estrutural entre esse elementos. Em outras palavras, “não apenas por seu lugar e função como partes subordinadas de uma totalidade, mas também porque sem perder suas respectivas características [...] seu movimento histórico dependia desse momento em diante de seu pertencimento ao padrão global de poder”.

assalariado era privilégio dos brancos, sendo as formas de trabalho não-assalariadas (servidão e escravidão) restritas, respectivamente, aos índios e aos negros². Nesse sentido, refere o sociólogo peruano que as

novas identidades históricas produzidas sobre a ideia de raça foram associadas à natureza dos papéis e lugares na nova estrutura global de controle do trabalho. Assim, ambos os elementos, raça e divisão do trabalho, foram estruturalmente associados e reforçando-se mutuamente, apesar de que nenhum dos dois era necessariamente dependente do outro para existir ou para transformar-se (QUIJANO, 2005, p. 231).

Interessa-nos neste momento analisar o primeiro dos dois elementos destacados – a ideia de raça –, embora seja da associação dos dois elementos referidos que tenha resultado a divisão racial do trabalho, com os negros sendo reduzidos à escravidão.

Raça foi uma ideia utilizada pelos conquistadores para legitimar as relações de domínio. A classificação social da população mundial – e latino-americana em particular – de acordo com essa ideia foi um dos eixos fundamentais do padrão de poder estabelecido e “expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial [...]” (QUIJANO, 2005, p. 227). Na medida em que a estrutura colonial dominada pela raça branca estendeu-se como critério de classificação social em nível mundial, foram produzidas novas identidades históricas e sociais (como os amarelos, no Oriente).

Foi imposta, deste modo, a sistemática divisão racial do trabalho. Na área de dominação espanhola, não tardou muito para que a Coroa de Castela decidisse pelo fim da escravização dos índios, de modo a impedir seu total extermínio, confinando-os na estrutura da servidão. Nesse sentido, importa destacar que

Finalmente, as formas de controle do trabalho, para preencher as novas funções, produziram “novas configurações histórico-estruturais” (2005, p. 230).

² Como será visto no ponto 1.3, “não é muito difícil encontrar, ainda hoje, essa mesma atitude entre os terratenentes brancos de qualquer lugar do mundo. E o menor salário das *raças inferiores* pelo mesmo trabalho dos *brancos*, nos atuais centros capitalistas, não poderia ser, tampouco, explicado sem recorrer-se à classificação social racista da população do mundo. Em outras palavras, separadamente da colonialidade do poder capitalista mundial” (QUIJANO, 2005, p. 234-5).

[o] vasto genocídio dos índios nas primeiras décadas da colonização não foi causado principalmente pela violência da conquista, nem pelas enfermidades que os conquistadores trouxeram em seu corpo, mas porque tais índios foram usados como mão de obra descartável, forçados a trabalhar até morrer (QUIJANO, 2005, p. 234).

Foi-lhes, de uma parte, permitido continuar vivendo em comunidade – aos que se encontravam nessa situação –, possibilitando a reprodução de sua força de trabalho como servos, e, de outra, mantida uma nobreza indígena que cumpria um papel de intermediária entre os nativos e a *raça dominante*. Os negros, por sua vez, foram reduzidos à escravidão³ (QUIJANO, 2005, p. 231).

Os africanos, conhecidos dos europeus desde os tempos de Roma, passaram a ser considerados em termos raciais somente após a descoberta da América. O certo é que esta classificação – que acabou por produzir identidades sociais novas – desde muito cedo foi construída como “referência a supostas estruturas biológicas diferenciadas” (QUIJANO, 2005, p. 228):

E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, como constitutivas delas, e, conseqüentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade foram estabelecidas como instrumentos de

³ O conceito de raça foi aplicado primeiramente em relação aos índios. Em 1550, Ginés de Sepúlveda defendia em Valladolid, Espanha, a partir da leitura de textos aristotélicos, que o índio americano era escravo por natureza. O mesmo argumento foi aplicado posteriormente em relação aos povos africanos (DUSSEL, 2007, p. 228). A partir do final do século XVIII, com o progresso das ciências naturais, são realizados diversos estudos que buscavam encontrar critérios de classificação das raças. Esses estudos hierarquizam as raças branca, amarela e negra, a primeira sendo a superior e a última a mais primitiva, próxima às do reino animal: “O negro seria preguiçoso, indolente, caprichoso, sensual, incapaz de raciocinar; por isso, é colocado próximo ao reino animal. A raça amarela não teria imaginação, seria materialista, capaz de se realizar apenas no comércio e nos negócios, entregue exclusivamente aos interesses materiais. A raça branca [...] possuiria qualidades de que carecem as outras duas: seria uma raça superior, porque as suas qualidades são superiores à sensualidade dos negros e ao materialismo dos amarelos. [...] a raça branca é bela” (MATTEUCCI, 1986, p. 1.060).

classificação social básica da população (QUIJANO, 2005, p. 228-9).

A associação de uma “cor” a uma “raça” é ainda posterior. Quijano (2005, p. 229) refere que essa associação fenotípica provavelmente tenha ocorrido pela primeira vez nas colônias britânicas. Lá, os imigrantes brancos constituíam a imensa maioria da população, sendo os negros o grupo explorado mais importante (os índios viviam nos territórios ainda não ocupados, não formando parte significativa da sociedade colonial). Desse modo, em oposição aos “negros” africanos, os conquistadores passam a denominar-se “brancos”⁴.

A ideia de raça – “uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros” (QUIJANO, 2005, p. 228)⁵ – foi utilizada pelos conquistadores como uma maneira de legitimar as “relações de dominação impostas pela conquista” (QUIJANO, 2005, p. 229). O *outro*, em decorrência de seus diferentes traços fenotípicos, bem como descobertas mentais e culturais, é posto em uma natural situação de inferioridade. Esse conceito converte-se, conforme já referido, em critério fundamental de distribuição da população mundial em níveis, lugares e papéis na nova ordem em formação⁶. O notável, contudo, não foi o fato de os europeus passarem a pensar-se a si mesmos e ao restante da espécie desse modo, uma vez que outros povos já o haviam feito, mas de terem sido “capazes de difundir e de estabelecer essa perspectiva histórica como hegemônica dentro do novo universo intersubjetivo do padrão mundial do poder” (QUIJANO, 2005, p. 239).

O racismo – relação de dominação baseada na ideia de superioridade racial – foi, pois, assumido pelos conquistadores da América como elemento fundacional da relação de dominação. Entretanto, muito embora o processo de invenção da raça tenha origem e

⁴ “Raça apareceu muito antes que *cor* na história da classificação social da população mundial” (QUIJANO, 2005, p. 229).

⁵ “A ideia de raça é, literalmente, uma invenção. Não tem nada a ver com a estrutura biológica da espécie humana. Quanto aos traços fenotípicos, estes se encontram obviamente no código genético dos indivíduos e grupos e nesse sentido específico são biológicos. Contudo, não têm nenhuma relação com nenhum dos subsistemas e processos biológicos do organismo humano” (QUIJANO, 2005, p. 230).

⁶ “Isso se expressou, sobretudo, numa quase exclusiva associação da branquitude social com o salário e logicamente com os postos de mando da administração colonial” (QUIJANO, 2005, p. 232).

caráter colonial, provou ser mais duradouro e estável que o próprio colonialismo que o estabeleceu, subsistindo formalmente (no Brasil) até 1888, com consequências sensíveis até bem mais do que isso.

A percepção de que raça é um conceito sociológico foi, recentemente, corroborada desde perspectivas biológicas e jurídicas (ambas utilizadas anteriormente para demarcá-la). Com efeito, pesquisas de mapeamento genético indicam que as diferenças genéticas entre negros e brancos (do mesmo modo que em relação a outros tipos fenotípicos, como os indígenas ou os orientais) são ínfimas, a ponto de não fazer sentido, biologicamente, falar em *raças humanas*.

Do ponto de vista jurídica, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre esta questão, referendando o entendimento de que não se trata de um conceito biológico, mas sociológico, construído historicamente:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...] 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...] 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e

aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma [...] (BRASIL, 2003).

A referida decisão foi prolatada em julgamento de um editor que publicou, no Rio Grande do Sul, livros de conteúdo anti-semita. Além de abordar temas como liberdade de expressão e manifestação do pensamento individual e os limites desses direitos, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o espinhoso tema do racismo, que definiria, no caso, a prescritibilidade ou imprescritibilidade do crime. A defesa do acusado sustentou que o povo judeu não poderia ser considerado uma raça, argumentando para tanto que as referidas descobertas genéticas indicam a impossibilidade de sua determinação cromossômica. Ademais, os judeus identificar-se-iam como uma comunidade religiosa, não constituindo nem mesmo um grupo étnico específico.

O Tribunal não acatou estes argumentos. Em decisão que constituiu um marco na jurisprudência dos direitos humanos, consolidou o entendimento de que, muito embora pesquisas tenham determinado que não existem diferenças genéticas substanciais entre os diversos fenótipos humanos, “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (BRASIL, 2003). É da discriminação operada a partir dessas diferenças que configura a prática de racismo, cujo conteúdo é expressão de intolerância, incompatível com os valores da democracia e do Estado constitucional de direito.

Contudo, ainda que do ponto de vista biológico não seja possível determinar a existência de diferentes raças humanas, o exposto não implica que as pessoas modifiquem suas representações sociais com base nessas pesquisas. Muito embora os avanços tecnológicos tenham indicado não haverem diferenças genéticas entre os distintos fenótipos humanos, certamente é possível afirmar que existem e produzem efeitos em termos político-sociais, sendo uma categoria social apta a “explicar práticas discriminatórias de uns indivíduos perante outros” (BERNARDINO, 2004, p. 19). Posto que uma construção sociológica, o conceito de raça variará de acordo com o contexto histórico em que ele for utilizado, sendo mais relevante o uso que as sociedades fazem desse conceito para hierarquizar seus membros.

Portanto, *raça* é uma construção sociológica e o *racismo* configura-se como o uso político de conhecimentos aparentemente científicos para justificar a superioridade de um grupo étnico sobre os demais. A crença nessa realidade produz concretamente, entretanto,

atitudes de discriminação e de perseguição às raças consideradas inferiores.

1.1.2 Navios negreiros: a expatriação dos africanos

O comércio de escravos africanos operado pelos europeus iria paralisar o lento progresso da África. Segundo o argentino Enrique Dussel (2007, p. 229), o crescimento do comércio de escravos africanos foi ocasionado por três acontecimentos modernos: a chegada dos europeus ao continente americano, a descoberta de ouro e prata nessas terras e a abertura de rotas comerciais marítimas – que prescindiam das viagens terrestres – com o Oriente. Estes fatores fizeram com que diversos reinos africanos ficassem cercados e entrassem em crise.

Escravos de origem africana eram comercializados desde o século IX, especialmente como fonte de mão-de-obra para as minas de ouro do Sudão. A primeira expedição portuguesa que capturou escravos ocorreu em 1441. Portugal progressivamente empregou escravos para nas plantações de açúcar, inicialmente em ilhas como Madeira, São Tomé e Canárias, sendo que alguns eram vendidos na Europa (DUSSEL, 2007, p. 231).

Foi a extração de metais preciosos nas Américas – inicialmente no México e no Peru – que transformou a vida no continente africano. As sociedades mais atingidas foram aquelas de organização menos guerreira e que baseavam sua economia na exploração de ouro, mas em quantidades ínfimas se comparadas com as enormes reservas latino-americanas. A decadência destas rotas fez com que as elites de antigos reinos muçulmanos passassem a caçar camponeses de outras etnias e vendê-los aos europeus, em troca de armas ou dos metais preciosos prospectados nas Américas (DUSSEL, 2007, p. 229). Assim nasceu o sistema de escravidão que perduraria, no Brasil, até o final do século XIX.

Portugal possuía, inicialmente, virtual monopólio desse comércio à época, legitimado por bulas papais. Foi criada em Lisboa a *Casa dos Escravos*, responsável por coordenar o tráfico de escravos, similar à *Casa de Contratación* de Sevilha, que cuidava do comércio de indígenas. As plantações americanas tornam-se rapidamente muito lucrativas. Os primeiros escravos (*bantús*) chegam a Santo Domingo em 1525, provenientes da Andaluzia (DUSSEL, 2007, p. 231).

A expatriação de africanos em direção à América portuguesa ocorreu praticamente desde quando Portugal decidiu explorar sua colônia. Os primeiros negros são introduzidos no Brasil, de maneira tímida, a partir da primeira metade do século XVI. Começam a chegar em larga escala quando do desenvolvimento da economia açucareira⁷: a “caçada de negros na África, sua travessia e sua venda aqui⁸ passam a constituir o grande negócio dos europeus, em que imensos capitais foram investidos e que absorveria, no futuro, pelo menos metade do valor do açúcar e, depois, do ouro” (RIBEIRO, 2006, p. 146). Esse negócio durou três séculos e meio.

Todavia, muito embora a complexidade da empresa açucareira e da logística necessária para o fornecimento de mão-de-obra e para o escoamento da produção, a exploração dos trópicos não se caracterizou como sendo um empreendimento metódico e racional, tampouco emanou de uma vontade construtora e energética. “Fez-se antes com desleixo e certo abandono”:

Dir-se-ia mesmo que se fez apesar de seus autores. [...] Se o julgarmos conforme os critérios morais e políticos hoje dominantes, nele encontraremos muitas e sérias falhas. Nenhuma, porém, que leve com justiça à opinião extravagante defendida por um número não pequeno de detratores da ação dos portugueses no Brasil, muitos dos quais optariam, de bom grado,

⁷ Com efeito, somente com a instalação do engenho açucareiro foi possível pensar na ocupação do vasto território brasileiro. Este viabilizou o empreendimento colonial português. Com o incremento da produção mundial, o açúcar deixou de ser um bem de consumo dos mais ricos, popularizando-se. Entretanto, a diferença entre o custo de a produção e o valor auferido com a venda eram “suficientemente atrativos para permitir o custeio da produção e o transporte transatlântico do próprio açúcar, e o do transporte ultramarino, em sentido inverso, da escravaria africana que o produzia” (RIBEIRO, 2006, p. 250). A produção açucareira caracterizou-se fundamentalmente pela (a) extensão latifundiária do domínio; (b) prática da monocultura extensiva; (c) grande concentração de mão-de-obra (escrava); (d) alto custo relativo do investimento financeiro necessário; (e) destino externo do produto final; (f) a dependência da importação da força de trabalho; e (g) o caráter racional e planejado que o empreendimento exigia (RIBEIRO, 2006, p. 259). Suas características evidenciam uma natureza de empresa mercantil, e não como mero empreendimento escravista ou feudal. Em síntese, “é um sistema agrário-mercantil de colonização escravista, conformado como um conjunto integrado de relações centralizadas no objetivo de produção monocultora para exportação” (RIBEIRO, 2006, p. 261).

⁸ O exposto constitui o que Joaquim Nabuco (1999, p. 103) caracterizou como a trilogia infernal da escravidão brasileira, cujo primeiro ato ocorria na África, o segundo no mar e o terceiro no Brasil.

e confessadamente, pelo triunfo da experiência de colonização holandesa, convictos de que teria nos levado a melhores e mais glorioso rumos (HOLANDA, 1995, p. 43).

A agricultura no Brasil era praticada de maneira perdulária. O vasto território e o tráfico negreiro foram, assim, essenciais para a realização do projeto colonial. Mesmo porque o português buscava riqueza com ousadia, e não a custa de trabalho. Em outras palavras, sem a terra farta e o braço escravo, ele seria, provavelmente, irrealizável (HOLANDA, 1995, p. 49). Este modelo latifundiário-escravista foi utilizado também por outros povos em outros locais. Nesse sentido, Holanda refere que “a presença do negro representou sempre fator obrigatório no desenvolvimento dos latifúndios coloniais” (1995, p. 48).

A escravidão dos negros africanos, aceita de maneira global, tanto por europeus (não contrastava com as leis ou os costumes portugueses), quanto por muçulmanos ou por bizantinos, era justificada como se os caçadores estivessem libertando os cativos do seu atraso. Muito embora não existam dados precisos que permitam verificar a quantidade de negros trazidos da África para o Brasil, é certo que se entendia ser mais rentável importar negros do que “criá-los”, pois sempre haveria o risco de, durante o tempo necessário para que pudesse começar a trabalhar, fugissem, adocessem ou morressem. Ademais, a Coroa portuguesa lucrava muito com os impostos gerados com o comércio⁹.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o sistema escravagista possuiu em nosso caso uma série de fatores distintivos que a singularizaram, não se filiando, em sentido histórico, ao tipo de escravidão mantida, por exemplo, no mundo antigo, tampouco às formas de trabalho servil do medievo. Singularizou-se no contexto da “era dos descobrimentos” e com ela se confundiu. Nesse sentido, Prado Júnior refere que no

primeiro, com o papel imenso que representa, o escravo não é senão a resultante de um processo evolutivo natural cujas raízes se prendem a um passado remoto; e ele se entrosa por isso perfeitamente na estrutura material e na fisionomia moral da sociedade antiga. Figura nela de modo tão espontâneo, aparece mesmo tão necessário e justificável como qualquer outro

⁹ Sobre o tráfico de africanos no Brasil, conferir Nabuco (1999), em especial p. 91-100.

elemento constituinte daquela sociedade. É neste sentido que se compreende a tão citada e debatida posição escravista de um filósofo como Aristóteles, que, pondo-se embora de parte a apreciação que dele se possa fazer como pensador, representa no entanto, nos seus mais elevados padrões, o modo de sentir e de pensar de uma época. [...]

Coisa muito diferente se passará com a escravidão moderna, que é a nossa. Ela nasce de chofre, não se liga a passado ou tradição alguma. Restaura apenas uma instituição justamente quando ela já perdera inteiramente sua razão de ser, e fora substituída por outras formas de trabalho mais evoluídas (2004, p. 270).

Para a Europa, reciprocidade, escravidão, servidão e produção mercantil independente são percebidas como fases pré-capitalistas da mercantilização da forma de trabalho. São consideradas, ademais, radicalmente incompatíveis com o sistema capitalista em gestação. Contudo, na América, essas formas não seguiram uma sequência histórica unilinear, não representaram extensão de formas pré-capitalistas ou mesmo foram consideradas incompatíveis com o capital. Quijano afirma que no continente americano “a escravidão foi deliberadamente estabelecida e organizada como mercadoria para produzir mercadorias para o mercado mundial e, desse modo, para servir aos propósitos e necessidades do capitalismo” (2005, p. 247).

Outros dois aspectos diferenciam a escravidão dos *antigos* da escravidão dos *modernos*. Em primeiro lugar, no sistema escravista organizado no Brasil – mas também em outras colônias americanas –, o negro era visto como fornecedor de trabalho bruto, desconsiderando toda contribuição cultural que pudesse aportar. Em segundo lugar, é inédito o nítido corte racial que separava os senhores dos escravos¹⁰ (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 272-3).

Em virtude desses processos, o Brasil experimentou, no plano econômico-social, uma formação *colonial-escravista*, tornando-se provedor de escravos, de minérios e de grandes plantações de produtos

¹⁰ Sobre o exposto, Ribeiro refere que o “assinalável no caso brasileiro é, por um lado, a desigualdade social, expressa racialmente na estratificação pela posição inferiorizada do negro e do mulato” (2006, p. 223).

tropicais. Libertou-se, posteriormente, da dominação imperial apenas para ceder lugar à dominação capitalista industrial, alcançando prodigioso desenvolvimento em certos períodos, “jamais [...] generalizável ao grosso da população” (RIBEIRO, 1980, p. 49).

Ademais, nos portugueses inexistia completamente – ou quase completamente – qualquer orgulho de raça, ao contrário dos “povos do Norte”. Esse fato significou que a mistura de cor, a miscigenação, não representou aqui novidade, mas notável elemento de fixação nos trópicos. Holanda (1995, p. 53) destaca que esta mistura já havia iniciado na metrópole¹¹. Isso permitiu aos negros que invadissem diferentes esferas da vida colonial.

A miscigenação, com efeito, é destacada como a característica mais saliente da formação étnica brasileira, resultado da maior facilidade do português em cruzar com outras raças. Isso deve-se, em grande medida, ao maior contato que os povos ibéricos sempre mantiveram com povos fenotipicamente de pele mais escura, como os mouros. Ademais, não ocorreu aqui, senão no século XIX, imigração europeia massiva, salvo experiência isolada no sul da colônia (conforme será visto a seguir), sendo que a mesma realizava-se na grande parte dos casos de maneira individual, resultando, nesse sentido, na carência de mulheres brancas (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 108).

O processo de formação sócio-cultural brasileiro foi resultado daquilo que Darcy Ribeiro (2006) denominou *atualização histórica*, que “supõe a perda da autonomia étnica [...], sua dominação e transfiguração, interrompendo a linha evolutiva dos povos originários e recrutando remanescentes de mão-de-obra servil”. Esse processo estabelece “as bases sobre as quais se edificaria daí em diante a sociedade brasileira” (RIBEIRO, 2006, p. 67).

Quijano (2005, p. 249) destaca duas implicações decisivas desse processo. De um parte, os povos originários e os africanos que para cá foram trazidos “foram despojados de suas próprias e singulares identidades históricas”. De outra, a nova identidade com a qual passaram a ser identificados era racial, colonial e negativa, privados de seu lugar na história da produção cultural da humanidade. A a partir

¹¹ Sérgio Buarque de Holanda reproduz relatos que indicam que, já no século XV, “pululavam os escravos em Portugal”. Segundo o autor, um viajante referiu crer que, em Lisboa, haviam mais escravos que portugueses (1995, p. 53-55).

desse processo “não seriam mais que raças inferiores, capazes somente de produzir culturas inferiores”¹². Quijano (2005, p. 249) refere que

no momento em que os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América (cuja região norte ou América do Norte, colonizarão os britânicos um século mais tarde), encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com a sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade. São conhecidos os nomes dos mais sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas, etc. Trezentos anos mais tarde todos eles reduziam-se a uma única identidade: *índios*. Essa nova identidade era racial, colonial e negativa. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçosamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos, etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de *negros*.

A desafrikanização e o despojamento das identidades originais compeliram, também, o próprio negro a reinventar sua etnicidade (RIBEIRO, 2006, p. 405). Esse processo de perda da autonomia étnica – também chamado de deculturação –, resultará no Brasil na configuração, em termos histórico-culturais, de um *povo-novo*, visto que

origina-se da conjunção de matizes étnicas diferenciadas como o colonizador ibérico, indígenas de nível tribal e escravos africanos, imposta por empreendimentos coloniais-escravistas, seguida da deculturação¹³ destas

¹² Prossegue o autor: “os europeus persuadiram-se a si mesmos, desde meados do século XVII, mas sobretudo durante o século XVIII, não só de que de algum modo se tinham autoproduzido a si mesmos como civilização, à margem da história iniciada com a América, culminando uma linha independente que começava com a Grécia como única fonte original. Também concluíram que eram naturalmente (isto é, racialmente) superiores a todos os demais, já que tinham conquistado a todos e lhes tinham imposto seu domínio” (QUIJANO, 2005, p. 250).

¹³ O processo de *deculturação* é “exemplificável pelo caso dos escravos desgarrados de suas matrizes para servirem a amos estrangeiros em terras longínquas onde eram reunidos a outros escravos, que também lhes eram estranhos, e submetidos todos a uma série de compulsões destinadas a desenraizá-los de suas tradições originais. A deculturação tem como elementos básicos, seu caráter compulsório expresso no esforço por inviabilizar a manifestação da cultura própria e por impossibilitar a sua transmissão; e sua natureza de procedimento deliberado de incorporação de pessoas já integradas numa tradição em um

matrizes, do caldeamento racial de seus contingentes e de sua aculturação no corpo de novas etnias. Sua característica distintiva é a de *species-novae* no plano étnico, já não indígena, nem africana, nem europeia, mas inteiramente distinta de todas elas (RIBEIRO, 1980, p. 70).

Difere-se, desse modo, da colonização ocorrida em países como os Estados Unidos e o Canadá, no norte, e a Argentina e o Uruguai, no sul. Nesses locais, as etnias originais, numericamente pequenas, foram submetidas a um grande número de imigrantes europeus, que imprimiram características sociais, políticas, religiosas e fenotípicas idênticas às de suas pátrias de origem. Configuram-se, portanto, de povos novos em povos transplantados¹⁴. Isso explica o caráter mais igualitário dessas sociedades, bem como porque o resultado do enfrentamento racial normalmente resolveu-se na segregação (RIBEIRO, 1980, p. 60-4; 2006, p. 221-3).

Em relação à configuração histórica estadunidense, Ribeiro (1980, p. 74) destaca três contrastes flagrantes entre esta e o processo brasileiro:

Primeiro, a disparidade de seus níveis de desenvolvimento; os primeiros, integrados na civilização industrial, os últimos imersos numa condição de atraso social e de dependência neocolonial. Segundo, o caráter distinto das relações inter-raciais vigentes em cada configuração; regidas pela discriminação e pela segregação mais brutais, no caso dos *Povos-Transplantados* do Norte e por uma atitude mais flexível de estímulo à miscigenação e de preconceito racial menos agressivos, nos dois

novo corpo de compreensões comuns, tendente a cristalizar-se como uma nova cultura” (RIBEIRO, 1980, p. 131).

¹⁴ Os desafios implicados na diferença entre os modelos de colonização do Brasil e outros países, como os referidos, é assim resumida por Darcy Ribeiro: “Nações há no Novo Mundo – Estados Unidos, Canadá, Austrália – que são meros transplantes da Europa para amplos espaços de além-mar. Não apresentam novidade alguma neste mundo. São excedentes que não cabiam mais no Velho Mundo e aqui vieram repetir a Europa, reconstituindo suas paisagens natais para viverem com mais folga e liberdade, sentindo-se em casa. É certo que às vezes se fazem criativos, reinventando a república e a eleição grega. Raramente. São, a rigor, o oposto de nós. [...] Somos povos novos ainda na luta para fazermos a nós mesmos como um gênero humano novo que nunca existiu antes. Tarefa muito mais difícil e penosa, mas também muito mais bela e desafiante” (RIBEIRO, 2006, p. 410-1).

outros casos. Terceiro, pelos diferentes graus de integração e de participação da respectiva população na sociedade e na cultura nacional: cumprida quase totalmente pelos *Povos-Transplantados*, mas inconclusa nos demais (RIBEIRO, 1980, p. 74).

No que tange à frequente comparação que considera que as consequências do regime escravocrata teriam sido mais intensas nos Estados Unidos do que aqui, sendo, nesta hipótese, em parte exagerada a importância que se dá à escravidão no Brasil como obstáculo à redução das desigualdades, Carvalho (2007) contrapõe dois argumentos. Primeiramente, afirma que a escravidão aqui era mais difundida que nos Estados Unidos, limitando-se naquele país aos Estados sulinos, sobretudo aos produtores de algodão. A introdução da escravidão nos novos estados que estavam em formação foi, inclusive, um dos fatores que deflagraram a guerra civil norte-americana. Isso indica que havia, por assim dizer, uma linha que separava a liberdade da escravidão.

O território ocupado no período anterior ao processo de independência daquele país era bastante pequeno. Os índios, que não habitavam os territórios ocupados, haviam sido reconhecidos formalmente como nações, com as quais se formaram alianças militares (inclusive para as guerras expansionistas contra os franceses), não sendo colonizados. Posteriormente, com a expansão territorial, suas terras foram conquistadas e sua população quase dizimada. Inicialmente, pois, as relações coloniais eram mantidas essencialmente entre brancos e negros. Estes constituíam um grupo fundamental para a economia local, mas compunham demograficamente uma minoria¹⁵ (QUIJANO, 2005, p. 258-60).

No Brasil, ao contrário, não haviam linhas geográficas que separassem liberdade e escravidão. Nesse sentido, um dos aspectos mais paradigmáticos de sua difusão – e esse é o segundo argumento de Carvalho – é o fato de muitos libertos possuírem escravos¹⁶:

¹⁵ Quijano refere que, entre os brancos foi organizada uma forma notavelmente democrática de gestão da autoridade pública. Esses mecanismos foram estendidos aos imigrantes europeus recém-chegados. Todavia, a dois grupos era vedada a participação na vida política: negros e índios. Esse fato foi, segundo o autor, percebido por Tocqueville, que, “não deixou de advertir que a menos que essa discriminação social e política fosse eliminada, o processo de construção nacional se veria limitado” (QUIJANO, 2005, p. 260).

¹⁶ Sobre a inexistência de uma linha divisória entre liberdade e escravidão, bem como o processo de mestiçagem resultante do fato, ver também Nabuco (1999, p. 171-194): “No

Esses dados são perturbadores. Significam que os valores da escravidão eram aceitos por quase toda a sociedade. Mesmo os escravos, embora lutassem pela própria liberdade, embora repudiassem sua escravidão, uma vez libertos admitiam escravizar os outros. Que os senhores achassem normal ou necessária a escravidão, pode-se entender. Que os libertos o fizessem, é matéria para reflexão. Tudo indica que os valores da liberdade individual, base dos direitos civis, tão caros à modernidade europeia e aos fundadores da América do Norte, não tinham grande peso no Brasil (CARVALHO, 2007, p. 49).

Não obstante, no Brasil o papel do imigrante foi menos decisivo, com exceção de certos conglomerados regionais, em especial nas regiões sulinas, onde foram recriadas paisagens tipicamente europeias.

Para o sul da colônia, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, a situação é inteiramente diversa do resto. A mestiçagem passa para o segundo plano, e a maioria da população é constituída de brancos puros. Deve-se isto [à] forma pela qual se processou o povoamento da região. Ele tem por base a imigração de açorianos e em grupos familiares bem constituídos que asseguram a permanência de uma pureza de sangue que as condições de outras capitanias tornam precária. Doutro lado, o baixo nível econômico destas capitanias meridionais até a data que nos ocupa impediu o afluxo numeroso de negros. O índio

Brasil deu-se exatamente ao contrário [dos Estados Unidos]. A escravidão, ainda que fundada sobre a diferença das duas raças, nunca desenvolveu a prevenção da cor, e nisso foi infinitamente mais hábil. Os contatos entre aquelas, desde a colonização primitiva dos donatários até hoje, produziram uma população mestiça, [...] e os escravos, ao receberem sua carta de alforria, recebiam também a investidura de cidadão. [...] A escravidão, entre nós, manteve-se aberta e estendeu os seus privilégios a todos indistintamente: brancos ou pretos, ingênuos ou libertos, escravos mesmo, estrangeiros ou nacionais, ricos ou pobres; e, dessa forma, adquiriu ao mesmo tempo, uma forma de absorção dobrada e uma elasticidade incomparavelmente maior do que houvera tido se fosse um monopólio de raça, como nos estados do Sul [dos Estados Unidos da América]” (NABUCO, 1999, p. 173-4). Contudo, o abolicionista não deixava de notar que a mestiçagem não eliminava o caráter racial da escravidão: “[n]ão importa que tantos de seus filhos espúrios tenham exercido sobre irmãos o mesmo jugo, e se tenham associado como cúmplices aos destinos da instituição homicida, a escravidão na América é sempre o crime da raça branca [...]” (NABUCO, 1999, p. 194).

também não é abundante, nem no litoral, nem no interior, onde, embora presente, permaneceu afastado do convívio da civilização e entranhado nas matas de oeste, em que resiste tenazmente ao avanço da colonização. No Rio Grande, o contingente indígena, reduzido e catequizado pelos jesuítas nas suas famosas reduções dos Sete Povos, permanecerá num estado de semicivilização e pureza racial, sob a direção dos padres, até 1767, quando estes são expulsos dos domínios espanhóis. [...] O negro só começará a afluir com o desenvolvimento das charqueadas, já iniciado em fins do século XVIII, e que tomará considerável vulto em princípios do seguinte; fornecer-lhes-á a mão-de-obra (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 114-15).

Com efeito, ocorreu nessas regiões uma migração estimulada para fins de povoamento de uma região de população escassa e cuja atividade econômica tardou, mais do que em outros lugares, para se desenvolver. Eram famílias originárias das Ilhas dos Açores e da Madeira que colonizaram a porção sulina do território em pequenas glebas, destinadas à agricultura, cujo objetivo era o progresso dos colonizadores. Até esse momento – século XVIII – a migração europeia havia sido escassa, sendo que anteriormente a população desses territórios era constituída basicamente por guarnições militares responsáveis pela defesa da fronteira¹⁷ (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 86-8).

Entretanto, em termos gerais (ressalvadas as variações regionais, como a mencionada), quando os imigrantes europeus chegaram em maiores contingentes, a partir da segunda metade do século XIX, a população nacional já era tão maciça numericamente e tão definida do ponto de vista étnico, que pôde iniciar a absorção cultural sem grandes alterações no conjunto (RIBEIRO, 2006, p. 222). Caio Prado (2004, p. 111-2) também considera que as afluências posteriores à formação étnica brasileira não influenciam decisivamente no conjunto da mestiçagem, já consolidada. Todavia, salienta que as populações negras

¹⁷ “Forma-se assim nesta região um núcleo de população branca, que é proporcionalmente maior que o de qualquer outro ponto da colônia; e população que não é unicamente urbana, mas rural, constituída de pequenos lavradores; o que em escala apreciável é caso único no Brasil de princípios do século passado” (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 88).

e índia contribuíram mais fortemente para a formação das classes inferiores, ao passo que os brancos ocupam os estratos superiores. Somente mais tarde o branco começa também a ocupar as classes inferiores e nelas permanecer.

Caio Prado Júnior (2004, p. 111) assim resume o panorama étnico brasileiro. Segundo o autor, predominou no Brasil colonial uma população de mestiços, mais ou menos escuros de acordo com o nível social alcançado, na qual se sobressaía o cruzamento entre brancos e negros (em relação ao cruzamento entre brancos e índios e entre negros e índios). Sobre este fundo, havia uma parcela dos três grupos que mantinha sua “pureza”. Essa parcela era alimentada pela migração contínua, o que não ocorreu em relação aos indígenas, resultando na considerável diminuição de seu contingente. A afluência de brancos intensificou-se a partir da abertura dos portos, em 1808, e a dos negros foi continuamente mantido pelo tráfico de escravos, que perde sua força a partir dos anos 1850.

Finalmente, outra distinção relevante em relação à forma como se operou a colonização nos Estados Unidos foi a preocupação dos povos protestantes em alfabetizar a população, possibilitando a leitura da Bíblia por todos. Com efeito, nenhuma sociedade moderna desenvolveu-se sem generalizar a educação primária, algo que os protestantes lograram com maior êxito do que os católicos¹⁸. Nesse sentido, em 1850 cerca de 80% da população branca estadunidense era alfabetizada, enquanto na América Latina a taxa girava em torno de 6%: “[d]e certa forma, [...] existe um paralelo entre catolicismo e atraso” (RIBEIRO, 1980, p. 63).

No Brasil, por sua vez, um dos fatores dificultadores para o desenvolvimento da cidadania foi o descaso com que a colonização portuguesa tratou da educação, em todos seus níveis, fator que afetou o desenvolvimento da cidadania¹⁹. No que se refere à educação superior, Portugal nunca permitiu que fossem criadas universidades em suas colônias. Desse modo, havia, ao final do período colonial, 23 universidades espalhadas pela América espanhola, que formaram 150 mil pessoas. No Brasil as escolas superiores somente foram admitidas

¹⁸ Deve-se ressaltar que algumas corporações católicas, como a dos padres jesuítas, foram a principal força contra o sistema colonial (RIBEIRO, 1980, p. 63).

¹⁹ Não havia no Brasil, no período colonial, sociedade política: os “direitos civis beneficiavam a poucos, os direitos políticos a pouquíssimos, dos direitos sociais ainda não se falava, pois a assistência social estava a cargo da Igreja e de particulares” (CARVALHO, 2007, p. 24).

com a vinda da corte, em 1808: os “brasileiros que quisessem, e pudessem, seguir curso superior tinham que viajar a Portugal, sobretudo a Coimbra” (CARVALHO, 2007, p. 23). No final do século XIX, o Brasil torna-se independente sem que tenha nenhuma universidade e com a população analfabeta e iletrada, também em suas classes dominantes (RIBEIRO, 1980, p. 150).

Não obstante o exposto, Ribeiro (2006, p. 20) salienta que essa “unidade étnica básica” não representa uniformidade cultural (até mesmo considerando a forte onda migratória europeia, árabe e japonesa a partir da segunda metade do século XIX), tampouco esta e a unidade nacional não devem nos cegar

para as disparidades, contradições e antagonismos que subsistem debaixo delas como fatores dinâmicos da maior importância. [...]

Essa unidade resultou de um processo continuado e violento de unificação política, logrado mediante um esforço deliberado de supressão de toda identidade étnica discrepante e de repressão e opressão de toda tendência virtualmente separatista (RIBEIRO, 2006, p. 20).

Produto da expansão colonial europeia, o Brasil teve suas primeiras cidades fundadas por ordens expressas. A sua vida social e econômica foi regulada artificialmente, persistindo o imaginário de que, mediante a outorga de leis e decretos paternalísticos, poderiam ser resolvidos todos os problemas dentro da velha ordem institucional (RIBEIRO, 1980, p. 71).

O atraso colonial era explicado pelas elites brasileiras

como uma fatalidade inelutável, decorrente da impropriedade do clima, da inferioridade das raças [...]. As representações concernentes às “raças” impregnaram toda a população. Foram até alçadas a teoria explicativa do atraso, que tomava uma inferioridade histórica, embora efetiva, dos índios e negros avassalados, como prova de inaptidão congênita para o progresso. Essas apreciações sobre “raça” não só levam o branco mais humilde a sentir-se superior a qualquer preto, mulato ou mestiço, como também levam a estes reconhecer sua própria inferioridade como inata e inelutável.

Tais esteriótipos raciais, difundida numa sociedade constituída majoritariamente por “gente de cor”, representam obviamente uma enorme carga de amargura. Tidas como verdades indiscutíveis, porque sacramentadas com o poderio do consenso, essas representações, mesmo quando atenuadas, se consolidam mais ainda. Este é o caso da “branquização social” de todo negro ou mulato bem sucedido; [...] aquelas representações exercem a função de manter a estrutura de poder (RIBEIRO, 1980, p. 151-152).

Darcy Ribeiro refere que, ressalvados alguns casos de antecipação de uma consciência crítica (o autor menciona Sílvio Romero e Euclides da Cunha), os primeiros estudiosos brasileiros não superavam a explicação do atraso pelo primitivismo e inferioridade dos indígenas e negros, bem como a impropriedade do clima tropical para o trabalho e o progresso. Essa maneira de interpretar o Brasil reproduziu-se, assim, na academia, fato que colaborou para sua manutenção no imaginário nacional. Nesse sentido,

Gilberto Freyre é [...] a mais eloquente expressão desta consciência culposa orientada a idealizar a família patriarcal e as relações inter-raciais a fim de ocultar suas lealdades classistas à oligarquia patriarcal, a qual ampliada mundialmente alcança extremos de reacionarismo com a defesa do colonialismo português na África (RIBEIRO, 1980, p. 158).

Portanto, desenvolveu-se no Brasil – assim como em outras partes da América – um sistema escravagista inédito, historicamente em descompasso com as formas contemporâneas de organização social do trabalho. Com nítido corte racial, o sistema via no negro um animal provedor de mão-de-obra bruta, sendo ademais marcante o processo de deculturação, que inviabilizou a manifestação das culturas dos cativos e impedia sua transmissão, resultando na perda de autonomia étnica. Finalmente, embora a miscigenação de todo modo resultante seja uma importante característica do processo de formação étnica brasileira, é certo que o conceito de raça enquanto instrumento de dominação foi, desde sempre, um obstáculo à construção do Estado-nação e da democratização da sociedade.

1.2 COMO SE CONTAM OS CONTOS

Vimos na seção precedente o modo como se formou a categoria social “raça” e o sistema escravista americano, especialmente o brasileiro. Nesse momento passaremos a analisar o período que antecede e sucede a abolição, que não cuidou de formatar mecanismos que visassem a integração do negro à ordem social competitiva, e a criação da ideia de democracia racial.

1.2.1 Sobre como a abolição não representou o fim dessa história

O movimento abolicionista²⁰, que ganha força, sobretudo, a partir de 1887, constituía um movimento nacional – com força de norte a sul do país – e predominantemente urbano. Envolveu entusiastas de diferentes classes sociais, dentre os quais membros da elite, como Joaquim Nabuco, jornalistas, pequenos proprietários, operários e, evidentemente, os próprios escravos. A luta centrou-se na garantia do direito básico da liberdade, tendo sido o ponto fraco do movimento o fato de ter se esgotado com a assinatura da Lei Áurea, em 1888. À alteração no *status* civil dos escravos não seguiu a luta pela transformação dos ex-escravos em cidadãos²¹ (CARVALHO, 2007, p. 66).

Com efeito, o processo que resultou na abolição da escravatura não foi acompanhado pela busca de políticas de assistência ou de proteção dos libertos para o sistema de trabalho livre. Estes viram-se, repentinamente, livres, senhores de si mesmos, sem que dispusessem das condições materiais para a participação no contexto da economia competitiva. Com a abolição, a posição do negro no sistema de trabalho e sua integração à ordem social deixam de ser a ordem do dia.

²⁰ O histórico do processo que redundou na abolição da escravidão não é objeto do presente trabalho, que buscará concentrar-se nas consequências do regime para a integração da população negra à sociedade nacional. Sobre o movimento abolicionista, ver Nabuco (1999).

²¹ Em muitos casos, a preocupação dos proprietários de escravos não era nem mesmo a indenização que eventualmente receberiam. Fernandes (2008, v. 1, p. 426) reproduz trecho de carta escrita em 1885 na qual fazendeiros paulistas referem não se oporem à abolição, mesmo sem indenização. O que os preocupava, efetivamente, era a disponibilidade de braços livres para o trabalho nas lavouras em expansão, problema que será resolvido com o escoamento da mão-de-obra excedente do continente europeu a partir da segunda metade do século XIX. No mesmo sentido, Quijano (2005, p. 266): “Quando [...] foi necessário libertar os escravos, não foi para assalariá-los, mas para substituí-los por trabalhadores imigrantes de outros países, europeus e asiáticos”.

Afirma Carvalho, que não devemos subestimar os efeitos negativos que a escravidão, aliada à grande propriedade rural, teve sobre a construção da cidadania, particularmente sobre os direitos civis. Os escravos não eram considerados cidadãos. Inexistia, pois, a noção de igualdade de todos perante a lei: o “novo país herdou a escravidão, que negava a condição humana do escravo, herdou a grande propriedade rural, fechada à ação da lei, e herdou um Estado comprometido com o poder privado” (2007, p. 45).

Não foram dados aos ex-escravos escolas, terras ou empregos. Passada a euforia da abolição, muitos retornaram para suas antigas fazendas ou fazendas vizinhas, fornecendo seu trabalho em troca de um baixo salário. Os efeitos da concorrência, como seria de se esperar, foram prejudiciais aos ex-cativos, que não tinham condições de enfrentá-la:

Os negros e os mulatos ficaram à margem ou se viram excluídos da prosperidade geral, bem como de seus proventos políticos, porque não tinham condições para entrar nesse jogo e sustentar as suas regras. [...] Constituíam uma congêrie social, dispersa pelos bairros, e só partilhavam em comum a existência árdua, obscura e muitas vezes deletéria. Nessa situação, agravou-se, em lugar de corrigir-se, o estado de anomia social transplantado do cativo” (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 120).

As consequências desse descaso, destaca Carvalho (2007, p. 53), foram duradouras para a população negra, que até hoje ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida, sendo a parcela com maior contingente de analfabetos, que ocupa os empregos menos qualificados, recebe os menores salários e apresenta os piores índices de ascensão social, como veremos na seção 1.3. Com efeito, a libertação dos escravos não significou a igualdade efetiva: a igualdade afirmada na lei era negada na prática.

Ao contrário do que ocorreria com os imigrantes italianos e alemães – que, mesmo considerando a situação de penúria que viviam em seus países natais, optaram por imigrar –, os negros africanos foram forçados a realizar a travessia. Os europeus, contudo, ao chegarem ao Brasil, encontraram condições de ascensão social muito mais favoráveis:

Ascendendo à condição de trabalhador livre, antes ou depois da abolição, o negro se via jungido a

novas formas de exploração que, embora melhores que a escravidão, só lhe permitiam integrar-se na sociedade e no mundo cultural, que se tornaram seus, na condição de um sub-proletariado compelido ao exercício de seu antigo papel, que continuava sendo principalmente o de animal de serviço (RIBEIRO, 2006, p. 212-213).

Livre, o negro encontrava-se só, num lugar em que todas as terras tinham donos e os doentes e velhos eram descartados como coisas imprestáveis. Começam a se aglomerar nas entradas das vilas e cidades, nas condições mais precárias:

Depois da primeira lei abolicionista – a Lei do Ventre Livre, que liberta o filho da negra escrava –, nas áreas de maior concentração de escravaria, os fazendeiros mandavam abandonar, nas estradas e nas vilas próximas, as crias de suas negras que, já não sendo coisas suas, não se sentiam mais na obrigação de alimentar (RIBEIRO, 2006, p. 213).

Desse modo, a garantia da igualdade formal não rompe com a “superconcentração da riqueza, do poder e do prestígio monopolizado pelo branco, em virtude da atuação de pautas diferenciadoras só explicáveis historicamente” (RIBEIRO, 2006, p. 215). Entre estas, destaca o autor:

[...] a emergência recente do negro da condição escrava à de trabalhador livre; uma efetiva condição de inferioridade, produzida pelo tratamento opressivo que o negro suportou por séculos sem nenhuma satisfação compensatória; a manutenção de critérios racialmente discriminatórios que, obstaculizando sua ascensão à simples condição de gente comum, igual a todos os demais, tornou mais difícil para ele obter educação e incorporar-se na força de trabalho dos setores modernizados²² (RIBEIRO, 2006, p. 215).

²² Prossegue o autor: “Os brasileiros de mais nítida fisionomia racial negra, apesar de concentrados nos estratos mais pobres, não atuam social e politicamente motivados pelas diferenças raciais, mas pela conscientização do caráter histórico e social – portanto incidental e superável – dos fatores que obstaculizam sua ascensão. [...] O fato de ser negro ou mulato, entretanto, custa também um preço adicional, porque, à crueza do trato desigualitário que suportam todos os pobres, se acrescentam formas sutis ou desabridas de hostilidade” (RIBEIRO, 2006, p. 216).

O exposto permite afirmar que o “antigo regime” não desapareceu após a abolição. Este, como refere Fernandes (2008, v. 1, p. 302), “persistiu na mentalidade, no comportamento e até na organização das relações sociais dos homens, mesmo daqueles que deveriam estar interessados numa subversão total do *antigo regime*”. As consequências sociológicas dessa afirmação indicam que o negro foi e permaneceu, por muito tempo após o desaparecimento legal da escravidão, preso a condição de “liberto”:

Com a abolição, os negros somaram-se a esses brancos e pardos pobres que, para enfatizar sua superioridade de homens de tez mais clara, por vezes lhes agiam mais odientos que os brancos ricos. A integração de uns e outros na massa marginal da sociedade brasileira ainda se processa em nossos dias, dificultada por hostilidades que disfarçam sua identidade fundamental de interesses, como camada explorada (RIBEIRO, 2006, p. 274).

Da não integração do negro à ordem social competitiva resultou sua parcial eliminação do mercado de trabalho e não incorporação ao sistema produtivo moderno. Visto que não recebiam regularmente um salário, pouco produziam para o mercado e quase nada consumiam. Também não participam da vida política, uma vez que analfabetos, condição que não os habilitava como eleitores. Contudo, ainda quando alfabetizados e aptos a votar, encontravam-se submetidos a um sistema patriarcal que os impediam de alcançar a cidadania (RIBEIRO, 1980, p. 75). Essa massa é, no Brasil, de origem predominantemente africana:

A classe dominante branca ou branca por auto-definição desta população majoritariamente mestiça, tendo como preocupação maior, no plano racial, salientar sua branquitude e, no plano cultural sua europeidade, só aspirava a ser lusitana, depois inglesa e francesa, como agora só quer ser norte-americana (RIBEIRO, 1980, p. 143).

Conforme destaca Holanda, a persistência praticamente inalterada dos padrões econômicos e sociais herdados do sistema colonial-escravista baseado na grande propriedade não permitiu que fossem

realizadas (tampouco que se realizassem ainda hoje) senão transformações superficiais (1995, p. 78). Esta incapacidade do sistema em generalizar ao grosso da população a participação no desenvolvimento faz com que as massas marginalizadas reinventem a vida urbana, criando modos de sobrevivência que, aos olhos das classes privilegiadas, parecem aberração: moradia (favelas), assistência médica (curanderismo), educação, entre outros. Essas formas passam a ser vistas, em determinado momento, como problemas a serem solucionados. Todavia, não são apresentadas alternativas viáveis e que garantam um padrão mínimo de subsistência. Nesse sentido, “[n]ada melhor do que este fracasso do saber acadêmico em prover soluções adequadas para os problemas populares demonstra a incapacidade do sistema para criar formas de participação na riqueza, no poder e na cultura” (RIBEIRO, 1980, p. 153).

1.2.2 Mito da democracia racial

A leitura realizada da obra *Casa Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre (2001), contribuiu para a difusão, na academia e na sociedade, da ideia de que a ordenação social brasileira seria neutra em relação às diferenças raciais, tendo logrado superar a herança do período escravista.

A obra surge em um momento em que os primeiros romances regionais buscavam redefinir a identidade da vida social brasileira. Entre seus méritos, destaca Darcy Ribeiro, está o fato de ter reconciliado os brasileiros “com nossa ancestralidade lusitana e negra, de que todos nos vexávamos um pouco” (2001, p. 13), ao colocar em igualdade a contribuição dos portugueses, negros e índios para a formação de nosso país, vista como positivas e modelares para a colonização dos trópicos e pela “possibilidade de ascensão social representada pelo mulato habilidoso” (ZONINSEIN; FERES JÚNIOR, 2006, p. 27). Nesse sentido, contribuí “para a consolidação de um sentimento nacional brasileiro, criando possibilidades de solidariedade e coesão social inexistentes no contexto de fragmentação liberal” (ZONINSEIN; FERES JÚNIOR, 2006, p. 27).

Em seus estudos, Freyre (2001) dá voz às massas anônimas, e não a heróis vigorosos. Considerava fundamental diferenciar raça de cultura. Referia que, no Brasil, as relações entre brancos e negros haviam sido condicionadas pelo sistema de produção econômica (monocultura

latifundiária) e pela escassez de mulheres brancas. Por esta razão inquietava-o a questão da miscigenação, que procura analisar em seus escritos.

Freyre busca, em sua obra, estabelecer pesos equivalentes à formação da sociedade brasileira aos senhores (casa grande) e aos escravos (senzala), referir-se ao africano como grande colonizador do país e salientar o cruzamento inter-racial, símbolo maior da harmonia das diferenças (SILVÉRIO, 2004, p. 50-1). Trata-se da construção da ideológica da nação mestiça, negadora dos conflitos sociais, de acordo com a qual as diferentes raças e culturas que formaram o país teriam fundido-se harmonicamente:

Este mito difundiu a crença de que a raça não tem importância para a definição das oportunidades dos atores sociais, sobretudo no que diz respeito à mobilidade social. Três argumentos são constantemente desenvolvidos em prol do mito da democracia racial: em primeiro lugar, não conhecemos forte hostilidade entre os grupos raciais no Brasil, sendo as relações raciais caracterizadas pela cordialidade [...]. Em segundo lugar, o mito da democracia racial está apoiado na crença de que não é a raça, mas a classe social que explica a atribuição de *status* e as oportunidades de vida dos indivíduos [...]. Por fim, o terceiro argumento [...] é o de que o Brasil é um país miscigenado, sendo, portanto, irrelevante distinguir quem é branco e quem é negro (BERNARDINO, 2004, p. 16).

Teriam sido mais importantes para explicar a formação patriarcal os mencionados aspectos econômicos, a experiência de cultura e o modo como se organizou a família (tida como unidade colonizadora) do que a *raça* ou a *religião*.

A casa-grande, completada pela senzala, representa todo um sistema econômico, social, político: de produção (a monocultura latifundiária); de trabalho (a escravidão); de transporte (o carro de boi, o bangüê, a rede, o cavalo); de religião (o catolicismo de família, com capelão subordinado ao *pater familias*, culto dos mortos, etc.); de vida sexual e de família (o patriarcalismo polígamo); de higiene do corpo e

da casa (o “tigre”, a touceira de bananeira, o banho de rio, o banho de gamela, o banho de assento, o lava-pés); de política (o compadrismo). Foi ainda fortaleza, banco, cemitério, hospedaria, escola, santa casa de misericórdia amparando os velhos e as viúvas, recolhendo órfãos (FREYRE, 2001, p. 49).

Curioso é perceber, de acordo com Ribeiro (2001), que um dos primeiros impactos da obra foi o *negrismo* do autor. Com efeito, afirmou que as contribuições do negro, no plano cultural e de influência na formação social do Brasil, foram superiores às do índio e mesmo às do português. Nesse sentido, “reverteu o sinal de avaliação da mestiçagem de negativo (fonte de degeneração das raças) para positivo (possibilidade de maior adaptação ao meio tropical)” (ZONINSEIN; FERES JÚNIOR, 2006, p. 27).

Entretanto, a maneira leviana com que Freyre refere-se à contraposição entre índio e negro faz Ribeiro ter a certeza “de que Gilberto não frequentou tantos xangôs como propala”: “só assim poderia imaginar e descrever, com tanta infidelidade quanto segurança, os negros e os índios tal com os descreve, só fiel ao estereótipo de um e de outro” (RIBEIRO, 2001, p. 39)²³. Exemplificadamente, Freyre refere que uma das principais contribuições do negro foi a proteção da sexualidade das meninas brancas...

A ausência de segregação e a união sexual entre brancos e negros não chega a caracterizar, como quis Gilberto Freyre e continuam a repetir tantos outros, uma democracia racial. Não o fez, de acordo com Ribeiro, em decorrência da enorme “carga de opressão, preconceito e discriminação antinegro”²⁴ (2006, p. 207).

²³ Ribeiro (2001), destaca, entretanto, que suas últimas palavras o “salvam”, pelo menos em parte, quando afirma que não foram só alegrias a vida do negros escravos: “mas não foi toda de alegria a vida dos negros, escravos dos ioiôs e das iaiás brancas. Houve os que se suicidaram comendo terra, enforcando-se, envenenando-se com ervas e potagens dos mandingueiros. O banzo deu cabo de muitos” (FREYRE, 2001, p. 514).

²⁴ Continua o autor: a “forma peculiar do racismo brasileiro decorre de uma situação em que a mestiçagem não é punida mas louvada. Com efeito, as uniões inter-raciais, aqui, nunca foram tidas como crime nem pecado. Provavelmente porque o povoamento do Brasil não se deu por famílias europeias já formadas, cujas mulheres brancas combatessem todo o intercurso com mulheres de cor. Nós surgimos, efetivamente, do cruzamento de uns poucos brancos com multidões de mulheres índias e negras” (RIBEIRO, 2006, p. 207).

Muito embora, como referido, não foram somente cordiais as relações entre senhores e escravos, Caio Prado Júnior (2004, p. 277) destaca dois fatores que podem ter contribuído para a formação deste imaginário. Em primeiro lugar, a partir da segunda metade do século XIX, quando aumentam as restrições ao tráfico de escravos, a reposição antes farta esgota-se e tornam-se escassos os braços disponíveis para o trabalho, aumentando consideravelmente seus preços, de modo que seria antieconômico um tratamento excessivamente brutal e descuidado. O segundo fator é o patriarcalismo próprio da nossa história, que abrandava as relações entre senhores e escravos, possuindo os primeiros um tom paternal e protetor dos últimos.

Desse modo, se, por um lado, a relação entre senhor e escravo foi no Brasil mais branda que em outros locais, sendo mais tênues o rigor da autoridade do proprietário, por outro lado este fato reforçava a brutalidade do sistema, pois tornava a escravidão mais consentida e aceita por todos. Os senhores, em muitos casos, eram vistos, paradoxalmente, como uma espécie de protetor²⁵ (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 289).

O fato é que a percepção de que vivíamos em uma democracia racial transformou-se em ideologia dominante, reconhecida como verdade efetiva. Consistia na confusão da origem das desigualdades sociais, tidas como resultantes da ordem competitiva, e não das relações raciais resultantes da escravidão recém abolida. Tal interpretação, entretanto, encobria o racismo existente entre a burguesia e as classes médias (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 13).

Fernandes (2008) foi um dos primeiros autores a rebelar-se contra a ideia de democracia racial. Sua crítica, a partir dos anos de 1950, denuncia a democracia racial como um mito que encobriu “a percepção dos problemas de integração enfrentados pelos negros no pós-abolição, em decorrência da visão 'harmoniosa' e idílica da sociedade brasileira” (SILVÉRIO, 2004, p. 51). Ao denunciar o aspecto político da questão racial, este é mostrado como um problema social, por meio do qual a cidadania no país era limitada.

A democracia racial envolve outros diferentes mitos, como o da “escravidão benévola” (FERNANDES, 2008, v. 1). Esta consiste na crença da existência de intimidade nas relações entre senhores e

²⁵ Caio Prado Júnior refere que o “rito católico se aproveitará para sancionar a situação e as novas relações: o testemunho nas cerimônias religiosas do batismo e do casamento, que criarão títulos oficiais para elas: *padrinho, afilhado, compadre*” (2004, p. 289).

escravos, facilidade nas manumissões e maior humanidade – se comparada com outros locais – no tratamento dos escravos. Ainda que o exposto fosse verdadeiro (e vimos na seção anterior que não o é), que igualdade poderia haver entre senhores e escravos e, posteriormente, entre aqueles e os libertos²⁶? Para Fernandes, do mesmo modo “como no passado a igualdade perante *Deus* não proscovia a escravidão, no presente, a igualdade perante a *Lei* só iria fortalecer a hegemonia do ‘homem branco’” (2008, v. 1, p. 310).

O mito da democracia racial fez com que as elites dirigentes fechassem os olhos para o drama coletivo das populações negras, não atentando para os riscos que representavam para o regime democrático que uma sociedade mantivesse mentalidade e costumes aristocráticos:

Na ânsia de prevenir tensões raciais hipotéticas e de assegurar uma via eficaz para a integração gradativa da “população de cor”, fecharam-se todas as portas que poderiam colocar o negro e o mulato na área de benefícios diretos do nosso processo de democratização dos direitos e garantias sociais (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 309).

Acreditava-se que, desse modo, estar-se-ia consolidando a paz social e defendendo os interesses do negro. Contudo, deve-se destacar que o mito da democracia racial não necessariamente tenha sido criado com o propósito deliberado de prejudicar o negro:

Como as oportunidades de competição subsistiam potencialmente abertas ao “negro”, parecia que a continuidade do paralelismo entre a estrutura social e a estrutura racial da sociedade brasileira constituía uma expressão clara das possibilidades relativas dos diversos estoques raciais de nossa população (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 311).

A tese da democracia racial contribuiu para difundir uma falsa consciência sobre a realidade social brasileira, consolidando uma série

²⁶ Fernandes (2008, v. 1, p. 29-30) menciona o caso de um escravo fugido que procurou o escritório de Luís Gama (advogado, jornalista e escritor brasileiro que lutou pela libertação dos escravos), solicitando ajuda para a sua libertação. O senhor do escravo, amigo de Luís Gama, perquiriu o escravo sobre as condições que lhe de vida eram oferecidas e o que lhe faltava. Luís Gama, ao ver o que o escravo mantinha-se calado, nervoso, arrematou: “falta-lhe a liberdade de ser infeliz onde e como queira...”.

convicções etnocêntricas, tais como as ideias de que (1) *o negro não tem problemas no Brasil*, (2) inexistem, pela própria índole do *povo brasileiro*, distinções raciais entre nós, (3) as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram e são indistinta e igualmente acessíveis a todos, (4) o negro encontra-se satisfeito com sua condição social e estilo de vida, (5) o problema de justiça social relacionada à população negra foi resolvido pela abolição da escravidão e pela universalização da cidadania (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 312).

O exposto significa que, para a *raça dominante* – para ficarmos com a expressão de Fernandes –, a situação social da população negra seria efeito residual transitório, a ser tratado de acordo com medidas tradicionais e superados por mudanças espontâneas. Em outras palavras, a necessidade de “ajustar as representações ou avaliações raciais aos requisitos econômicos, políticos e jurídicos da ordem social democrática” (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 312) não foi vista como algo inevitável. A negação – neutralização pelo silêncio, que naturaliza o racismo²⁷ – da realidade racial representou e representa uma dificuldade adicional para enfrentá-la e superá-la.

O fato é que a descrição operada por Freyre sobre a vida sexual colonial, identificando na manutenção de relações sexuais entre brancos e negros a inexistência de racismo e o triunfo da democracia racial, desconsidera o fato de que o cruzamento ocorreu em toda parte onde os europeus encontraram gente de cor e não estivessem presentes mulheres brancas (como aqui), do mesmo modo que a relação do dominador branco com escravas negras ocorreu em outros lugares (RIBEIRO, 2006, p. 217). O que parece existir são graus de permeabilidade racial.

Diante do exposto, Fernandes (2008, v. 1, p. 318-23) é categórico ao afirmar que classificar as relações estabelecidas e mantidas após a abolição entre negros e brancos *democracia racial* não passa de um mito, vinculado aos interesses das classes dirigentes e irresponsável em termos de democratização de direitos e garantias sociais. As elites orientaram o processo de modo que suas atribuições fundamentais nas estruturas de poder da sociedade mantivessem-se intocadas.

²⁷ A ideia de democracia racial radicaliza-se, de acordo com Zoninsein e Feres Júnior (2040, p. 28), durante a ditadura militar (1964-1985), momento no qual, em decorrência da aversão própria do regime ao conflito social e às desigualdades, o discurso da harmonia racial é naturalizado.

Tacitamente, o desejo era de que os negros não saíssem de sua situação de apatia e passividade. Essa “inércia social” atuava no sentido de perpetuação dos esquemas de ordenação social do passado: “Em vez de ser elemento de dinamização modernizadora das relações raciais, era uma fonte de estancamento e de estagnação, solapando ou destruindo tendências de caráter inovador e democratizador nessa esfera da convivência social humana” (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 317-320).

Dentre as funções que exerceu o mito da democracia racial, importa ressaltar, de um lado, a cobertura cômoda que representou a tese ao “branco”, visto que, ao não reconhecer as desigualdades raciais existentes como uma questão a ser enfrentada, mas, ao contrário, considerá-las *naturais* e *transitórias*, considerava que caberia ao próprio negro a luta pela sua inclusão na sociedade de classes. De outro, identificava como *indesejável* o debate aberto sobre a questão racial, vedando perspectivas de organização social e eliminando mecanismos sociais de correção das desigualdades. Nesse sentido, ao negro somente restava o caminho tradicional “da infiltração pessoal e da ascensão social parcelada, que não tinha suficiente alcance coletivo (pois corrigia aqueles problemas na escala dos indivíduos em mobilidade vertical) e possuía o inconveniente gravíssimo, no momento histórico, de promover reiteradamente a acefalização das 'massas negras” (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 320-321). Em outras palavras, a ascensão social para o negro não se deu como um processo coletivo, atingindo somente alguns indivíduos, sem repercussão nos “estereótipos negativos, nos padrões que regem as relações sociais e sem suscitar um fluxo constante de mobilidade social ascendente no 'meio negro” (FERNANDES, 2007, p. 67). O negro penetrou na massa de trabalhadores assalariados não em grupo ou categoria racial, mas diluído.

Desse modo, se, do ponto de vista da ordem jurídico-política, a sociedade brasileira passou por verdadeira revolução – primeiramente com a garantia dos direitos civis à população negra a partir da abolição da escravidão e, no ano seguinte, com a proclamação da República –, a ordem racial permaneceu com a mesma estrutura do período anterior, mantendo-se inalterada a ordenação das relações raciais. Ademais, o negro não encontrou no branco ponto de apoio para que superasse sua situação histórico-social (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 318):

Não é de se admirar, portanto, que o “negro” em ascensão tenha optado por uma vida tão realista quanto oportunista, voltando as costas seja para os movimentos reivindicatórios, seja para os

interesses comuns da “coletividade negra”. [...] Proceder em sentido contrário equivaleria a arriscar a segurança e os encantos de “pertencer ao sistema” em troca de miragens (FERNANDES, 2008, v. 2, p. 418).

Na medida em que o mercado de trabalho, de algum modo, abre-se, possibilitando a concretização de oportunidades de ascensão social, o negro abandona as lutas raciais, concentrando-se na tentativa de pertencer ao sistema (FERNANDES, 2008, v. 2, p. 569). A ocorrência de preconceito e/ou discriminação racial dificulta a ascensão social de minorias étnicas, embora existam os casos em que, individualmente, sujeitos conseguem romper essas barreiras.

Construído do modo visto, o mito constituiu-se em formidável empecilho ao progresso e a libertação do “homem de cor”. Em outras palavras, ao advento de uma efetiva *democracia racial*.

Delineou-se, assim, o que Fernandes chamou de *dilema racial brasileiro*, que consiste na capacidade da ordem social competitiva de coordenar e regulamentar as relações raciais, que se sobrepõem às relações de classe, “como se o sistema de ajustamentos e de controles sociais da sociedade de classes não contivesse recursos para absorvê-las e regulá-las socialmente”:

Ele [o dilema racial brasileiro] se objetiva nos diferentes níveis das relações raciais. Por isso, seria fácil reconhecê-lo nos lapsos das ações dos indivíduos que acreditam “não ter preconceito de cor”; nas inconsistências das atitudes, normas e padrões de comportamento interracial; nos contrastes entre a estereotipação negativa, as normas ideais, de comportamento e os comportamentos efetivos nos ajustamentos raciais; nos conflitos entre os padrões ideais da cultura, que fazem parte do sistema axiológico da civilização brasileira; nas contradições entre os principais tipos de personalidade básica modelados através dessa civilização etc (FERNANDES, 2008, v. 2, p. 571-2).

Constitui-se em um fenômeno de natureza sociopática que, segundo autor (FERNANDES, 2008), somente poderá ser superado com a introdução de processos e mecanismos idôneos a remover os

obstáculos introduzidos pela desigualdade racial que impedem a integração do negro na ordem social competitiva.

Nesse sentido, Ribeiro (2006, p. 220) destacava, em meados da década de 1990, que, em decorrência de atitudes inspiradas no *revivalismo* do negro estadunidense, “se observa uma veemente afirmação de negros e mulatos, afinal orgulhosos de si mesmos e às vezes até compensatoriamente racistas em sua negritude” (RIBEIRO, 2006, p. 220).

Portanto, o mito da democracia racial serve para mascarar a discriminação e a dominação colonial sofrida pelos negros no Brasil. Contudo, como afirma Quijano (2005, p. 268), “dificilmente alguém pode reconhecer com seriedade uma verdadeira cidadania da população de origem africana nesses países, ainda que as tensões e conflitos raciais não sejam tão violentos e explícitos como na África do Sul ou no sul dos Estados Unidos”. Conclui o autor que a dificuldade na compreensão do problema impossibilita que sejam solucionados, salvo de modo parcial e distorcido.

A democracia racial somente será, em qualquer caso, resultado da democratização da sociedade, de modo a poder organizar-se e expressar-se em um Estado democrático.

1.3 HERANÇA MALDITA: O RACISMO BRASILEIRO

O preconceito no Brasil possui, primordialmente, importa salientar, um viés classista, relacionado à posição social ocupada pelos indivíduos. Entretanto, a partir da segunda metade do século XX, em decorrência da denúncia da democracia racial, passa-se a compreender o preconceito de raça como uma “técnica de dominação de classe” (RIBEIRO, 1980, p. 160).

Diferentemente de outros países, com os Estados Unidos ou a África do Sul, nos quais o racismo manifestou-se por meios da segregação de brancos e negros, no Brasil o fenômeno não resultou na separação física de uns e de outros. Entretanto, como já referido, a ideia de harmonia entre as raças não passa de um mito, desmascarado pelas posições ocupadas por brancos e negros, bem como pelo grau de concentração do poder, do prestígio e da renda nas mãos dos primeiros. Desse modo, entende-se que o país mantém-se racista.

É evidente que o racismo confere aos brancos uma vantagem competitiva no preenchimento dos espaços sociais que representam as

recompensas materiais e simbólicas mais cobiçadas. Henriques observa que a pobreza não se encontra distribuída de modo “democrático” entre as raças: os “negros encontram-se sobre representados na pobreza e na indigência, consideradas tanto a distribuição etária, como a regional e a estrutura de gênero” (HENRIQUES, 2001, p. 46).

No mesmo sentido, Bernardino refere que os indicadores sociais [...] são categóricos no sentido de apontar a relevância da raça no processo de distribuição de vantagens e desvantagens para brancos e negros, respectivamente. Essas constatações revelam que a noção de raça, apesar de não ter fundamentação biológica, constitui-se num eficaz mecanismo social que leva à discriminação, à marginalidade social e ceifa os projetos de ascensão social de alguns indivíduos (BERNARDINO, 2004, p. 25).

Portanto, entre nós o racismo manifesta-se implicitamente, de maneira quase invisível, e explicitamente, verificável a partir da análise dos indicadores sociais divulgados por diversos institutos de pesquisa. Nesta terceira seção veremos esses dois aspectos do racismo brasileiro.

1.3.1 Um país racista sem racistas

Roque refere que o combate ao racismo deve necessariamente principiar pela sua enunciação, ou, em outras palavras, pelo rompimento do silêncio o que sustenta. Nesse sentido, “explicitar o não dito é um ato estratégico contra o racismo” (2009, p. 260). Silêncio esse que gera, de acordo com o autor, o paradoxo de uma sociedade racista cujos membros não consideram serem preconceituosos em relação à cor. Fazem parte, em suma, de um país onde pratica-se o racismo sem que hajam racistas. Nesse sentido, dar visibilidade ao invisível, explicitar aquilo que não é dito, desnaturalizar as relações de opressão, etc., são ações fundamentais da luta contra o preconceito, seja ele racial, de classe, de gênero, etc.

Como referido no final da subseção 1.1.1, racismo constitui, inicialmente, o uso sócio-político de conhecimentos aparentemente científicos que visam a justificação da superioridade de um grupo étnico sobre os demais. Posteriormente, mantém-se produzindo seus efeitos em larga medida em decorrência de práticas omissivas.

Fernandes corrobora este entendimento. Para o autor, o favorecimento dos brancos em detrimento dos negros ocorria de modo indireto, representado pelas dificuldades enfrentadas por estes últimos no processo de competição (2008, v. 1, p. 301). Desse modo, não necessariamente articularam-se mecanismos explícitos que beneficiassem, com base em preconceito de raça, determinados grupos sociais.

Segundo Fernandes, a ordem social constituída após a abolição e a proclamação da república manteve a distância social e o padrão de isolamento sociocultural do regime anterior, defendendo as barreiras “que resguardavam, estrutural e dinamicamente, privilégios já estabelecidos e a própria posição do 'branco' em face do 'negro', como *raça dominante*” (2008, v. 1, p. 303).

O exposto não quer dizer que a manutenção da ordem social tenha ocorrido sem violência. Sempre que defrontada com os problemas da “população de cor” os membros das elites adotavam atitudes rígidas e autoritárias, exagerando nos “riscos” potenciais da liberalização das garantias sociais aos negros.

Em particular, não viam com bons olhos as agitações em torno do 'problema negro', que eclodiram esparsa e desordenadamente aqui e ali, como se elas ocultassem os germes de uma inquietação social suscetível de se converter, com o tempo, em conflito racial (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 307).

O racismo praticado no Brasil possui dois aspectos que o singularizam em relação às outras experiências históricas: é fundado no que Nogueira (1998) denominou de *preconceito de marca* e tem um caráter assimilacionista, que absorve as diferentes identidades em nome de uma (por vezes falsa) ideia de coesão social.

Mesmo após o abandono do racismo científico como teoria explicativa das diferenças raciais, o ideal de branqueamento persistiu. Sobre isso, Nogueira (1998), em estudo clássico, apontou que este é um valor prezado pela sociedade brasileira, que encobre uma forma sutil de preconceito²⁸.

²⁸ Refere Nogueira que “[...] já nos primeiros anos de vida, tanto as crianças brancas como as de cor aprendem a valorizar a cor clara e os demais traços 'caucasoides' e a menosprezar a cor escura e os demais traços negroides. [...] Desde cedo, aprendem tanto as crianças brancas como as de cor a considerar os traços negroides como elementos que contra-indicam as mais

Para o autor, ao comparar os modos de discriminação racial no Brasil e nos Estados Unidos, definiu o preconceito racial aqui como *de marca*, ao passo que no último o preconceito racial seria *de origem*. Conforme Osório, o

preconceito racial de origem prejudica os que descendem do grupo discriminado, não importando se as pessoas trazem em sua aparência física os traços de seu grupo de origem. Em caso de miscigenação, o produto do cruzamento é identificado com o grupo discriminado, mesmo se fisicamente se caracterize pela aparência do grupo discriminador. [...]

Por outro lado, onde vige o preconceito racial de marca, a origem não importa, apenas quantos traços, ou marcas, do “fenótipo” do grupo discriminado são portados pela vítima potencial. O preconceito racial de marca não exclui completamente, mas desabona suas vítimas (2004, p. 109).

Se, de uma parte, o porte de características fenotípicas do grupo discriminado resulta no preterimento do indivíduo discriminado em relação aos que não portam essas marcas, a presença de caracteres que são positivamente valorados, como poder, educação, riqueza ou prestígio social, possibilitam que, ao menos parcialmente, as referidas marcas possam ser atenuadas (OSÓRIO, 2004, p. 109-10).

A cor é o critério que mede a escala do preconceito. Este intensifica-se na razão direta do porte de marcas: “quanto mais negra é uma pessoa maior é a probabilidade de ser vítima do preconceito” (OSÓRIO, 2004, p. 111). Entretanto, esse processo faz com que o “ajustamento dos indivíduos ao preconceito seja antes individual que grupal, tornando precária a solidariedade entre os componentes do grupo” (NOGUEIRA, 1998, p. 239). Desse modo, o mulato pode ser considerado meio branco e, se um pouco mais claro, branco. Contudo, esse processo de branqueamento é puramente social ou cultural. Nesse sentido, refere Nogueira que

a ideologia brasileira de relações inter-raciais, ao mesmo tempo que condena as manifestações

desejáveis ocupações e posições sociais e seus portadores e lhes marcam como apropriadas as que se têm como mais humildes e indesejáveis” (1998, p. 197).

ostensivas de preconceito e concita à miscigenação e ao igualitarismo racial, encobre uma forma sutil e sub-reptícia de preconceito, cujas manifestações e cuja intensidade se condicionam ao grau de visibilidade dos traços negroides e, portanto, à aparência racial ou fenótipo dos indivíduos (1998, p. 199).

O preconceito racial de marca opera pela preterição do indivíduo, não por sua exclusão. O significado de marca abrange uma série de características físicas que são associadas aos negros, tais como cor de pele, textura de cabelo e traços faciais. Essas características afastam-se dos ideais de branquitude da nossa sociedade, que seriam, em contraposição aos caracteres negros, desejados e valorizados socialmente (HENRIQUES, 2002).

Também para Caio Prado Júnior (2004, p. 109) o senso comum colonial considerava que bastaria, dependendo da condição social do indivíduo, uma gota de sangue branco para fazer o sujeito *branco*, ao contrário, por exemplo, dos Estados Unidos, onde basta uma gota de sangue negro para torná-lo *negro*. Entretanto,

O fato incontestável, aceite-se qualquer daqueles pontos de vista, é que a diferença de raça, sobretudo quando se manifesta em caracteres somáticos bem salientes, como a cor, vem, se não provocar [...], pelo menos agravar uma discriminação já realizada no terreno social. E isto porque empresta uma marca iniludível a esta diferença social. Rotula o indivíduo, e contribui assim para elevar e reforçar as barreiras que separam as classes. A aproximação e fusão tornam-se mais difíceis, acentua-se o predomínio de uma sobre a outra (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 274).

O exposto não significa, como já destacado, que a questão racial tenha impedido ou impeça o movimento inter-classes, permitindo a indivíduos de indiscutível fenótipo negro ascensão social. Todavia, o preconceito não era eliminado (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 274). O ideal de branqueamento, tornado possível em virtude do processo de miscigenação descrito na seção anterior e compreendido como as situações nas quais um sujeito de ascendência negra, por suas aptidões

peçoais, galga degraus na ordem social competitiva, importava apenas aceitação.

Contudo, se, por um lado, pode-se dizer, como vimos, que a mestiçagem contribuiu para a formação de um povo novo, por outro ele serviu de fundamento para posicionamentos racistas. Segundo Silvério (2004), o branqueamento da população foi visto à época como a possibilidade de viabilização política do Brasil. Este pensamento sustentava-se na perspectiva do racismo científico, em voga até a década de 1930, que defendia a inferioridade das raças não-brancas. Nesse sentido, as teorias de branqueamento assumiam a mestiçagem como um dado ao mesmo tempo que apontavam para a eliminação ou redução cromática do negro.

O ponto a ser destacado é que o sistema de valores da ordem social baseia-se, “estrutural e dinamicamente”, nos interesses e valores sociais compartilhados pelas elites políticas e econômicas, invariavelmente brancas. O exposto significa que o negro, para integrar-se à ordem social competitiva, cada vez mais passa a compartilhar comportamentos e aspirações que o induzem a *desejar ser como o branco*:

Assim, a identificação com o “branco” (através da identificação com o sistema axiológico da sociedade inclusiva) não se alicerça numa pura vontade de ser “parecido”, de ser a “mesma coisa” ou de reproduzir a “imagem do branco”. Ela nasce e é dirigida por motivações e aspirações materiais ou morais, que anima o “negro”, primordialmente, a pretender acesso regular às posições e papéis sociais, configurados em torno das diferentes *situações de classe* da comunidade. Estas é que dão forma e sentido ao processo de imitação, desencadeados pela marcha da assimilação e da integração do negro e do mulato à ordem social competitiva (FERNANDES, 2008, v. 1, p. 406).

A pressão integracionista compele o negro à absorver as normas, padrões de comportamento e valores sociais da ordem social competitiva. Pressão esta que responde à necessidade de neutralização da distância social estabelecida pela herança do processo brasileiro de formação sócio-cultural. Em termos sociológicos, destaca Fernandes (2008, v. 2, p. 415-416), significa o desenvolvimento nos negros da “lealdade para com os fundamentos econômicos, jurídico-políticos e

sociais” da ordem societária. Entretanto, não abrange a socialização da participação de interesses econômicos, garantias sociais e bens culturais, não afetando, pois, “os padrões de concentração racial da renda, do prestígio social e do poder”. Dentro do quadro, Fernandes já alertava para que a democratização das relações sociais aparece como um quadro heterogêneo, lento e descontínuo.

A segunda característica do racismo que se pratica no Brasil é o caráter assimilacionista que adquiriu. O racismo assimilacionista “dilui a negritude numa vasta escala de gradações, que quebra a solidariedade, reduz a combatividade, insinuando a ideia de que a ordem social é uma ordem natural, se não sagrada” (RIBEIRO, 2006, p. 207-208). A expectativa é a de que triunfará a miscigenação. Expectativa essa discriminatória, posto que recusa a aceitar os negros como são (RIBEIRO, 2006, p. 216).

Ademais, o indivíduo fruto da miscigenação sofre o que Ribeiro denominou de o *drama de ser dois*, na tentativa de “mimetizar a aparência de brancos para enfatizar sua suposta superioridade em relação ao negro. Apesar disto, [...] veem recair sobre si a carga do preconceito contra a matriz negra, na proporção das marcas visíveis de que são portadores” (1980, p. 142).

No racismo de padrão anglo-saxônico, onde ocorre a segregação, paradoxalmente, está contida uma dimensão de tolerância ignorada no primeiro caso. O outro é afastado do convívio, mas permite-se que mantenha sua identidade, criando uma mais profunda solidariedade interna do grupo discriminado, capacitando-os para que lutem pelos seus direitos.

O aspecto mais perverso do racismo assimilacionista é que ele dá de si uma imagem de maior sociabilidade, quando, de fato, desarma o negro para lutar contra a pobreza que lhe é imposta, e dissimula as condições de terrível violência a que é submetido (RIBEIRO, 2006, p. 208).

Nesse sentido, os caminhos para a superação dos preconceitos certamente vão além das declarações formais de direitos ou do tratamento igualitário concedido pela lei. Conforme Ribeiro, a democracia racial certamente é um ideal possível, mas somente praticável ao lado de uma democracia social: “[o]u bem há democracia para todos, ou não há democracia para ninguém, porque à opressão do negro condenado à dignidade de lutador corresponde o opróbrio do

branco posto no papel de opressor dentro de sua própria sociedade” (RIBEIRO, 2006, p. 208).

1.3.2 Racismo visível: a desigualdade de brancos e negros em números

Muito embora, do que decorre do visto no presente capítulo, o *modus operandi* do racismo no Brasil seja, no mais das vezes sutil, escondido, subterrâneo, há uma face do preconceito racial que é evidente, às claras: trata-se da análise dos indicadores sociais.

A mestiçagem, historicamente, foi engendrada pela violência e a dominação, mas a tendência hoje é de aderir à mistura racial como qualidade atemporal, enquanto o branco continua ocupando posições de prestígio e poder. Nesse sentido, Bernardino observa que a

discriminação racial [...] é tanto mais visível quanto mais olharmos [para os] espaços sociais em que a cor é considerada relevante na orientação das relações sociais, tais como: o mercado de trabalho, o mercado matrimonial, os contatos com a polícia e, hoje, poderíamos acrescentar, o acesso à universidade (BERNARDINO, 2004, p. 21).

A desigualdade está associada, pois, às questões de classe, gênero²⁹ e raça³⁰. Nesse sentido, a ênfase na classificação racial tem por escopo apenas demonstrar que a diversidade de tons de pele reflete-se na condição social dos indivíduos.

²⁹ Em relação ao preconceito de gênero, Pinheiro et al. refere que importa “ressaltar que, somado ao preconceito de classe” – que vimos ter grande força na formação sócio-cultural de nosso país – e ao de raça, ocorre “a maior vitimização das mulheres negras que, em decorrência do sexismo e do racismo tem seu acesso precarizado aos serviços de saúde, habitação, emprego, entre outros” (2008, p. 15).

³⁰ Sobre o exposto, ver Pochmann (2008, p. 11): “O Brasil é um país marcado por desigualdades: sociais, econômicas, regionais, etárias, educacionais. Transversalmente a estas, permeando e potencializando os seus mecanismos de exclusão, estão as desigualdades de gênero e de raça. A pregnância do legado cultural escravocrata e patriarcal é, ainda, de tal forma profunda que, persistentemente, homens e mulheres, brancos e negros continuam a ser tratados desigualmente. Um e outro grupo têm oportunidades desiguais e acesso assimétrico aos serviços públicos, aos postos de trabalho, às instâncias de poder e decisão e às riquezas de nosso país. [...] Nos bancos escolares, no interior das empresas, nas cidades, nas famílias, no campo, no interior dos lares, nos hospitais, nas favelas e em cada parte da nossa sociedade, negros são discriminados por sua cor/raça e mulheres, por seu sexo”.

O fato de que as desigualdades não sejam neutras em relação à cor (entre outros fatores, alguns deles destacados anteriormente), deve indicar ao formulador de políticas públicas a necessidade de medidas que enfrentem essa realidade. Nesse sentido, “[s]omente quando a igualdade formal se traduzir em igualdade real poderemos nos orgulhar da consolidação da nossa democracia” (POCHMANN, 2008, p. 11). Os indicadores que serão a seguir expostos não deixam dúvida a conexão existente entre aspectos socioeconômicos e raciais³¹.

Com efeito, proceder-se-á nesta seção a análise dos indicadores sociais referentes à alfabetização, escolaridade, acesso ao ensino superior, distribuição de renda, entre outros, baseados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o ano de 2008 (SÍNTESE..., 2009). Os dados a seguir referidos possuem todos o corte racial, comparando os indicadores referentes à população branca e à população negra³². Estes, como se verá, apontam para a confirmação da situação de maior vulnerabilidade vivida pelos últimos. Esses indicadores apontam que a população negra – nosso objeto de estudo – não logrou, mais de um século após o fim da escravidão legal, reverter satisfatoriamente a lógica da exclusão social.

A classificação da população em cor ou raças não é novidade para os institutos de pesquisa nacionais. Conforme Beltrão (2005), o censo realizado em 1872 já eram investigados os atributos referentes à cor. Entre 1890 e 1940, bem como no censo de 1970, não foram pesquisados quesitos relacionados à cor. Em 1991, com a inclusão da

³¹ De acordo com Beltrão e Novellino, “[e]studos envolvendo questões raciais que foram e vêm sendo realizados no Brasil seguem, habitualmente, uma dessas três tendências: (1) a que acredita numa democracia racial, isto é, na inexistência de preconceito de raça. De acordo com esta perspectiva, a condição de desigualdade dos negros em relação aos brancos poderia ser atribuída à ausência de educação e à pobreza, consequências do período de escravatura; (2) a que vincula questões raciais a questões de classe, subordinando a primeira à segunda. De acordo com essa linha de raciocínio, o preconceito seria mais social do que racial; (3) a que defende que a raça é determinante da condição social dos indivíduos” (2002, p. 7).

³² Não serão incluídos os dados referentes aos indígenas e amarelos. Já os pardos serão considerados em conjunto com os negros. O agrupamento de negros e pardos justifica-se, primeiramente, porque, da análise das estatísticas sócio-econômicas de ambos os grupos, verifica-se um parâmetro uniforme de exclusão. Em segundo lugar, pelo fato de o preconceito os dois grupos são vítimas possuir a mesma natureza: em termos raciais, é pela parcela negra que são discriminados (OSÓRIO, 2004, p. 114). Retornaremos a esta questão quando da análise das políticas de ação afirmativa, no capítulo terceiro.

população indígena, foi incluído no questionário, ao lado da palavra “cor”, a palavra “raça”.

No período, variaram as possibilidades de classificação, desde branco, preto, pardo/mestiço e caboclo (estando incluída nesta categoria os indígenas), passando por branco, preto, pardo e amarelo, utilizada no censo de 2000. A categoria pardo configurava-se a designação genérica de um grupo que poderia representar muitas coisas (caboclo, mulato, moreno, por vezes o indígena, entre outras)³³.

Pelo menos desde o início da década de 1990, quando foi realizada a campanha *Não deixe sua cor passar em branco. Responda com bom c/senso para o Censo Demográfico de 1991*, tem-se incentivado a população negra e mestiça declaram sua cor e transmitido uma imagem positiva dessas populações, de modo a resgatar sua dignidade e valorizar as diferentes culturas (ROQUE, 2009, p. 263). Tem-se estimulado, desse modo, a população que auto-declare qual grupo étnico entende pertencer. A campanha reflete um movimento que busca recuperar a auto-estima dos distintos grupos étnicos que compõem nosso país, aumentando o orgulho de pertença racial.

Um dos resultados desse movimento é a diminuição da população que se declara branca e o aumento da parcela da população que se declara negra. Nesse sentido, enquanto em 1998 54% da população auto-declarava-se “branca”, em 2008 esse índice passa para 48,4%. De outra parte, o contingente da população negra pulou de 45,2% para 50,6%. Recortando-se a região sul (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), os índices percentuais são, respectivamente, para 78,7 e 20,5 (SÍNTESE..., 2009).

Pinheiro et al. (2008, p. 15) referindo-se a dados coletados entre 1993 e 2007, que indicam a mesma tendência, afirma que o

aumento da população que se identifica como preta ou parda ocorre em praticamente todas as faixas etárias, indicando que não se trata de uma questão geracional de auto-afirmação identitária ou de uma maior taxa de natalidade da população

³³ O Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002, que criou o chamado Plano Nacional de Direitos Humanos – PNDH II, propunha ao IBGE, em sua ação governamental número 213, que visava a garantia do direito à igualdade, “a adoção de critério estatístico abrangente a fim de considerar pretos e pardos como integrantes do contingente da população afrodescendente”. Já o Decreto n. 7.037, de 21 de Dezembro de 2009, que aprovou o PNDH 3, não há referência à palavra “parda”, sendo empregados os termos “negro” e “afrodescendente”.

negra. A população brasileira vem demonstrando mudanças na sua forma de auto-declaração de pertencimento a um grupo de cor/raça, o que sinaliza que os padrões culturais populacionais vêm se alterando nos últimos anos.

O segundo grupo que analisaremos refere-se à escolaridade, que se trata de fator fundamental para a mobilidade social ascendente.

Segundo o IBGE (SÍNTESE..., 2009), a taxa de analfabetismo de pessoas com 15 anos ou mais de idade, no Brasil é de 10%, sendo que a da população branca é de 6,2% e das populações negra e parda 13,3% e 13,7%, respectivamente. Se considerarmos a taxa de analfabetismo funcional para a mesma faixa etária, os percentuais sobem para 21% (média nacional), 15,8% (brancos), 25,5% negros e 26,3% (pardos)³⁴.

No que tange à média de anos de estudos dos brasileiros, ainda considerando a faixa etária de 15 anos ou mais de idade, verifica-se que os brancos estudam 8,3 anos, os negros 6,7 e os pardos 6,5 (a média nacional é 7,4). De acordo com Heringer (2009, p. 151), o índice atual ostentado por negros e pardos é, mais de uma década depois, apenas pouco superior ao dos brancos em 1995, que girava entrono de 6,4 anos. Este conjunto de dados torna-se mais relevante quando observado que para cada ano de estudo estima-se que a renda do indivíduo aumente entre 15 e 20% (BERNARDINO, 2004, p. 26).

Quando é analisada a distribuição da escolaridade entre a população de 18 a 24 anos por nível frequentado, verifica-se que, em 1998, 31,8% dos jovens brancos na faixa etária indicada haviam frequentado o ensino superior (incluídos os níveis da graduação, mestrado e doutorado); em 2008 este índice passou para 60,3%. Para o mesmo período e mesma faixa etária, apenas 7,1% dos jovens negros haviam frequentado o ensino superior, sendo 28,7% em 2008. De maneira similar ao observado em relação à média de anos de estudos, o índice alcançado pelos negros em 2008 não alcançou o observado em relação aos brancos dez anos antes. Na região sul, 66,5% dos brancos entre 18 e 24 anos concluíram o ensino superior e apenas 36,7% dos negros (SÍNTESE..., 2009).

Padrão similar observa-se ao ver os dados relativos à proporção de pessoas entre 15 e 24 anos que frequentam o curso superior (20,8%

³⁴ Para uma análise da persistência dos padrões de desigualdade em termos de alfabetização de brancos e não-brancos no período 1940-2000, ver Beltrão (2004)

entre os brancos e 7,7% entre os negros), à população com mais de 25 anos de idade com ensino superior concluído (14,3% dos brancos e 4,7% dos negros; a média nacional 9,7%) e com mais de 25 anos de idade e mais de 15 anos de estudo (75,2% declararam-se brancos e 22,9% negra; na região sul, 90,6% declaram-se brancos e 7,8% negros) (SÍNTESE..., 2009).

Estudos referidos por Queiroz, desenvolvidos nas Universidades federais do Maranhão, Rio de Janeiro, Paraná e Brasília, também apontam para a sub-representação dos negros, ao contrário de seus pares brancos, invariavelmente sobre-representados. Outros dados indicam que a maioria dos estudantes brancos é oriunda de escolas particulares, enquanto que os negros estudaram em escolas públicas. Este fator, que se reflete nas expectativas de aprovação considerados pelos candidatos, provavelmente contribui para que escolham cursos menos concorridos, desistindo das carreiras mais cobiçadas³⁵ (2004, p. 143-6).

O exposto é referendado por três dados relatados. Em primeiro lugar, entre os que ingressaram no ensino superior no ano subsequente à conclusão do médio, é grande a proporção de brancos, sendo que a de candidatos negros aprovados aumenta significativamente quando considerados os que concluíram o ensino médio há mais de cinco anos. Em segundo lugar, os brancos representam o maior contingente de candidatos aprovados na primeira tentativa, proporção que diminui na segunda e torna a crescer a partir da terceira. O exposto sugere, segundo a autora, que os candidatos negros são levados a desistir, justificada tanto pela necessidade de encontrar um emprego quanto por uma avaliação pessimista das possibilidades. Finalmente, se considerado o prestígio das carreiras, os brancos apresentam elevada participação nos cursos de maior prestígios, elevando-se, ao contrário, a participação do negro nos estratos inferiores dessa escala (QUEIROZ, 2004, p. 146-7).

Outro grupo importante de indicadores refere-se à renda. Esta, com efeito, “é de fundamental importância para a autonomia dos indivíduos, para a construção de identidade, para o reconhecimento social, para o acesso a bens de consumo, entre outras dimensões tanto materiais quanto simbólicas” (PINHEIRO et al., 2008).

De acordo com a pesquisadora do IPEA, os dados coletados pelo IBGE indicam que os negros ingressam mais cedo no mercado de

³⁵ Segundo o autor, trata-se do cálculo das “condições objetivas que os conduz a desejar o possível ou os exclui da possibilidade de desejar aquilo que é percebido como impossível” (QUEIROZ, 2004, p. 145-5).

trabalho e tendem a deixá-lo em fase mais avançada da vida. Ou seja, os negros trabalham mais anos do que os brancos. Segundo Pinheiro et al., o exposto pode se explicado em virtude do modo como se dá sua incorporação à ordem social competitiva, em regra mais precário, “o que faz com que não tenham garantia de proteção social na velhice, impedindo uma parcela maior de trabalhadores negros de terem acesso à aposentadoria”. (2008, p. 25).

Ao passo que um branco recebe R\$ 8,30 por hora de trabalho, um indivíduo negro recebe R\$ 4,70. Essa diferença aumenta quando se considera a população com 12 anos ou mais de estudos: R\$ 17,30 e R\$ 11,80, respectivamente. Na região sul, um branco recebe, em média, R\$ 7,80, valor que sobe para R\$ 15,10 se tiver 12 anos ou mais de estudo, e um negro R\$ 5,00 e 11,30, respectivamente (SÍNTESE..., 2009).

Em relação ao rendimento *per capita*, observa-se que, entre os 10% mais pobres, 25,4% auto-declararam-se brancos e 73,7 %, negros. Entre os 1% mais ricos, 82,7% declaram-se brancos e 15%, negros. Na região sul, 61,8% dos mais pobres declaram-se brancos e 37,2% negros (trata-se da única região onde o percentual de sujeitos brancos pobres supera o de negros na mesma condição). Entre os 1% mais ricos e na mesma região, 94,3% declaram-se brancos e 4,8% negros.

De acordo com Henriques, os problemas relacionados à desigualdade de renda no Brasil devem ser associados à desigualdade na distribuição dos recursos, e não em sua escassez. Para o autor, “[i]sso significa que o Brasil, tanto em termos absolutos como em relação aos diversos países do mundo, não pode ser considerado um país pobre, mas, sem dúvida alguma, deve ser considerado um país extremamente injusto” (2001, p.17).

E são os indicadores apontados que permitem observar o impacto do processo de formação social exposto nas seções anteriores do presente capítulo. Expõem, desse modo, as consequências da discriminação e da desigualdade não enfrentada. Nesse sentido, Pinheiro et al., ao comparar a renda de brancos e negros e homens e mulheres, refere que as

informações de rendimento médio da ocupação principal no mercado de trabalho capturam de forma evidente esta situação. Como consequência das desigualdades educacionais, da segregação de mulheres e negros em postos de trabalho de menor qualidade e do próprio fenômeno social da discriminação, os rendimentos de homens e de

brancos tendem a ser mais elevados do que o de mulheres e negros (2008, p. 33).

Nesse sentido, “nascer negro no Brasil está relacionado a uma maior probabilidade de crescer pobre” (HENRIQUES, 2001, p. 17). As desigualdades *locacionais*³⁶, *ocupacionais* e *educacionais* (SILVÉRIO, 2004, 54), ou seja, o fato de os negros moram nos piores locais, ocuparem piores posições no mercado de trabalho e terem pior escolaridade do que os brancos é uma das consequências da discriminação racial.

Para finalizar, de acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano de 1999, o Brasil ocupava a 74ª posição no *ranking* de desenvolvimento humano. Entretanto, operando um corte racial, se considerarmos apenas a população branca, a posição brasileira seria a 49ª, e, se pegarmos unicamente os negros, o Brasil ocuparia a 108ª posição (BELTRÃO; NOVELLINO, 2002). Portanto, conforme refere Paixão, os indicadores apresentados demonstram que, seja qual for o critério utilizado, a população negra encontra-se em situação mais vulnerável do que a branca. Este padrão repete-se em todas as regiões do país e soma-se aos preconceitos de gênero, de modo que “os homens brancos estão em melhor situação que as mulheres brancas, que estão em condições mais favoráveis que os homens negros, que estão em uma situação menos grave que as mulheres negras” (2003, p. 80).

Diante do exposto, é evidente que

Subjacente à uniformidade cultural brasileira, esconde-se uma profunda distância social, gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu. O antagonismo classista que corresponde a toda estratificação social aqui se exacerba, para opor uma estreitíssima camada privilegiada ao grosso da população, fazendo as distancias sociais mais intransponíveis que as diferenças raciais (RIBEIRO, 2006, p. 20).

Todavia, esta estratificação classista possui um nítido colorido racial e origina um sistema extremamente desigualitário, sendo falsa a ideia de “democracia racial”. O abismo não conduz a conflitos que

³⁶ Dos domicílios urbanos em favelas, 66,1% são chefiados por negros e 33% chefiados por brancos (PINHEIRO et al., 2008, p. 28).

pretendam transpô-lo, cristalizando um *modus vivendi* que aparta os ricos dos pobres, como se fossem castas e guetos” (RIBEIRO, 2006, p. 21-22):

Ao contrário do que alega a historiografia oficial, nunca faltou aqui, até excedeu, o apelo à violência pela classe dominante como arma fundamental da construção da história. O que faltou, sempre, foi espaço para movimentos sociais capazes de promover sua reversão. Faltou sempre, e ainda falta, clamorosamente, uma clara compreensão da história vivida, como necessária nas circunstâncias em que ocorreu, e um claro projeto alternativo de ordenação social, lucidamente formulado, que seja apoiado e adotado como seu pelas grandes maiorias. Não é impensável que a reordenação social se faça sem convulsão social, por via de um reformismo democrático. Mas ela é muitíssimo improvável neste país em que uns poucos milhares de grandes proprietários podem açambarcar a maior parte de seu território, compelindo milhões de trabalhadores a se urbanizarem para viver a vida famélica das favelas, por força da manutenção de umas velhas leis (RIBEIRO, 2006, p. 23).

Nessas condições, o risco é a eclosão de convulsões sociais, o que explica a “preocupação obsessiva que tiveram as classes dominantes pela manutenção da ordem” (RIBEIRO, 2006, p. 22). O resultado dessa preocupação é a alteração da ordem institucional para que os privilégios de classe sejam mantidos, a exemplo das ditaduras, vistas como um mal menor³⁷.

³⁷ Ribeiro (2006, p. 404) ressalta que nunca no Brasil esteve presente a ideia de povo que englobasse a todos e a todos e todas fossem atribuídos direitos. Nem mesmos os mais básicos, como alimento, roupa e moradia. “Não há, nunca houve, aqui um povo livre, regendo seu destino na busca de sua própria prosperidade. O que houve e o que há é uma massa de trabalhadores explorada, humilhada e ofendida por uma minoria dominante, espantosamente eficaz na formulação e manutenção de seu próprio projeto de prosperidade, sempre pronta a esmagar qualquer ameaça de reforma da ordem social vigente” (RIBEIRO, 2006, p. 408).

2 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

No capítulo precedente vimos as origens, as interpretações e as consequências do processo de expatriação da população africana, forçada a emigrar para o *novo* continente. O país não logrou superar as iniquidades produzidas pelo sistema colonial-escravista, perpetuando, por meio de um racismo *de marca* e assimilacionista, muito embora as interpretações que viram na mestiçagem a formação de uma *democracia racial*, o certo é que o resultado da omissão pública em integrar os libertos à ordem social produziu uma sociedade com elevado grau de desigualdade, cujos indicadores apontam para um nítido corte racial, ocupando os negros posições socialmente mais vulneráveis do que seus pares brancos.

A *questão social* e a preocupação com a *igualdade material* são aspectos de primordial relevância para fins de consolidação do regime democrático e para o ordenamento jurídico, especialmente do tipo constitucional. Nesse sentido, analisaremos nesse capítulo os conceitos de Estado de direito, direitos fundamentais e igualdade, buscando nesses elementos os caminhos que nos conduzam à reconciliação com o passado através da construção de um futuro mais justo e solidário.

Estritamente relacionado com o conceito que se desenvolveu após as revoluções burguesas, em especial as que ocorreram na França e nos Estados Unidos, o princípio da igualdade foi consagrado no século XVIII por meio das famosas Declarações de Direitos, entre as quais se destacam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França revolucionária (1789) e a Declaração norte-americana (1776). Estas consolidaram a ótica contratualista liberal e reduziram os direitos humanos à liberdade, à segurança e à propriedade (PIOVENSAN, 2003, p. 191-3).

Trata-se da compreensão da igualdade perante a lei, “uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio” (GOMES, 2005, p. 48). Esta concepção clássica afirmou-se como ideia

central do constitucionalismo que floresce no século XIX e triunfa em boa parte do século XX.

Sua funcionalidade original era a de abolir os privilégios do antigo regime e acabar com as discriminações baseadas na linhagem. Por esta razão, foi constituído um espaço neutro, no qual todos os sujeitos teriam igual dignidade e poderiam, independentemente de suas situações concretas, desenvolver livremente suas virtudes e capacidades. Em outras palavras, um *locus* no qual estivesse garantida a possibilidade de concretização da liberdade. Nesse contexto, as declarações de direitos³⁸ possuem a funcionalidade de garantia contra os abusos e arbítrio do poder estatal, na medida em que, deste modo, a liberdade dos indivíduos estaria assegurada. Os antigos privilégios criavam zonas de desigualdades artificiais e, portanto, intoleráveis. A igualdade assim entendida será um dos pilares do Estado liberal burguês (GOMES, 2003). Consolidou-se, assim, o conceito formal de igualdade, segundo o qual *todos são iguais perante a lei*.

Paulatinamente, em decorrência do aprofundamento da questão social, a concepção formal de igualdade começou a ser questionada, pois se constatou que a igualdade em direitos não era suficiente para assegurar aos menos favorecidos as mesmas oportunidades que

³⁸ Sobre a extensão dos beneficiados pelas declarações de direitos francesa e estadunidense, Ferrajoli refere que “[q]uando, em 1776, as colônias da Virgínia declararam que ‘todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes’, certamente não pensavam nos seus escravos. Analogamente, quando em 26 de agosto de 1789 a Assembleia nacional francesa proclamou a igualdade ‘*en droits*’ de todos os ‘homens’, os expoentes do Terceiro estado pensavam somente em si mesmos: nos privilégios feudais e nas diferenciações de classe que combatiam, mas não nas discriminações de sexo e de nacionalidade e naquelas econômicas e sociais, que deixavam subsistir simplesmente ao ignorá-las (“Allorché nel 1776 i coloni della Virginia dichiararono che ‘tutti gli uomini sono per natura ugualmente liberi e indipendenti’ non pensavano certamente ai loro schiavi. Analogamente, quando il 26 agosto 1789 l’Assemblea nazionale francese proclamò l’*ugualianza ‘en droits*’ di tutti gli ‘uomini’, gli esponenti del Terzo stato che la componevano pensavano soltanto a se stessi: ai privilegi feudali e alle differenziazioni di ceto che intendevano abbattere, ma non certo alle discriminazioni di sesso e di nazionalità e a quelle economiche e sociali, che lasciavano invece sopravvivere semplicemente ignorandole”) (2007a, p. 800 – tradução nossa). No mesmo sentido, ver Scott: “[n]a época da Revolução Francesa, a igualdade foi anunciada como um princípio geral, uma promessa de que todos os indivíduos seriam considerados os mesmos para os propósitos de participação política e representação legal. Mas a cidadania foi conferida inicialmente somente para aqueles que possuíam uma certa quantia de propriedade; foi negada para aqueles muito pobres ou muito dependentes para exercerem o pensamento autônomo que era requerido dos cidadãos. A cidadania também foi negada (até 1794) aos escravos, porque eles eram propriedade de outros, e para as mulheres porque seus deveres domésticos e de cuidados com as crianças eram vistos como impedimentos à participação política” (2005, p. 15).

gozavam os mais privilegiados, mostrando-se insuficiente para garantir a igualdade jurídica.

Da crise do Estado liberal exigirá crescentemente que direitos sociais também sejam garantidos. Desse modo, “a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade” (GOMES, 2003, p. 90).

A consagração normativa de políticas que buscam a isonomia substancial representa uma ruptura na linha evolutiva do Estado moderno. Produto do Estado constitucional de direito, a igualdade material,

longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade (GOMES, 2003, p. 88).

Em outras palavras, o objetivo do Estado passa a ser não apenas *não piorar* as condições de vida dos membros da comunidade, mas também e fundamentalmente melhorá-las (FERRAJOLI, 2006, p. 795).

Nesse sentido, no presente capítulo buscaremos analisar os conceitos normativos de Estado de direito, direitos fundamentais e igualdade, buscando uma concepção que seja adequada à ordem jurídica vigente no Brasil. Para tanto, primeiramente será examinada a formação e as características do Estado constitucional de direito. Na segunda seção será dedicada ao conceito de direitos fundamentais. Finalmente, na última parte, na qual se buscará densificar o princípio da igualdade, esta será abordada desde o ponto de vista garantista.

Esse trajeto nos auxiliará no próximo capítulo, no qual será estudado um dos *problemas* concretização da igualdade, qual seja, o da implementação de políticas públicas de cotas para a população afro-descendente nas universidades.

2.1 ESTADO DE DIREITO: DO PARADIGMA LIBERAL AO CONSTITUCIONAL

A defesa do cidadão frente ao poder político constitui um dos principais problemas da teoria política. Trata-se do próprio conteúdo do constitucionalismo, compreendido como as diferentes maneiras de acordo com as quais, ao longo da história, realizaram-se as relações entre direito e poder (político) e a tentativa de limitação do segundo pelo primeiro. A originalidade do constitucionalismo moderno, como veremos a seguir, é sua aspiração a uma constituição escrita, que codifica o direito público, em obediência às exigências da certeza e da publicidade.

Ao princípio da constituição escrita unem-se outros dois elementos: sua legitimidade e sua função. A legitimidade da constituição escrita baseia-se no conteúdo mesmo das normas (que se impõem por sua racionalidade intrínseca e sua justiça) e em sua fonte formal (emanação da vontade soberana do povo, não mais do passado, da tradição ou da vontade de Deus). Desse modo,

o moderno constitucionalismo está ligado, por um lado, aos princípios jusnaturalistas com seu trabalho de racionalização do direito vigente e, por outro, à “revolução democrática” da segunda metade dos setecentos que, culminando o processo de secularização, não fundamenta a legitimidade do poder no direito divino do rei, nem na tradição, mas no consenso racional dos cidadãos³⁹ (MATTEUCCI, 1998, p. 25 – tradução nossa).

No que tange à sua função, a constituição escrita busca garantir o direito dos cidadãos e impedir que o Estado os viole.

O problema da limitação do poder político pelo direito ganha relevo a partir da ascensão da burguesia, que necessitava conter os impulsos absolutistas do antigo regime, resultando na passagem de um poder tradicional – lastrado pelo patrimonialismo e clientelismo – rumo

³⁹ (“Así, el moderno constitucionalismo está ligado, por un lado, a los principios iusnaturalistas con su obra de racionalización del derecho vigente y, por otro, a la “revolución democrática” de la segunda mitad del setecientos que, culminando el proceso de secularización, no fundamenta la legitimidad del poder en el derecho divino del rey, ni en la tradición, sino en el consenso racional de los ciudadanos”).

à sua impessoalização – poder racional-legal. Deste momento em diante, a dominação ocorrerá a partir de um cálculo racional utilitário de vantagem/desvantagens da obediência à ordem do soberano, corporificado em norma legal. A nova estrutura de dominação burocrática submete inclusive o soberano às normas legais (CADEMARTORI, S. 2006, p. 3-6).

O conceito de Estado de direito surgirá como sendo toda forma de organização política que tem como pressuposto a subordinação de todo poder ao direito. Contudo, Ferrajoli (2006, p. 789-91) salienta que essa expressão constitui um conceito amplo, que possui múltiplas acepções. Remonta, conforme lição de Bobbio (1986, p. 151-6), ao debate sobre o melhor tipo de governo: o governo dos homens ou o governo das leis⁴⁰. Como destacado, especialmente a partir do período histórico que coincide com a ascensão da burguesia, consolida-se o entendimento de que a legitimidade do Estado reside no exercício do poder em consonância com as leis editadas. A norma submete, inclusive, o governante (e este é um dos traços que o diferencia do Estado absoluto anterior).

Segundo Ferrajoli, o Estado de direito designa duas coisas: governo *per leges* e governo *sub lege*. Estes dois conceitos identificam-se, respectivamente, com as “condições formais e substanciais impostas ao válido exercício do poder” (2006, p. 789). A atuação governamental *per leges* (*mediante* leis) representa a dominação que ocorre por meio de normas gerais e abstratas, não mais por meio de atos particulares, privilégios ou estatutos pessoais⁴¹. A generalidade atua como niveladora das desigualdades (perante a lei), ao contrapor-se aos privilégios e às formas de discriminação, ao passo que a abstração refere-se à sua aplicação às situações nas quais qualquer pessoa possa se encontrar. Finalmente, a lei surge também como fruto da vontade geral, apontando-se para aspectos formais do poder, como a exigência de determinadas

⁴⁰ O debate sobre a melhor forma de governo, dos homens ou das leis, não constitui o objeto do presente trabalho. Para tanto, remeto a Bobbio (1986, p. 151-71).

⁴¹ “Está fora de discussão que a função igualizadora da lei depende da natureza de norma geral que tem por destinatário não só um indivíduo mas uma classe de indivíduos que também pode ser constituída pela totalidade dos membros do grupo social. Exatamente por causa da sua generalidade, uma lei, seja ela qual for, independentemente portanto do conteúdo, não consente, ao menos no âmbito da categoria de sujeitos à qual se dirige, nem o privilégio, isto é, a medida em favor de uma só pessoa, nem a discriminação, isto é, a medida em desfavor de uma única pessoa. Que existam leis igualitárias e leis desigualitárias é outro problema: é um problema que diz respeito não à forma da lei mas ao conteúdo” (BOBBIO, 1986, p. 157-8).

formalidades para que a norma seja válida e vinculante (CADEMARTORI, S. 2006, p. 6-12).

O exposto representa a igual posição de todos frente ao poder político, ou seja, tratamento geral e abstrato enquanto exigência da igualdade, defesa contra a arbitrariedade de toda atuação do poder à margem do direito e incremento da segurança jurídica (previsibilidade das ações do Estado) (CADEMARTORI, 2006, S. p. 6-12).

O governo *sub lege* (*submetido* às leis), por sua vez, indica que a subordinação do soberano à normas hierarquicamente superiores que não lhe é permitido suprimir ou violar. Submissão de *todo* o poder ao Direito (legalização de todas as ações do governo). Vinculação e submissão dos poderes públicos ao direito e também como predeterminação de validade normativa (CADEMARTORI, S. 2006, p. 12-3).

Este pode ser compreendido em dois sentidos (FERRAJOLI, 2006, p. 789-90). De um lado, uma acepção débil, lata ou formal, Estado de direito significa que o poder possui uma fonte e uma forma legal. Nesse sentido, “qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercido nas formas e procedimentos pela mesma estabelecidos” (CADEMARTORI, S. 2006, p. 13), inclusive os ordenamentos autoritários e mesmo totalitários. Nega-se, desse modo, qualquer fundamentação transcendental da autoridade política e de toda ordem natural prévia ao direito positivo. De outro lado, em sentido forte, estrito ou substancial, representa os ordenamentos que incorporam limites normativos não somente formais, mas também substanciais, ao exercício do poder. Em outras palavras, “todo poder deve ser *limitado* pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode (ou não) dispor” (CADEMARTORI, S. 2006, p. 13).

Este último sentido aplica-se somente aos Estados constitucionais e aproxima o conceito de Estado de direito da concepção garantista. Ferrajoli (2006, p. 790) refere que o modelo de Estado que emerge com as modernas constituições caracterizam-se, de uma parte, no plano formal, pelo *princípio da legalidade*, que subordina o poder público às leis gerais e abstratas, cuja observância é controlada por juízes independentes. De outra parte, no plano substancial, pela submissão do exercício do poder público e das leis, aos *direitos fundamentais* de todos os cidadãos incorporados nas constituições, ou seja, proibição legal de lesão aos direitos de liberdade e obrigação de satisfação dos direitos

sociais (bem como previsão de mecanismos de acesso à tutela por parte dos cidadãos à tutela jurisdicional quando não observados seus direitos).

O exposto conduz à outro aspecto relativo ao conceito de Estado de direito, qual seja, sua adjetivação liberal, social e constitucional.

Desde um ponto de vista histórico, pode-se afirmar que o paradigma do Estado de direito passou por três fases⁴². Inicialmente o Estado liberal (ou legislativo) garante as liberdades individuais e demanda à autoridade estatal um papel abstencionista. A segunda fase, do Estado social, consagra juridicamente os direitos sociais, econômicos e culturais – chamados de segunda dimensão –, mantendo, entretanto, a posição de *neutralidade* do Estado face aos conflitos sociais. Também não estão ainda presentes as garantias que permitem aos cidadãos lesados efetivarem seus direitos. Finalmente, o terceiro momento é o do Estado constitucional, no qual a proclamação dos direitos sociais é acompanhada por uma série de medidas que visam efetivá-los. São também proclamados novos direitos (difusos e coletivos).

O Estado liberal ou legislativo, expressão da democracia liberal, caracteriza-se por seu perfil essencialmente abstencionista. Nesse

⁴² Em realidade, não se tratam de fases, mas de modelos ou concepções, uma vez que se referem a tipos ideais, que se concretizam de modo diversos em diferentes países e em diferentes momentos. Ademais, a ideia de “fase” pressupõe que a seguinte derroga a anterior, quando não é isto o que ocorre. De toda forma, a ordenação nos ajuda a compreender o modo como se desenvolveu o conceito, que se relaciona, de modo geral, às lutas sociais pela afirmação dos direitos de cidadania. Sobre o processo histórico de afirmação de direitos, que guarda correspondência com a linha evolutiva do conceito de Estado de direito, ver Marshall (1967), que caracterizou, com base no processo histórico ocorrido na Inglaterra, a passagem das cidadanias civil e política para a social, representada pela conquista de direitos como à educação, à saúde e à seguridade social. Sobre as diferentes dimensões de direitos, desde uma perspectiva jurídica, ver Sarlet (2005, p. 53-66) e Morais (1996, p. 159-68). Como será possível perceber, ao passo que o Estado liberal ocupava-se apenas em não piorar as condições de vida de seus cidadãos, o Estado social de direito assume a obrigação de melhorá-las. Por óbvio, tais modelos não são excludentes: “podem ocorrer (e historicamente assim ocorreram) Estados liberais profundamente anti-sociais, como o foram aqueles paleocapitalistas, do século passado; Estados sociais profundamente antiliberais, como aqueles do socialismo real; Estados ao mesmo tempo antiliberais e anti-sociais, como as muitas ditaduras fascistas do primeiro e do terceiro mundo que afligiram o nosso século; e, por fim, Estados ao menos normativamente tanto liberais quanto sociais enquanto enunciam e garantem seja os direitos fundamentais a prestações negativas que aqueles, igualmente fundamentais, a prestações positivas também” (FERRAJOLI, 2006, p. 796). O Estado de direito, para o projeto garantista, como veremos, deve ao mesmo tempo corresponder a um *estado liberal mínimo* (em termos de minimização da restrição das liberdades dos cidadãos) e a um *estado social máximo* (maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correspondentes deveres de satisfazê-las por parte do Estado).

momento de consolidação, o Estado de direito surge vinculado ao conteúdo do liberalismo e comprometido com a concretização de seu ideário. Assim, destaca-se o princípio da legalidade (mera legalidade, mas que já representa a submissão do poder estatal à lei), a divisão de poderes e a garantia dos direitos fundamentais (STRECK; MORAIS, 2004, p. 89-91):

O Estado Liberal de Direito apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo (STRECK; MORAIS, 2004, p. 96-7).

Apresenta-se, pois, “como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constringedora de sua ação cotidiana” (MORAIS, 1996, p. 72).

Sua afirmação se dá em período histórico no qual se objetivava combater os abusos cometidos pelos monarcas. Nesse sentido, a lei é introduzida como elemento nivelador das relações sociais ao revestir-se dos elementos de generalidade e abstração. Todo poder passa a derivar do direito, que faz com que o Estado passe a proclamar-se integrador, igualitário e protetor da vida, da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Entretanto, a postura estatal formal que via na neutralidade e na objetividade da lei os guardiões da ordem pública resultará na manutenção – quando não na acentuação – das diferenças sócio-econômicas dos grupos que compõem a sociedade.

A afirmação da legalidade implica na afirmação do monopólio estatal da produção jurídica, processo que produz modificações em relação à experiência jurídica pré-moderna. A primeira diz respeito à condição de existência e validade das normas jurídicas. Na pré-modernidade não havia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas uma pluralidade de fontes e ordenamentos precedentes de instituições diferentes (Império, Igreja, etc.). A validade do sistema dependia, assim, da intrínseca racionalidade ou justiça de seus

conteúdos (fundamento naturalista de validade do direito pré-moderno). O juspositivismo representou a re-fundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia da certeza e da liberdade frente à arbitrariedade. O Estado de direito moderno nasce sob a forma do Estado liberal de direito, que representa a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e, mais ainda, existente, independentemente de sua valoração como justo (FERRAJOLI, 2003, p. 15-7).

Contudo, muito embora o procedimento de produção da norma tivesse um peso relevante, manifestando “um caráter substancial debilitado em contraposição a um acentuado formalismo” (CADEMARTORI, L. 2007, p. 60-1), não é possível afirmar que se encontrava desvinculado de conteúdos axiológicos, preocupado tão somente com a observância aos procedimentos, uma vez que se vinculava materialmente com o ideário liberal. Em outras palavras, para o Estado fosse de Direito, não seria suficiente que fosse um Estado legal (STRECK; MORAIS, 2004, p. 89).

O Estado continua detentor de amplo grau de discricionariedade na sua atuação, muito embora o eixo centre-se no parlamento:

Em verdade, diante da divergência entre o mundo do *dever ser* e a realidade social e econômica do mundo do *ser*, optou-se pela formalização absoluta da legislação como tentativa de separar, taxativamente, essas duas esferas da realidade, a fim de evitar qualquer conexão material entre o social e o Direito (CADEMARTORI, L. 2007, p. 61).

Muito embora não esvaziado completamente de qualquer conteúdo substancial, o paradigma do Estado liberal entra em crise na medida da disfunção do próprio liberalismo clássico. Em outras palavras, na medida em que entra em crise a lei com forma de regulação, controle e programação da vida social (CADEMARTORI, L. 2007, p. 61-2).

Dois fatores tornaram manifestas, na primeira metade do século XX, suas dificuldades. Em primeiro lugar, conforme já ressaltado, o excessivo relativismo axiológico da lei somado ao formalismo legislativo, que distanciou ambos os processos da vida social e econômica. Torna-se, pois, evidente que o Estado não poderia ser concebido como um instrumento técnico-jurídico ou, dito de outro

modo, em um mecanismo formal de organização institucional que não assumisse os valores proclamados pelo iluminismo racionalista. Esse processo redundou, diga-se, no surgimento de regimes totalitários, cuja “ordem jurídica não se apoiava em nenhum valor subjacente ao Estado de Direito” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 96). Em decorrência da experiência nazi-fascista, percebe-se que o Estado de direito deveria conter uma forte dimensão axiológica que o fundamentasse e o definisse, devendo o jurídico englobar mais do que a mera organização social, adquirindo, de certa maneira, um sentido civilizatório (CADEMARTORI, L. 2007, p. 62-3).

O segundo fator que deflagrou a crise do Estado liberal “foi a constatação do caráter conflitivo da realidade social em contraposição a uma ideia de Direito neutro frente a tais conflitos” (CADEMARTORI L., 2007, p. 63). A lei, mais do que fruto da (abstrata) vontade geral, é produzida por uma maioria contingente e interessada. Assim, é produto e parte do conflito social. Nessa perspectiva, a lei

deixou de ser um tipo de salvaguarda frente ao Estado e se transformou em mecanismo de legitimação do poder político e expressão da vontade estatal. Portanto, a lei, que era vista como elemento unificador e coerente, produto da vontade geral, passou a ser vista como produto personalizado, imbuído de interesses sociais e políticos, quase nunca passíveis de serem generalizados. Ao contrário disto, tais interesses estavam ligados a contextos parciais, contingentes e específicos [...] (CADEMARTORI, L. 2007, p. 63).

De acordo com Morais (1996), o Estado social incorpora a questão social sem descuidar das conquistas da fase anterior (ideário liberal). A lei assume, pois, uma segunda função, consistente na promoção de condutas desejáveis. No Estado social, o Estado não somente não deixa se omitir em relação aos conteúdos contrários ao direito, mas exerce funções de modo a efetivar os ideais seus sociais: a “adjetivação pelo *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 91). Apresenta-se, pois, uma demanda pela atuação positiva do Estado para implementação de políticas assistenciais, de seguridade social e trabalhistas.

É esta dimensão dos direitos que assegura a participação dos indivíduos nas estruturas de poder e na riqueza socialmente produzida ou, em outros termos, o direito de se levar a vida minimamente de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. Entretanto, a questão da igualdade permanece sem solução, uma vez que consagrada apenas formalmente, sem base material. A passagem de um modelo para o outro ocorre com a eclosão da questão social, fruto dos exageros da revolução industrial⁴³.

Entretanto, muito embora o compromisso social das cartas políticas comece a superar as meras promessas de bem-estar geral. As garantias constitucionais não foram acompanhadas de medidas de efetivação desses direitos quando da omissão dos poderes públicos, não tendo sido indicadas pelos legisladores as medidas adequadas para a satisfação do bem jurídico consagrado. Também a questão da igualdade permanece sem solução. Nesse sentido, a implementação dos direitos dependia da vontade política dos governantes, inexistindo meios processuais que possibilitassem o atendimento dos cidadãos quando desabrigados de seus direitos sociais (CADEMARTORI, L. 2007, p. 66). A implementação efetiva dos direitos (fundamentais) ocorrerá somente com o advento do Estado constitucional.

De um modelo para o outro ocorrem, de acordo com Cademartori, L., três deslocamentos essenciais. O primeiro é o da primazia da lei para a primazia da Constituição. O segundo, da reserva da lei para a reserva da Constituição. E, finalmente, o terceiro, do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade. Dessa maneira, o poder político encontra-se limitado e configurado pelo direito, cuja base primordial são as cartas de princípios incorporadas pelas constituições, que asseguram, dentre outros aspectos relevantes, os direitos fundamentais, a função social das instituições públicas, a divisão dos poderes e a independência dos tribunais (2007, p. 67).

Dito de outra forma, o caráter distintivo do Estado constitucional de direito em relação ao Estado liberal e ao Estado social é que, mais do que enunciadas formalmente, os princípios constitucionais – liberdades

⁴³ Conforme Carvalho (2007, p. 11), “[f]oi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais”. Para uma análise das *causas privilegiadas* da derrocada do Estado liberal, conferir Streck e Morais (2004, p. 63-4).

individuais, direitos sociais, econômicos e culturais – podem ser, quando não efetivados pela autoridade política, objeto de tutela jurisdicional (CADEMARTORI, L. 2007, p. 68-9).

O Estado constitucional de direito “tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado social, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência” (MORAIS, 1996, p. 74). Nesse sentido, Streck e Morais referem que a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos (2004, p. 98).

Da mesma forma, Luiz Henrique Cademartori (2007, p. 173) afirma que a

vinculação jurídica com a norma que autoriza a desvinculação com respeito ao sentido político desta não significa que o julgador se limite a substituir o sentido do legislador pelo seu móvel pessoal. Significa, sim, que ele haverá de interpretar a norma de acordo com a Constituição e seus princípios, implícitos e também explícitos, buscando assegurar, no maior grau possível, a proteção dos direitos afetados.

As diferenças entre os modelos anteriormente referidos e este não se resumem à ampliação do rol de direitos. Ocorre, efetivamente, “uma transformação fundamental no conteúdo do Direito” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 98). Nesse sentido, a igualdade deixa de ser uma previsão formal passando a representar a articulação de uma sociedade justa. Certamente esse processo não se realiza sem rupturas e transformações. Outra mudança importante que se observa também é o deslocamento do foco de tensão do Executivo e do Legislativo para o Judiciário.

O Estado constitucional de direito, de acordo com Sérgio Cademartori (2006, p. 15-7), marca um novo patamar na

indisponibilidade do poder sobre o Direito, uma vez que estabelece âmbitos jurídicos totalmente indisponíveis ao poder público. Fruto da crise do Estado liberal, que possui como vetor, não nasce somente como expediente técnico-jurídico ou como princípio formal de organização institucional: por trás dele, subjaz forte dimensão axiológica que o fundamenta e o define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder. Ademais, constata-se o caráter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do direito com relação aos conflitos sociais⁴⁴.

Portanto, mais do que sujeitos à lei (limitados ou vinculados a ela) no que diz respeito a sua forma, os poderes públicos nos ordenamentos jurídicos filiados a esse paradigma vinculam-se também em relação aos *conteúdos*. Nesse caso, todos os poderes, inclusive o legislativos, devem respeito aos princípios constitucionais, em especial a divisão de poderes e os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2003).

Esses conteúdos constituem vetores que criam a necessidade de um nível de juridicidade superior, vinculante e indisponível: o “resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa” (CADEMARTORI, S. 2006, p. 17-18). Redimensionamento do princípio da legalidade, com a submissão do poder público à lei e de todo poder do Estado ao direito. O exposto aproxima-se da visão do garantismo, de acordo com a qual

a Constituição, mais do que uma norma que vincula outra norma inferior, estrutura-se como um complexo programa que visa à ordenação ou à constitucionalização social, política, econômica, cultural e assim por diante. Portanto, pretende atingir todas as relações de poder, sejam elas públicas ou privadas, que existem na sociedade (CADEMARTORI, L. 2007, p. 84).

Nesse sentido, os princípios constitucionais – sejam eles explícitos ou implícitos –, inerentes ao sistema normativo aberto, desempenham um papel essencial como reflexos normativos dos valores constitucionais.

⁴⁴ Aliás, ao estabelecer uma relação entre normas e valores, é fácil verificar, na linguagem do legislador, enunciados que exprimem, de forma explícita, juízos de valor. E esta constatação revela-se tão frequente quanto inevitável, quando se consideram, por exemplo, as exposições de motivos das próprias leis (CADEMARTORI, L. 2007, p. 103).

Com efeito, a forma constitucional cria um referente indisponível de legitimidade para o poder político, o que Ferrajoli denomina de esfera do indecidível: sua própria forma de exercício e âmbitos de exclusão. Entretanto,

permanece sem solução o problema da formalidade ou inefetividade dos limites jurídicos, agora constitucionais, ao poder. [...] O problema da mera formalidade da lei no Estado legislativo reproduz-se agora com respeito ao poder constituinte e coloca em relevo, novamente, a natureza convencional da forma jurídica constitucional (CADEMARTORI, S. 2006, p. 21).

Os limites legais ou constitucionais estão nas mãos daqueles que exercem tal poder.

Contudo, as garantias constitucionais não são ineficazes em todos os casos, somente em seus extremos. A única garantia material é a *garantia social* (condição social de efetividade de todo o ordenamento constitucional e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas), que “[c]onsiste no sentimento que cada pessoa possui de seus próprios direitos, de sua identidade e dignidade enquanto cidadão, de onde deriva a sua disposição para a luta, para a defesa e realização dos direitos vitais próprios e alheios, individuais e coletivos” (CADEMARTORI, S. 2006, p. 23).

Em outras palavras, o soberano, vinculado a determinada forma de agir, vê-se agora impedido de violar certos *conteúdos*, que passam a ser denominados *direitos fundamentais*. Com efeito, o Estado democrático de direito tem como característica a constitucionalização de direitos por meio de declarações de direitos e garantias, como forma de evitar o abuso de poder por parte dos governantes. A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa a ser medida pelo respeito e implementação desses direitos (CADEMARTORI, S. 2006, p. 25). Conforme Bobbio, “sem direitos do homem protegidos e reconhecidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (1992, p. 1).

O exposto atua, nesse sentido, também sobre o próprio conceito de direito, que passa a ser compreendido como o conjunto de regras e princípios, garantias e instituições aptas a assegurar a operacionalidade do Estado constitucional. As regras e princípios que definem o Estado constitucional de direito precedem a determinação e o funcionamento de seu regime democrático: isso “significa que a ideia da centralidade das

pessoas e a garantia dos seus direitos, que formam as bases deste Estado, não são apenas valores externos ou condições axiológicas, mas também vínculos estruturais de toda a dinâmica que nele se perfaz” (CADEMARTORI, L. 2007, p. 71-2).

Portanto, a emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados estrutura um novo modelo, denominado pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, que deve ser entendido no seguinte sentido: (1) o conjunto de mecanismos normativos e institucionais que limitam o poder do Estado e protegem os direitos fundamentais; (2) a ideologia que sustenta esse modelo de organização; (3) o discurso descritivo que a constitucionalização implicou para as categorias centrais de seu objeto (enquanto teoria do direito); e (4) o método que reivindica a tese da conexão necessária entre direito e moral (CADEMARTORI, S. 2006, p. 25-6).

O paradigma do Estado constitucional de direito vem, pois, essencialmente afirmar o caráter normativo da Constituição, que passa a integrar um plano de juridicidade superior, acentuando que os princípios vinculam todo o sistema jurídico e que são indisponíveis inclusive aos poderes estatais. Desse modo, acaba por ampliar os sistema de garantias dos direitos fundamentais (CADEMARTORI, L. 2007, p. 64).

No sentido do exposto até aqui, Guastini (2003, p. 50-8) refere sete condições necessárias para a constitucionalização do sistema jurídico:

- a) *uma constituição rígida*: escrita e resistente ao legislador ordinário, por meio de mecanismos que impeçam a sua revisão, salvo se por procedimento especial. Em alguns sistemas estão presentes ainda um rol de princípios que não podem ser modificados de modo algum (cláusulas pétreas);
- b) *garantia jurisdicional da constituição*: o ordenamento jurídico deve contar com alguma forma de controle de constitucionalidade das normas;
- c) *a força vinculante da constituição*: difusão no senso comum dos juristas de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou comando normativo, é verdadeira norma jurídica, apta à produção de efeitos jurídicos;
- d) *a sobre-interpretação da constituição*: percepção que os juízes, os órgãos de Estado e os juristas devem ter do texto constitucional, extraindo dele as normas implícitas do sistema

- que possibilitam regular qualquer aspecto da vida social e política. Pressupõe a compreensão do exposto no item anterior;
- e) *a aplicação direta das normas constitucionais*: pressupõe certa concepção da constituição por parte da cultura jurídica, no sentido de que suas normas produzem efeitos e podem ser aplicadas aos casos concretos diretamente, mesmo quando não regulamentadas em lei, ainda que programáticas;
 - f) *a interpretação conforme das leis*: para além do controle de constitucionalidade das leis, a interpretação deve harmonizar o conteúdo destas com o disposto na constituição;
 - g) *a influência da constituição sobre as relações políticas*: os princípios constitucionais, com sua forte marca moral e política, intervêm na argumentação política, regem as relações entre os poderes do Estado e permitem aos órgãos jurisdicionais examinar a argumentação política que subjaz às normas jurídicas. A argumentação jurídica tende a transformar-se em argumentação moral e política, reforçando assim a unidade do pensamento prático⁴⁵.

Como vimos, a primeira mudança do paradigma do Direito ocorreu com o nascimento do Estado moderno e com a afirmação do princípio da legalidade, que implicou também a afirmação do monopólio estatal de produção da norma jurídica. Não menos radical foi, para Ferrajoli (2003, p. 18-20), a subordinação da legalidade a Constituições rígidas, hierarquicamente supra-ordenadas em relação às leis como formas de reconhecimento de sua validade, representou uma segunda mudança. Esse processo gerou três alterações no Estado legislativo de direito, nos mesmos planos já abordados.

Primeiramente, mudaram as condições de validade das leis. Nesse modelo, as condições de validade das leis não dependem somente da forma de produção, mas também da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. A existência das normas, que havia já se desvinculado da justiça, divorcia-se também da validade, sendo possível uma norma formalmente válida e vigente e substancialmente inválida, quando confrontada com normas constitucionais.

Em segundo lugar, muda o estatuto epistemológico da ciência jurídica. A divergência entre constituição e legislação não é exclusivamente explicativa, mas crítica e projetiva em relação a seu

⁴⁵ Sobre as condições necessárias para a constitucionalização do sistema jurídico, ver também Figueroa (2003).

próprio objeto. No Estado constitucional de direito a constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo, relacionadas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais.

Modifica-se também o papel da jurisdição, que é a aplicação da lei somente quando constitucionalmente válida, cuja interpretação e aplicação é sempre um juízo sobre a própria lei, que o juiz tem a obrigação de censurá-la como inválida – denunciando a sua inconstitucionalidade – sempre que não seja possível interpretá-la no sentido da Constituição. Disso deriva uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica, desconhecidas para a razão jurídica próprias do juspositivismo formalista: o apontamento das lacunas e antinomias, a promoção de sua superação por meio das garantias existentes ou a projeção das garantias inexistentes.

Há, ainda, de acordo com Ferrajoli, uma quarta transformação produto do paradigma do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei aos princípios constitucionais. Esta equivale à introdução de uma nova dimensão de condição de validade das normas, bem como na natureza da democracia, uma vez que reconhecido como um limite a mesma. Limite, pois aos direitos constitucionalmente estabelecidos correspondem obrigações e proibições impostas ao poder da maioria, que, de outra forma, seriam absolutos. Essa limitação complementa a democracia, representando uma de suas tantas garantias. O constitucionalismo rígido complementa, desse modo e ao mesmo tempo, o Estado de direito e o positivismo jurídico: pela sujeição da lei – inclusive a de origem legislativa, antes absoluta – e pela positivação não só do ser do direito, como também do dever ser, ou seja, das opções que presidem a sua produção e das condições de sua validade (2003, p. 19).

O exposto implica, também, na redefinição da natureza da relação entre Estado de direito e democracia política. Ferrajoli (2006, p. 791-9) refere que, primeiramente, as regras sobre *quem* pode decidir e sobre *como* se deve decidir indicarão a forma de governo, sendo esta democrática caso a maioria decida por maioria. Em segundo lugar, estão as regras que dizem, por um lado, que *nem sobre tudo se pode decidir* (“deveres negativos de não fazer”: vedações legais, vinculados, em geral, aos direitos de liberdade), *nem mesmo por maioria*⁴⁶, e, por outro,

⁴⁶ Do mesmo modo que o paradigma constitucional do Estado de direito, o princípio majoritário não é o critério de legitimação único da democracia. Embora seja a principal regra, não deve ser observada de maneira absoluta (CADEMARTORI, L. 2007, p. 74).

nem sobre tudo se pode deixar de decidir (“deveres positivos de fazer”: obrigação de remoção das desigualdades sociais e de promoção). Assim, “o princípio da democracia política, relativo a *quem* decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos *ao que não é lícito decidir* e *ao que não é lícito não decidir* (FERRAJOLI, 2006, p. 798). De como estas questões encontram-se reguladas depende a adjetivação do sistema jurídico (liberal, social ou constitucional).

Sobre este último aspecto, Ferrajoli salienta que, nas sociedades atuais, nas quais está presente um elevado grau de interdependência social e de desenvolvimento tecnológico, a sobrevivência torna-se cada vez menos um fenômeno natural e cada vez mais um fenômeno artificial e social. Nesse sentido, os sistemas normativos devem considerar que, de um lado, a concentração de grande parte da população mundial em regiões urbanas resultou no afastamento das pessoas das condições e dos recursos naturais necessários à vida, de modo que o presente tornou impossível aquilo que no passado era possível. De outro lado, o progresso tecnológico, o avanço das ciências tornou hoje possível o que no passado era impossível, o que torna moral e politicamente necessário a redução e a compensação das desigualdades de *oportunidade*, que os progressos econômicos e tecnológicos permitem reduzir ou remover e que a ausência do direito e de direitos contribui para aumentar (2007b, p. 392-4). Em outras palavras, “para a vida e para a sobrevivência, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade” (BOBBIO, 1992, p. 75).

2.2 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A passagem do Estado liberal para o social e, posteriormente, para o paradigma constitucional gera a necessidade de adequação do conceito de direitos fundamentais. Com efeito, a conexão entre Estado de direito, constituição e direitos fundamentais é íntima no paradigma neo-constitucional. Expressam, nesta etapa, não somente as garantias formais ou negativas da constituição, mas também e especialmente seus elemento material ou substancial. Em outras palavras, conforme Sarlet, para além de sua função limitadora do poder (relacionada à garantia dos direitos de liberdade),

os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances

(oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material (2005, p. 71-2).

Os direitos fundamentais adquirem efetivamente um novo protagonismo no paradigma do Estado constitucional de direito, comprometido, como visto na seção anterior, com a transformação do *status quo*. Com efeito, como já referido, a legitimação do atual Estado de direito ocorre, formalmente, pela afirmação do princípio da legalidade e da subordinação dos poderes à lei; já a legitimação substancial provém da tutela (jurisdicional) ou garantia dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 845).

Uma das características dessa fase é o que Bobbio chamou de processo de multiplicação de direitos. São indicados três fatores para justificar o fenômeno: a) o crescente número de bens considerados merecedores de tutela; b) a extensão da titularidade dos direitos a sujeitos distintos do homem; e c) a passagem da visão do homem como ser abstrato ou genérico para uma atenta a sua especificidade e concreticidade nos modos de ser na sociedade⁴⁷ (BOBBIO, 1992, p. 68). Nesse sentido, têm-se ampliado os protagonistas dessa luta para além dos agentes tradicionais (partidos e sindicatos): movimentos sociais e comunitários de base, organizações eclesiais de base, organizações profissionais, associações de moradores, organizações não-governamentais, grupos vulneráveis e a própria humanidade (ANDRADE, 2003, p. 72-3).

⁴⁷ Trata-se do que Piovesan (2003, p. 338 e ss.) chamou de “processo de especificação dos sujeitos de direito”. Prossegue Bobbio: “Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto [...]; e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes do homem, como os animais. [...] Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção” (1992, p. 69).

De acordo com Cademartori, S. (2006, p. 26-9), os direitos fundamentais apresentam as seguintes características: (a) podem ser entendidos como prerrogativas do indivíduo frente ao Estado (superioridade dos cidadãos face o ente político por eles criado ou, em outras palavras, limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos); (b) são fruto de uma concepção individualista da sociedade (origem na filosofia jusnaturalista moderna e ilustrada); (c) são direitos históricos⁴⁸, o que significa dizer que estão inseridos dentro de um momento histórico e que novos direitos fundamentais podem surgir a partir de novas exigências dos homens; (d) possui fundamento de validade no consenso geral dos homens acerca da natureza humana (não sendo, todavia, um dado objetivo); (e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; e (f) são direitos inclusivos, quer dizer, cada somente pode gozar dos mesmos na medida em que todos os demais também usufruam deles.

Entretanto, Norberto Bobbio (1992, p. 67) refere que, quando se trata de analisar os direitos do homem, a primeira preocupação do intérprete é perceber a distinção existente entre teoria e prática, pois um e outro percorrem caminhos diversos. Nesse sentido, veremos primeiramente a visão garantista dos direitos fundamentais; em um segundo momento, trataremos da questão de sua operatividade, referindo brevemente o grau de efetividade na realidade brasileira.

2.2.1 Uma definição formal de direitos fundamentais

Luigi Ferrajoli (2007a) propõe uma definição formal⁴⁹ de direitos fundamentais. Esta, segundo o autor, dirá *o que são* os direitos

⁴⁸ Sobre o fato dos direitos serem históricos, Bobbio afirma que “a conexão entre mudança social e mudança na teoria e na prática dos direitos fundamentais sempre existiu; o nascimento dos direitos sociais apenas tornou essa conexão mais evidente, tão evidente que agora já não pode ser negligenciada. Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade fosse levado à direito fundamental; do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários, o direito ao trabalho tivesse sido levado a direito fundamental” (1992, p. 77). Segundo Ferrajoli, os “direitos fundamentais correspondem a valores e a carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados” (2006, p. 843).

⁴⁹ Segundo Ferrajoli, as vantagens de uma definição formal são evidentes, tendo em vista que “prescinde de circunstâncias de fato, é válida para qualquer ordenamento, com independência dos direitos fundamentais nele previstos ou não previstos, inclusive os ordenamentos totalitários e pré-modernos. Possui portanto o valor de uma definição pertencente à teoria geral do direito. Visto que independente dos bens, valores ou

fundamentais, mas não *quais são, quais são de fato* ou *quais deveriam sê-los*, tampouco a classe dos sujeitos que gozam de sua titularidade. As respostas para as duas primeiras questões – *quais são* e *quais são de fato* –, segundo o autor, serão dadas pelo direito positivo e dependerão de cada ordenamento jurídico. Em relação às últimas – sobre *quais deveriam ser* e a *classe de sujeitos que gozam de sua titularidade* –, “são questões de filosofia moral, política ou de justiça, as quais dependem dos valores ético-políticos que assumimos como seu fundamento axiológico” (FERRAJOLI, 2007a, p. 725 – tradução nossa⁵⁰).

A definição formal identificará as características formais e estruturais dos referidos direitos. Primeiramente, os direitos fundamentais são *universalmente imputáveis a todos os membros da classe de sujeitos que gozam de sua titularidade*. Este traço salienta a igualdade jurídica *en droits*, pois todos são titulares de igual forma e na mesma medida (FERRAJOLI, 2007a, p. 726).

Nesse sentido, tratam-se os direitos fundamentais daqueles direitos cuja garantia é necessária para satisfazer o valor das pessoas e realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a todos em igual medida. A relação entre igualdade e direitos fundamentais, pois, é biunívoca: não apenas a igualdade é tal enquanto for constitutiva dos direitos fundamentais, mas os direitos fundamentais são tais enquanto forem constitutivos de igualdade (FERRAJOLI, 2006).

Entretanto, como referido, nem todos os seres humanos são titulares dos mesmos direitos fundamentais. Nesse sentido, seu segundo traço característico refere-se à classe das pessoas que possuem a titularidade desses direitos. Segundo Ferrajoli (2007a, p. 726), o *status*

necessidades substanciais que são tutelados pelos direitos fundamentais, é, ademais, ideologicamente neutra. Assim, é válida qualquer que seja a filosofia jurídica ou política adotada: positivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista e, inclusive, anti-liberal e anti-democrática” (2001, p. 38 – tradução nossa) (“[...] prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es, además, ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática”).

⁵⁰ (“sono invece questioni di filosofia morale, o politica o della giustizia, le quali dipendono dai valori etico-politici che assumiamo come loro fondamento assiologico”).

de pessoa, são essencialmente três: personalidade, cidadania e capacidade de agir.

Diante do exposto, define como “direitos fundamentais' todos aqueles direitos que correspondem universalmente a 'todos' enquanto 'pessoas naturais', 'cidadãos', pessoas naturais com 'capacidade de agir' ou cidadãos 'capazes de agir'” (FERRAJOLI, 2007a, p. 726 – tradução nossa⁵¹).

Desse modo, entre-cruzando os critérios acima mencionados, o jurista italiano apresente sua tipologia dos direitos fundamentais:

- a) *direitos humanos*: direitos substanciais cujos titulares são todas as pessoas (vida, liberdade, saúde, educação, garantias penais e processuais, etc.);
- b) *direitos públicos*: direitos substanciais cujos titulares são os cidadãos (trabalho, previdência, etc);
- c) *direitos civis*: direitos instrumentais de todas as pessoas com capacidade para agir (liberdade contratual, liberdade de empresa, etc); e
- d) *direitos políticos*: direitos instrumentais reservados aos cidadãos que possuem capacidade de fato (essencialmente os direitos de votar e ser votado) (FERRAJOLI, 2007a, p. 737-42; CADEMARTORI, S. 2006, p. 39-41).

Da definição apresenta decorre que os direitos fundamentais são direitos subjetivos. Em outras palavras, constituem todos os interesses juridicamente protegidos ou expectativas positivas (de prestações) ou negativas (de não sofrer lesões) atribuídas às pessoas *naturais*, não servindo para tutela das pessoas artificiais. Ademais, são universais correspondendo a todos os representantes da classe de sujeitos a quem sua titularidade está normativamente reconhecida, ao contrário de outros direitos subjetivos ou dos direitos patrimoniais (FERRAJOLI, 2007a, p. 727-9).

Apontam, pois, evidentemente, para um aspecto substancial dos regimes democráticos enquanto artifícios da promoção de igualdade e da dignidade. Desse modo, se, por um lado, o princípio majoritário é regra em uma democracia, por outro, os direitos fundamentais irão representar limites jurídicos ao seu poder de disposição, de modo que *nem sobre tudo se poderá decidir* (CADEMARTORI, S. 2006, p. 41-2).

⁵¹ (“Definirò dunque 'diritti fondamentali' tutti quei diritti che spettano universalmente a 'tutti' o in quanto 'persone naturali', o in quanto 'cittadini', o in quanto persone naturali 'capaci d'agire' o in quanto 'cittadini capaci d'agire'”).

Já referimos na seção anterior que a regra da maioria não é o único critério de legitimidade dos sistemas democráticos⁵². Retomamos aqui para mencionar que o Estado de direito, a partir do exposto, configura-se como um “sistema de limites substanciais impostos legalmente ao poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais”, de modo que “nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão” (FERRAJOLI, 2006, p. 792).

Finalmente, apresenta dois problemas teóricos. O primeiro, que diz respeito às relações entre os diversos direitos, é a escolha da hierarquia dos valores, bem como a definição dos critérios a serem utilizados em caso de conflitos entre dois desses direitos. Como referimos anteriormente, o conflito entre direitos fundamentais será resolvido por meio da ponderação.

A segunda questão relaciona-se à natureza das garantias que correspondem a cada um. Dois princípios, indicam, de acordo com o autor, o alcance garantista: (a) o *princípio da legalidade*, uma vez que são as leis (impostas aos poderes públicos) que estabelecerão os pressupostos e procedimentos para concretização; e (b) a *submissão à jurisdição*, que corresponde à possibilidade do indivíduo que teve um direito fundamental seu violado – tanto por atos comissivos quanto omissivos – possa recorrer ao Poder Judiciário para que a lesão seja sancionada e removida (2006, p. 843-4).

2.2.2 Direitos fundamentais e operatividade

Os direitos fundamentais refletem a própria estrutura ideológica do Estado, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade. Como vimos, passam de um modelo no que sua normatividade era praticamente nula, para outro, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, no qual, em contraposição às posições

⁵² Prossegue o autor italiano: “As suas regras [da democracia] são, com certeza, as melhores para determinar quem pode decidir e como deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolúvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares” (FERRAJOLI, 2006, p. 792-3).

jusnaturalistas⁵³ e juspositivistas, consagram sua hegemonia axiológico-normativa.

Ocorre, pois, a afirmação definitiva da normatividade dos princípios. Estes colocam-se como normas supremas do ordenamento, servindo de critério para avaliação de todo conteúdo normativo. Nesse sentido, Oliveira refere que o “Direito Constitucional contemporâneo é centrado na força normativa dos princípios de Direito, os quais espelham os direitos fundamentais” (2007, p. 29). Deixam, pois de ser fonte subsidiária para tornarem-se fonte das fontes, norma das normas⁵⁴.

Esse processo refletiu a tentativa da concepção formal de democracia, buscando a concretização de sua dimensão substancial. Contudo, entendia-se que estas normas

se inseriam numa ordem de programaticidade puramente política do Estado. Assim, até o advento da Primeira Guerra Mundial, diferenciavam os juristas o “direito positivo” do “programa”, ironizando-se esta terminologia, que mais tarde veio a consagrar-se no constitucionalismo de Weimar em 1919. Nesse contexto, tais normas programáticas eram chamadas, desdenhosamente, de “meros programas”, ou ainda “admoestações morais”, “declarações bem intencionadas”, dentro outros epítetos, visando-se com isto a recusar-lhes tanto a sua eficácia quanto aplicabilidade. Concluía-se, então, que os princípios programáticos que passaram a integrar a Constituição de Weimar de 1919 não passavam de simples adereços decorativos (CADEMARTORI, L. 2007, p. 91).

A dimensão subjetiva dos direitos consagrados nos princípios constitucionais – também os sociais, econômicos ou culturais – são independentes de sua concretização legislativa, derivando o dever estatal

⁵³ Sobre este aspecto, Bobbio refere que a “doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado, partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: direitos à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas” (1992, p. 73).

⁵⁴ Sobre as fases da trajetória normativa dos princípios, ver Bonavides (2007), em especial o capítulo 8.

de prestação desses direitos diretamente do texto constitucional⁵⁵. Quando não concretizados, a própria Constituição outorga meios eficazes para sua garantia (Art. 5º, § 1º – aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais –; art. 103, § 2º – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão –; art. 5º, LXXI – Mandado de Injunção – todos da CF).

Nesse sentido, ingressamos na questão da eficácia das normas programáticas⁵⁶. A programaticidade das normas que dizem respeito à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em especial aqueles que correspondem às garantias sociais. Também alguns direitos civis possuem conteúdo aberto e vago e nem por isso deixam de ser imediatamente aplicáveis. Com efeito, trata-se de saber se estas necessitam ou não de uma atuação legislativa prévia para gerar seus efeitos.

Nesse sentido, duas são as posições extremas. De um lado, aqueles que negam qualquer eficácia a estas normas. De outro, os que defendem que sejam auto-aplicáveis. Sarlet apresenta uma posição intermediária, de acordo com a qual “todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia”, de modo que é possível afirmar

que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição (2005, p. 271).

⁵⁵ Em outras palavras, o exposto significa que, “o juiz, no exercício da sua função, somente está vinculado ao Direito, e num sentido mais favorável, aos direitos fundamentais dos cidadãos garantidos constitucionalmente, e cuja relevância deixa de ser vista apenas sob o aspecto formal-instrumental, passando a ter prevalência substancial na defesa desses direitos.” Também, o “controle a ser realizado pelo judiciário da atividade administrativa terá sempre como base os direitos fundamentais constitucionais, considerados agora sob um aspecto substancial e primacial, posto que eles traduzem os valores morais e políticos da sociedade” (CADEMARTORI, L. 2007, p. 150-1).

⁵⁶ Conforme Bobbio, “chamadas pudicamente de ‘programáticas’” (1992, p. 77). Para um debate bastante aprofundado desta questão, conferir Sarlet (2005).

Esse entendimento é inerente às exigências do Estado constitucional e à dinâmica da constituição dirigente. Assim, talvez o mais adequado não fosse afirmar que todas as normas definidoras de direitos fundamentais são eficazes e imediatamente aplicáveis, mas sim que “todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia” (SARLET, 2005, p. 296). E qual é a medida de sua eficácia?

Sarlet destaca que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem, no mínimo, as seguintes cargas eficaciais:

- a) revogam, independentemente de declaração de inconstitucionalidade, todos os atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo. É a eficácia derogatória;
- b) vinculam o legislador na medida em que não apenas obrigam a concretizar seus programas, tarefas, fins e ordens, como também estabelecem os parâmetros de acordo com os quais tal prestação deva ser regulada;
- c) impõem a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos posteriores à vigência da Constituição e que colidam com seu conteúdo;
- d) constituem parâmetros para a interpretação, integração e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, uma vez que seus princípios, diretrizes e fins influenciam toda a ordem jurídica;
- e) geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva, no sentido de que, no mínimo, as autoridades têm o dever de abster-se em praticar atos contrários ao conteúdo dessas normas;
- f) por fim, as normas definidoras de direitos fundamentais possuem o efeito de impedir o legislador de “abolir determinadas posições jurídicas por ele criadas” (2005, 296-300).

Este último aspecto a ser referido em relação aos direitos fundamentais é sua *eficácia protetiva*, correspondente à chamada proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Trata-se de um princípio implícito de nossa Constituição, de acordo com o qual se entende, segundo Barroso, entende-se “que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (2006, p. 152).

O princípio da proibição de retrocesso é geralmente aceito como produtor de efeitos em nosso ordenamento, bastando pensar nos direitos adquiridos ou no conceito de coisa julgada. Todavia, é em relação à efetividade dos direitos de prestação positiva, em regra sociais, que a questão, de acordo com Sarlet (2005), mostra-se mais relevante.

É uma proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional contra atos de natureza retroativa e retrocessiva que aniquilem ou reduzam de modo desproporcional direitos já concretizados. Evidentemente não se aplica à situações ocorridas no passado, tampouco pode modificar o texto constitucional (em se tratando de normas infra-constitucionais). Seu destinatário principal – mas não exclusivo – é o legislador. Este princípio visa à proteção do núcleo essencial dos direitos (em especial dos direitos sociais) e evita a fraude à Constituição. Nesse sentido, a proibição de retrocesso confere também operatividade aos direitos fundamentais (SARLET, 2005, p. 412-439).

Entre os fundamentos do princípio da proibição do retrocesso estão o paradigma do Estado constitucional de direito (que impõe a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica) e os princípios da dignidade da pessoa humana (os direitos fundamentais explicitam, em princípio e de maneira variável, a dignidade humana – exigência de existência condigna a todos –, de modo que em cada um deles se faz presente seu conteúdo ou sua projeção), da máxima eficácia atribuída às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º) e de algumas manifestações específicas do texto constitucional (como a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) (SARLET, 2005, p. 426-8).

Entretanto, tal proteção não pode assumir um caráter absoluto. O ponto essencial é saber até que ponto o legislador pode voltar atrás no tocante à efetivação de direitos, em particular de direitos sociais. Nesse sentido, importa referir a experiência da Corte Constitucional Colombiana. Esta adotou, até consolidar a sua jurisprudência, três posições frente ao problema. A primeira tese, radical, tendia a valorizar o princípio democrático, de acordo com a qual as autoridades políticas possuem ampla liberdade para modificar as políticas no campo social. A segunda tese, oposta, mas também radical, interpretava a proibição do retrocesso de forma absoluta, vedando qualquer alteração legislativa que visasse à redução das garantias sociais. Por fim, a terceira tese, intermediária, atribuía força ao princípio da proteção de retrocesso sem,

todavia, petrificar a legislação. Esta posição, que acabou preponderando, estimula a participação democrática e obriga as autoridades a justificar, de forma pública e convincente, os eventuais retrocessos (nesse sentido, é importante não confundir a concretização legislativa dos direitos com a manutenção dos níveis gerais de proteção alcançada pelo Estado Social). Assim, para a Corte Constitucional Colombiana: (a) para ser válida, a medida regressiva deve ser satisfatoriamente justificativa; e (b) a justificação da medida de retrocesso deve ser mais forte que aquela que prevê a ampliação dos direitos sociais (estas devem apenas ser razoáveis, enquanto aquelas necessitam passar pelo teste de proporcionalidade estrito) (UPRIMNY; GUARNIZO, 2006).

De acordo com Sarlet, o retrocesso, mesmo em matéria de direitos sociais, (a) não pode afetar o núcleo da norma, desfigurando o direito constitucionalmente assegurado, (b) deve contar com uma justificativa constitucional, (c) não pode violar a dignidade humana, tampouco (d) o conteúdo mínimo existencial para uma vida digna. Da mesma forma que os direitos fundamentais que, como vimos, são constituídos historicamente, o conteúdo do que seja necessário para que se leve uma vida minimamente digna altera-se com o tempo, lugar, cultura (2005, p. 432-9).

Entretanto, esta abertura não pode representar uma capitulação à ideologia neoliberal, sustentadora de um modelo de Estado mínimo, certamente incompatível com o conteúdo de nossa constituição. Nesse sentido, razão assiste a Streck e Moraes, quando referem que “estamos num ponto de não-retorno”, de modo que não “há como pensar-se em uma colta às bases do Estado Mínimo” (2004, p.143).

Importa referir, finalmente, que nas últimas três décadas ocorre, na seara política, a ascensão de uma nova onda liberal que, ao coincidir com a derrocada dos regimes socialistas reais, atinge a garantia dos direitos fundamentais – especialmente os sociais – postas pelo Estado constitucional de direito. Prega-se o retorno ao ideal de Estado mínimo, não-intervencionista ou *neutro*. Este processo terá consequências distintas nos diferentes países, mas certamente contundentes em locais como o Brasil, onde, como vimos no primeiro capítulo, o progresso não foi nunca generalizado ao grosso da população, o que resultou em uma realidade social extremamente desigual. Em outras palavras, não houve aqui Estado social. Nesse sentido, refere Streck que

O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi [...] pródigo (somente) para as elites, enfim, para

as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia [...] (STRECK, 1999, p. 22).

No mesmo sentido, afirma José Luis Bolzan de Moraes que [...] o descompasso histórico em face das promessas características desta fase histórica explicita a convivência entre a “(super)inclusão” e a “(super)exclusão” de (amplios) setores sociais, exigindo que os operadores do direito compreendam a inviabilidade de sustentarem suas práticas em teorias gerais e conceitos universais, peculiares à tradição moderna, hoje insuficientes para dar conta da complexidade contemporânea e ultrapassadas em sua tentativa de apreender o mundo coisificando-o (2007, p. 94).

Por fim, Carrion refere que a institucionalização da democracia no Brasil, comprometida com as heranças do passado, foi precária e limitada. Ressalta ser necessário, principalmente, “dar efetividade à Constituição de 1988, sobretudo a sua 'virtualidades modernizantes'” (1997, p. 120). Nesse sentido, as mudanças – especialmente as produzidas no texto constitucional – que possam implicar em retrocesso devem ser avaliadas de modo a evitar uma possível *fraude à Constituição* (CARRION, 1997, p. 108-123).

2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Kymlicka (2006) descreve um retrato tradicional, de acordo com o qual os princípios da liberdade e da igualdade são postos em uma linha. À esquerda, ficam as pessoas que acreditam na ideia de igualdade e endossam algum tipo de socialismo. À direita, aquelas que defendem a liberdade, filiando-se ao ideal do capitalismo de livre mercado. Em algum ponto entre estes dois extremos encontram-se, segundo o autor, os liberais, que acreditam na mistura entre os ideais de liberdade e igualdade, defendendo uma espécie de capitalismo de bem-estar social.

Embora essa paisagem represente certa verdade na tradição ocidental, é cada vez mais inadequada, pois ignora questões importantes. Por exemplo, que as visões de liberdade e igualdade são representadas a

partir de esferas tradicionalmente dominadas pelo homem branco, europeu, proprietário e cidadão. Nesse sentido, uma teoria sobre a igualdade adequada do ponto de vista das questões relativas a temas como, por exemplo, gênero e raça, deve envolver considerações simplesmente ignoradas no tradicional debate esquerda-direita, revelando a estreiteza do retrato tradicional (KYMLICKA, 2006).

Outro ponto que necessita igualmente de revisão, para Kymlicka, refere-se ao fato de que, muito embora as teorias de direita e de esquerda possuam valores fundamentalmente diferentes - igualdade e liberdade -, esta dicotomia simplesmente não pode ser superada racionalmente:

Não há [...] nenhuma maneira de argumentar a favor da igualdade em detrimento da liberdade, ou da liberdade em detrimento da igualdade, já que esses são valores fundamentais, sem nenhum valor ou premissa superior ao qual ambos os lados possam recorrer conjuntamente (KYMLICKA, 2006, p. 03).

Kymlicka refere Dworkin, para quem as teorias políticas modernas não aderem a valores fundamentais diferentes. Todas têm o mesmo valor fundamental: a igualdade. A “ideia de que cada pessoa tem importância igual está na essência de todas as teorias políticas plausíveis” (KYMLICKA, 2006, p. 06). No limite, encontra-se a ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas de modo igual. O que de fato ocorre é que existem diversas maneiras de expressar esse conceito básico de igualdade: enquanto para uns a igualdade de renda ou riqueza é pré-condição para o igual tratamento das pessoas, outros acreditam que essa pré-condição encontra-se sobre o próprio trabalho e a propriedade. Portanto, o objeto de debate entre as teorias seria o tipo específico de igualdade exigida por cada uma delas: cada uma delas buscando “definir as condições sociais, econômicas e políticas sob as quais os membros das comunidades são tratados como iguais” (KYMLICKA, 2006, p. 06).

Portanto, não se trata de aceitar ou refutar a igualdade, mas de interpretá-la. “Assim, a ideia de um patamar igualitário para a argumentação política é potencialmente mais capaz de acomodar a diversidade e a unidade da filosofia política contemporânea”, sendo um dos objetivos centrais “da filosofia política (...), avaliar teorias rivais de justiça para avaliar a força e a coerência de seus argumentos a favor da correção de suas visões. (...) A justiça é antes uma questão de

interpretação cultural do que argumentação filosófica” (KYMLICKA, 2006, p. 07-10).

2.3.1 A abordagem garantista da igualdade

Muito embora a inspiração política da teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2006, 2007a, 2007b) liberal, sua postulação o afasta do liberalismo clássico, pois dissocia liberdade de propriedade e associa aos direitos de liberdade os sociais, civis e políticos (CADEMARTORI, S. 2006).

Do mesmo modo como em relação ao conceito de direitos fundamentais, para Ferrajoli a teoria do direito pode apenas oferecer uma definição formal para a igualdade. Nesse sentido, é incapaz de responder a essas questões sobre o seu conteúdo, muito embora possa eventualmente contribuir para a identificação de quem são os iguais o que sejam. A interpretação substancial, por sua vez, dar-se-á com base nos concretos ordenamentos jurídicos (2007a, p. 785).

Para o autor, a igualdade jurídica “não será nunca outra coisa que a idêntica titularidade e garantia do mesmo direitos fundamentais independentemente do fato”⁵⁷ (FERRAJOLI, 2001, p. 82 – tradução nossa). A igualdade formal está relacionada às diferenças que formam a identidade de cada um e a igualdade substancial, às desigualdades (produzidas pela diversidade dos direitos patrimoniais). A igualdade pode resultar inefetiva tanto em sua dimensão formal quanto como garantia dos mínimos substanciais, em razão das múltiplas discriminações (lesões fáticas) que se podem sofrer em matéria de direitos fundamentais. Estas discriminações, justamente, que seriam desigualdades antijurídicas. São elas que devem ser analisadas e reconhecidas como produto ilegítimo da ordem social e cultural.

A concepção garantista da igualdade está relacionada ao que Ferrajoli chama de “ponto de vista externo”. Este é o ponto de vista das pessoas, entendidas em suas específicas e diversas identidades. Nesse sentido, tendo em vista que existe uma *pluralidade* de pontos de vista externos, de valores, compreende-se a ideia de *tolerância*, que consiste na atribuição de igual valor a cada pessoa. Contrariamente, *intolerância* é o desvalor face a uma pessoa por força de sua específica identidade (FERRAJOLI, 2006).

⁵⁷ (“no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad e garantía de los mismos derechos fundamentales independentemente del hecho”).

Segundo Ferrajoli (2006), o primado do valor da pessoa (expresso pela garantia dos direitos fundamentais) e o princípio da tolerância constituem o conceito de *igualdade jurídica*. Trata-se este de um princípio complexo, com dois sentidos distintos, ao incluir, de um lado, as diferenças pessoais, e excluir, de outro, as diferenças sociais.

O primeiro sentido de igualdade corresponde à igualdade formal e é o *valor associado a todas as pessoas indistintamente*. Trata-se da *igualdade perante a lei*. Representa a atribuição de igual valor a todas diferentes identidades, considerando “qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros” e “qualquer indivíduo uma pessoa como as outras” (FERRAJOLI, 2006, p. 834). A tolerância manifesta-se, nessa primeira acepção, no respeito às diferenças. É assegurada pelos direitos de liberdade (direitos de), que, como já referimos, correspondem as garantias negativas, ou deveres públicos de não fazer:

Consistindo os direitos fundamentais nos direitos conferidos a todos enquanto pessoas e/ou cidadãos e/ou capazes de agir, a igualdade jurídica entre pessoas e, de outra parte, entre cidadãos e entre capazes de agir consiste na igualdade nos direitos fundamentais, que são precisamente os direitos assegurados em igual medida e estas três classes de sujeitos pela quantificação universal da esfera de seus titulares⁵⁸ (FERRAJOLI, 2007a, p. 786 – tradução nossa).

Da identificação da igualdade jurídica com a forma universal dos direitos que são definidos como fundamentais, derivam duas consequências. A primeira corresponde ao fato de que as dimensões da igualdade dependem da classe de sujeitos (acima mencionadas) a que se refere. De outra parte, dependem da “quantidade de direitos a elas reconhecidos e garantidos de forma universal⁵⁹” (FERRAJOLI, 2007a, p. 788 – tradução nossa).

Para o autor italiano, a igualdade jurídica encerra-se aqui: “para além dos direitos fundamentais, as pessoas são todas, e em tudo,

⁵⁸ (“Consistendo i diritti fondamentali nei diritti conferiti a tutti in quanto persone e/o cittadini e/o capaci d’agire, l’uguaglianza giuridica tra persone e, per altro verso, tra cittadini e tra capaci d’agire consiste nell’uguaglianza nei diritti fondamentali, che sono appunto i diritti assicurati in egual misura a queste tre classe di soggetti dalla quantificazione universale della sfera dei loro titolari”).

⁵⁹ (“[...] dalla quantità dei diritti ad essi riconosciuti e garantiti in forma universale”).

diferentes umas das outras⁶⁰” (FERRAJOLI, 2007a, p. 789 – tradução nossa). A diversidade decorre de pressupostos fáticos – sexo, raça, religião, condição socioeconômica, etc. – e de pressupostos de direito – pense-se nos direitos patrimoniais e na diversidade de seus titulares. No que tange ao último tipo, as diferentes posições de poder e sujeição refletem-se inevitavelmente em alguma desigualdade. Contudo, não deve atingir níveis intoleráveis, de modo a limitar as liberdades e a igualdade e afetar o pleno desenvolvimento da pessoa humana e sua participação na vida pública. Nesses casos, as desigualdades devem ser compensadas a partir de políticas que efetivem os direitos sociais (FERRAJOLI, 2007a, p. 790).

A segunda consequência da identificação da igualdade jurídica com a forma universal dos direitos definidos como fundamentais é a distinção entre diferença, desigualdade e discriminação. As diferenças constituem aspectos naturais ou culturais que especificam e individualizam as pessoas, sendo tuteladas pelos direitos fundamentais. As desigualdades, de sua parte, possuem natureza econômica e social e origem nas distintas titularidades de direitos patrimoniais. Nesse sentido, as diferenças, que formam as diversas identidades, devem ser valorizadas e tuteladas pelo direito, de modo a impedir discriminações e privilégios; as desigualdades devem ser removidas, de modo a garantir níveis mínimos de igualdade material. Portanto,

o princípio da igualdade pode ser caracterizado como um princípio complexo que impõe a tutela das diferenças através dos direitos individuais e dos conexos espaços de *liberdade* e de *autonomia*, e a redução das desigualdades excessivas e intoleráveis através dos direitos sociais e das relações de *solidariedade*⁶¹ (FERRAJOLI, 2007a, p. 790 – tradução nossa).

Este último caso trata-se do segundo sentido de igualdade – igualdade material ou substancial –, que consiste no desvalor associado às diferenças oriundas da ordem econômica e social, que limitam *de fato* a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno

⁶⁰ (“*A parte i diritti fondamentali, le persone sono tutte, e in tutto, diverse l'una dall'altra*”).

⁶¹ (“*Il principio di uguaglianza può essere perciò caratterizzato come un principio complesso che impone la tutela delle differenze per il tramite dei diritti individuali e dei conesse spazi di libertà e di autonomia, e la riduzione delle disuguaglianze eccessive e intollerabili per il tramite dei diritti sociale e delle conesse relazioni di solidarietà*”).

desenvolvimento da pessoa humana. As diferenças geram, neste caso, privilégios e discriminações sociais, deformam a identidade e determinam a desigualdade. O limite entre a tolerância e a intolerância é, neste caso, bem mais difícil de ser delineado. A igualdade substancial é garantida pelos direitos sociais (direitos a) (FERRAJOLI, 2006).

Em ambos os casos, o princípio da igualdade é um *princípio normativo e manifesta um juízo de valor* (reconhecimento de que os homens são diversos). A normatividade opera de modo diverso nos dois casos: no primeiro, que corresponde a uma expectativa negativa, as pessoas devem se considerados iguais apesar de serem de fato diversas (*meta-direito individual*); já a igualdade substancial que corresponde a uma expectativa positiva, de acordo com a qual as pessoas devem ser tratadas tão iguais quanto possível e o fato de serem social e economicamente desiguais deve ser considerado (*meta-direito social*). Como já referido, chama-se *diferença* as diversidades no primeiro caso e *desigualdade* as diversidades no segundo. As primeiras devem ser reconhecidas para que sejam respeitadas e garantidas; as últimas também devem ser reconhecidas, mas para que sejam removidas ou compensadas (muito embora nem todas as desigualdades sejam anti-jurídicas). Em qualquer dos casos, a igualdade deve ser reconhecida *como igualdade nos direitos fundamentais* (entendidos estes como técnicas de acordo com as quais a igualdade é assegurada ou promovida) (FERRAJOLI, 2006, 2007a).

A igualdade jurídica, pois, consiste em um *dever ser* que pode, em diversos graus, resultar sem eficácia, em decorrência das discriminações que ocorrem e violam os direitos fundamentais. Ferrajoli (2001, 2007a), nesse sentido, distingue quatro possíveis modelos de tratamento das diferenças que indicarão, conseqüentemente, quatro modelos de configuração da igualdade:

- a) a *indiferença jurídica das diferenças*: nesse caso, as diferenças não são valoradas nem positiva nem negativamente, não são tuteladas nem reprimidas: simplesmente são ignoradas. Trata-se de um paradigma tendencialmente anarquista que coincide com a ausência do direito e de direitos (em suas formas mais extremas). De toda forma, realiza-se nas sociedades paleoliberais, nas quais encontra-se presente o caráter mínimo do direito e dos poderes do Estado (esfera pública) e o livre jogo do mercado. O destino das diferenças é confiado às relações de força (poder político, mercado) (FERRAJOLI, 2001, 2007a);

- b) a *diferenciação jurídica das diferenças*: consiste na hierarquização das identidades. De um lado, têm-se alguns *status* privilegiados, fonte de direitos e deveres, origem de falso universalismo modelado unicamente sobre sujeitos privilegiados. Outras (mulher, negro, estrangeiro, etc.), por outro lado, são valoradas negativamente e assumem *status* discriminatório, fonte de exclusão e de sujeição e, por vezes, de perseguição. É o paradigma dos ordenamentos de castas ou classes de experiências jurídicas mais arcaicas, mas também o da origem da modernidade, quando igualdade e direitos universais aparecem pensados unicamente para o sujeito macho, branco e proprietário (FERRAJOLI, 2001, 2007a);
- c) a *homologação jurídica das diferenças*: as diferenças são valoradas e negadas. Isso não significa, como no modelo anterior, que umas sejam valoradas positivamente e outras negativamente: neste modelo, as diferenças são desvalorizadas e ignoradas em nome da abstrata afirmação da igualdade. Homologação, neutralização e assimilação geral das diferenças. Trata-se do modelo dos ordenamentos liberais – bem como dos socialismos reais e burocráticos –, que assumem como normal e normativa a parcialidade do padrão de identidade universalizado. As diferenças são, pois, desconhecidas ou mascaradas, muito embora, no plano jurídico a igualdade possa estar assegurada. As diferenças, neste caso, são penalizadas por força dos fatos, precisamente porque ocultadas pelo direito. Este é a concepção dominante no pensamento político clássico (FERRAJOLI, 2001, 2007a); e
- d) a *igual valoração jurídica das diferenças*: fundamenta-se no princípio normativo de igualdade nos direitos fundamentais e no sistema de garantias apto a assegurar sua efetividade. Do primeiro, este modelo diferencia-se, pois garante a todos sua livre afirmação e desenvolvimento, não abandonando os sujeitos ao jogo da lei do mais forte. Do segundo, porque não privilegia nem discrimina nenhuma diferença, assumindo todas com igual valor e prescrevendo igual respeito e tratamento. Por fim, distingue-se do terceiro modelo, uma vez que não desconhece as diferenças, mas as reconhece e as valoriza como formadoras da identidade das pessoas, enquanto fontes de amor próprio e de sentido da própria autonomia nas relações com os

demais (FERRAJOLI, 2001, 2007a). Desse modo, “a igualdade no direitos fundamentais resulta assim configurada como o igual direito de todos à afirmação e à tutela da própria identidade”⁶² (FERRAJOLI, 2001, p. 76 – tradução nossa).

Ferrajoli (2001, 2007a) salienta que a igualdade sempre (desde a antiguidade clássica até o iluminismo) fora considerada com base em argumentos de fato. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda que o padrão fosse o masculino, branco e proprietário, a igualdade passou a ser reconhecida como princípio normativo. A igualdade considerada *normativamente* produz consequências de não pequena importância. Como norma, hoje constitucional, deve ser respeitada e sancionada. A diferença, por outro lado, tem caráter *descritivo*, uma vez que reconhece que entre as pessoas, de fato, existem diferenças e que são elas que constituem a identidade de cada um. Desse modo, são as diferentes identidades que devem ser tuteladas pelo princípio da igualdade.

Portanto, em suma,

“*Igualdade*” é um termo normativo que exprime uma convenção: não diz que sejamos iguais, mas que convém que, precisamente porque somos diferentes, *devemos* ser considerados e respeitados como iguais; e que, sendo esta uma norma, não basta enunciar-la, mas deve-se observá-la e sancioná-la. “*Diferença*”, por sua vez, é um termo descritivo: quer dizer que de fato, entre as pessoas, *existem* diferenças, que a identidade de cada pessoa é dada precisamente pelas suas diferenças, e que são assim as suas diferenças que serão protegidas, respeitadas e garantidas em fidelidade ao princípio da igualdade⁶³ (FERRAJOLI, 2007a, p. 797 – tradução nossa).

⁶² (“[...] *la igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad*”).

⁶³ (“‘Ugualianza’ è un termine normativo che esprime una convenzione: non dice che siamo uguali, ma che si conviene che, proprio perché siamo differenti, dobbiamo essere considerati e rispettati come uguali; e che, essendo questa una norma, non basta enunciarla ma occorre osservarla e sancionarla. ‘Differenze’, invece, è un termine descrittivo: vuol dire che di fatto, tra le persone, ci sono differenze, che l’identità di ogni persona è data precisamente dalle sue differenze, e che sono dunque le sue differenze che vanno tutelate, rispettate e garantite in ossequio al principio di ugualianza”).

As diferenças, naturais ou culturais, são caracteres particulares que especificam e individualizam as pessoas e devem ser protegidas pelos direitos fundamentais. Já as desigualdades, sociais ou econômicas, são distinções produzidas pela diversidade dos direitos patrimoniais dos sujeitos. As primeiras formam as *identidades*, tuteladas e garantidas frente às discriminações e privilégios; as segundas, as diversas esferas jurídicas, combatidas ou compensadas a partir de níveis de igualdade substancial assegurados para a satisfação dos direitos fundamentais sociais. A elaboração teórica e a realização prática das garantias idôneas para remover as discriminações (desigualdades antijurídicas, produto ilegítimo da ordem social e cultural) deve ser o principal objetivo de qualquer política democrática de direito (FERRAJOLI, 2001, 2007a).

A igualdade, portanto, consiste no igual valor das diferenças como caracteres constitutivos das identidades de cada indivíduo e assegurados de forma universal pelos direitos fundamentais. Pode-se dizer, em outras palavras, que o princípio da igualdade consiste no igual direito de se ter uma identidade diferente. Nesse sentido, as identidades que constituem os diversos grupos sociais devem ser reforçadas, precisamente porque formadoras das identidades, pelo conjunto de garantias jurídicas (FERRAJOLI, 2001).

Com efeito, Ferrajoli (2001) salienta que é na distribuição dos recursos sociais onde os direitos das minorias são violados e são opostos os obstáculos sociais e culturais que as penalizam, evidenciando o alcance discriminatório da igualdade enquanto homologação ou assimilação (da identidade ideal). Nesse sentido, as garantias contra a violação da igualdade devem levar em conta a existência das barreiras e considerar o modo como as discriminações operam na sociedade.

As garantias contra a violação da igualdade podem ser, de acordo com Ferrajoli (2001, 2007a), de três tipos. Em primeiro lugar, o princípio da igualdade determina que a irrelevância das diferenças como fonte de discriminação ou privilégios. Esta estratégia almeja impedir o surgimento das desigualdades.

O segundo tipo, por sua vez, considera que as diferenças possuem relevância enquanto fontes de discriminação ou privilégio. As garantias desse tipo são previstas com a finalidade de denunciar, desnaturalizar, evidenciar, as diferenças⁶⁴. Considerando que políticas de diferença devem ser políticas do direito, trata-se do estabelecimento de uma regra

⁶⁴ Constituem as chamadas ações afirmativas (ações positivas, nos termos do jurista italiano), objeto de análise do próximo capítulo.

(transitória) de atuação do princípio normativo da igualdade, derivada do conceito de igualdade substancial (FERRAJOLI, 2001, 2007a).

A existência de direitos específicos de minorias não coloca o conceito jurídico do princípio da igualdade em crise. Com efeito, se as desigualdades observadas entre os indivíduos pertencentes aos diferentes grupos é resultante da aplicação de uma regra que “seleciona positivamente quem se conforma ao modelo normativo dominante e negativamente quem não se conforma, justifica-se uma outra regra que selecione positivamente a diferença discriminada⁶⁵” (FERRAJOLI, 2007a, p. 798 – tradução nossa).

Finalmente, o terceiro tipo de garantias refere-se aos casos em que a diferença justifica um tratamento distinto toda vez que um tratamento igual penalize a auto-determinação ou a identidade do indivíduo. Este último conjunto de garantias liga-se ao princípio contra-majoritário, de modo que a nenhuma maioria é legítimo decidir por todos, especialmente quando debatidos interesses específico de identidades minoritárias (FERRAJOLI, 2001, 2007a).

Portanto, a partir do exposto, o princípio da igualdade reafirma-se em um sentido mais complexo do que aquele meramente formal, em decorrência da consideração das diferenças e de suas implicações para uma igual e efetiva valorização das diversas identidades. Somos iguais precisamente porque o somos em todos os direitos relacionados às nossas distintas identidades (FERRAJOLI, 2001). Prossegue o autor:

Em sentido cognitivo, ou seja, compreendida como fato, a igualdade é falsa. Em sentido prescritivo, ou seja, como valor, exprime por sua vez um ideal limite, nunca plenamente realizado e, contudo, progressivamente realizável, onde o princípio seja levado a sério, graças à percepção, à desvelamento e à contestação de suas violações⁶⁶ (FERRAJOLI, 2007a, p. 800-1 – tradução nossa).

⁶⁵ (“[...] *seleziona positivamente chi si conforma al modelo normativo dominante e negativamente chi ad esso non si conforma, allora si giustifica un'altra regola che selezioni positivamente la differenza discriminata [...]*”).

⁶⁶ (“*In senso cognitivo, ossia intesa come fatto, l'ugualianza è comunque falsa. In senso prescritivo, ossia come valore, essa esprime invece un ideale limite, mai pienamente realizzato e tuttavia progressivamente realizzabile, ove il principio sia preso sul serio, grazie alla percezione, allo svelamento e alla contestazione delle sue violazioni*”).

Para o autor, está claro que nenhum mecanismo jurídico garantirá por si só a igualdade, por muito que seja reformulado em função da valorização das diferenças. Nesse sentido, a igualdade será sempre uma utopia jurídica, continuamente violada enquanto subsistirem as razões sociais, econômicas e culturais que sustentem o domínio do homem, branco e proprietário, sobre as mulheres, os não-brancos e os não-proprietários. Mas isso, destaca Ferrajoli (2001), não diminui em nada o seu valor normativo.

2.3.2 O conteúdo jurídico do princípio da igualdade

Conforme referido na seção 2.1, o primeiro modelo de Estado de direito ocupou-se da garantia da liberdade, entendida em sua dimensão negativa, de não-intervenção dos poderes do Estado na vida dos indivíduos. Assim, a afirmação dos princípios liberais representa o igual tratamento de todos os membros da comunidade. A liberdade é, nesse sentido, considerada o igual gozo da liberdade, compreendida no sentido de que todos os indivíduos devem ter iguais porções de liberdade (BOBBIO, 1992, p. 70).

A concepção de igualdade, ainda que formalista, torna-se insuficiente quando considerados os direitos políticos e sociais, que devem necessariamente considerar que, entre todos os indivíduos, existem diferenças, relevantes para fins de concretização dos direitos. Assim, por exemplo, o direito ao voto, por muito tempo restringido em relação às mulheres e mesmo hoje não foi estendido aos menores, ou o direito à saúde, que demanda diferentes tratamentos ou nenhum, de acordo com as condições específicas. Portanto, “igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme estejam em questão direitos de liberdade ou direitos sociais” (BOBBIO, 1992, p. 71).

Analisaremos nesta subseção o posicionamento de alguns constitucionalistas em relação ao princípio da igualdade.

Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 373-5), o constitucionalismo brasileiro somente pode ser compreendido se considerados a teoria direitos fundamentais, o princípio da igualdade e os instrumentos processuais de garantia dos dois anteriores. A constituição de 1988 concedeu à concretização dos direitos sociais peso especial, convertendo a igualdade no mais alto valor do sistema jurídico, especialmente em matéria de interpretação de direitos fundamentais.

No paradigma do Estado de direito que confere primazia aos direitos sociais, o princípio da igualdade converte-se, de acordo com o autor, no centro medular, compondo ao seu redor o eixo entorno do qual articula-se a concepção de Estado e os demais direitos (BONAVIDES, 2007, p. 376-7). Nesse sentido, a “igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável” (BONAVIDES, 2007, p. 378).

O exposto indica a superação da visão formal da igualdade jurídica, própria do Estado liberal, em favor de uma concepção material que materializa as liberdades clássicas (de todos ou de um maior número de indivíduos). Sua força normativa vincula intérpretes e legisladores. Com efeito, na “presente fase da doutrina, já não se trata [...] de uma igualdade 'perante' a lei, mas de uma igualdade 'feita' pela lei, uma igualdade 'através' da lei” (BONAVIDES, 2007, p. 365). Nesse sentido, a ideia do Estado como produtor de igualdade fática deve ser a guia da hermenêutica constitucional.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2007, p. 216) refere que o princípio da igualdade não pode mais ser interpretado apenas em sua dimensão individualista, sem considerar as diferenças fáticas existentes entre os diferentes grupos. A igualdade *perante a lei*, formal, dever abstrato de se conferir tratamento igual aos indivíduos, não é dirigida a pessoas absolutamente iguais, além de, ao eleger certos aspectos como niveladores, ignorar outros não menos relevantes. Ademais, a igualdade é sempre um conceito relativo. As pessoas são iguais em relação a certos aspectos e desiguais em relação a outros.

No paradigma de um Estado comprometido com a redução das desigualdades, este princípio – ao lado das demais garantias sociais – revela que aquelas não são apenas frutos dos fatos, mas também geradas ou mantidas por normas jurídicas. Desse modo, ao consagrar a igualdade *sem distinção de qualquer natureza* e em particular *sem distinção de origem, cor e raça* reconhece, *contrario sensu*, que as relações sociais brasileiras estão permeadas por preconceitos e discriminações de diversas origens. Entretanto, embora refira que o racismo remete-se a teorias que consideram a superioridade de uma raça, *cor e raça* são termos insuficientemente claros, tendo em vista a progressiva miscigenação (SILVA, 2007, p. 214-25).

Finalmente, refere que somente são constitucionais as discriminações autorizadas pela Constituição. A inconstitucionalidade com fulcro na isonomia, por sua vez, pode ocorrer de duas formas: (a)

atribuição de benefícios a pessoas ou grupos em detrimento de outras que se encontrem *na mesma situação* (trata-se da vedação de outorga de privilégios) e (b) imposição de qualquer sacrifício (obrigação, dever, ônus, sanção) a pessoas ou grupos, discriminando-as em relação às outras e outros em igual situação (SILVA, 2007, p. 227-9).

Canotilho, por sua vez, afirma que a igualdade perante a lei traduz-se na obrigação da igual aplicação do direito (pela administração, pelos tribunais e pelo legislador). Sua dimensão formal consiste em postulado de racionalidade prática, de acordo com o qual “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos” (CANOTILHO, s.d., p. 427). Todavia, essa configuração pode ter como consequência a permissão de discriminação quanto ao conteúdo, pois poderia justificar – como efetivamente o fez – tratamento igual e discriminatório a um conjunto de indivíduos com as mesmas características, a exemplo dos negros durante o período em que esse princípio conviveu com a escravidão.

Esse não é, para o autor, o conteúdo do princípio da igualdade presente nas constituições democráticas. Todavia, a clássica fórmula de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais tampouco contém critério substancial que permita a concretização da igualdade. Este, para o autor lusitano, “pode e deve considerar-se um princípio de justiça social” (CANOTILHO, s.d., p. 430), relacionado à ideia de concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos no texto constitucional. De outra parte, coaduna-se com a igual dignidade da pessoa humana, tanto para coibir tratamentos discriminatórios quanto para compensar a desigualdade de oportunidades e sancionar violações da igualdade por omissão (CANOTILHO, s.d., p. 429-1).

Celso Antonio Bandeira de Mello apresenta em monografia clássica uma análise formalista do conteúdo princípio da igualdade. Refere que a igualdade de todos perante a lei representa não apenas o nivelamento dos cidadãos diante da norma legal posta, como a imposição à própria lei, que não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Nesse sentido, afirma que a “lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (1998, p. 10), sendo interdito o tratamento desigual em situações equivalentes. O problema, entretanto, é saber quem são os iguais, quem são os desiguais

e em quais situações o tratamento desigual é juridicamente intolerável:
Em síntese,

qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia, que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídico diverso? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (MELLO, 1998, p. 11).

Inicialmente, afasta a ideia de que os critérios enunciados no art. 3º, IV, da CF (raça, sexo, cor, idade, entre outros), constituam barreira insuperável para a concretização da igualdade. A regra exposta pela constituição apenas explícita, segundo o autor (MELLO, 1998, p. 17-8), alguns traços que não podem ser utilizados para fins de discriminação, tendo em vista que a enumeração responde à constatação de que esses mesmos critérios foram base para comportamentos preconceituosos no passado. Nesse sentido, o dispositivo exposto indica a vedação de desigualdades fortuitas ou injustificadas.

Segundo Mello (1998, p. 17), “qualquer elemento residente nas coisas pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”, donde se conclui que não é no critério diferenciador que se deve buscar a violação da igualdade. Ademais,

as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*

Com relação à primeira questão – fator de discriminação – Mello apresenta dois requisitos. Primeiramente, a norma não pode singularizar de modo *presente e definitivo* um destinatário determinado, individual. Ao contrário, ela deve abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada. As regras gerais e as abstratas nunca poderão ofender o princípio da igualdade; já com relação às individuais e as concretas o caso particular deverá ser observado com maior cuidado. O

segundo requisito diz que o traço diferenciador adotado há de residir, necessariamente, na pessoa, situação ou coisa discriminada. Em outras palavras, “elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes” (MELLO, 1998, p. 23). O autor justifica a utilização deste para, segundo ele, afastar a utilização do *tempo* como elemento diferenciador, pois o tratamento diferente somente se justifica a partir de fatos ou acontecimentos distintos: duas situações iguais alojadas em tempos diferentes não podem sofrer tratamento diverso⁶⁷.

Após a investigação do critério discriminatório utilizado, o próxima questão é analisar se há, em abstrato, correlação lógica entre este e a atribuição de tratamento jurídico distinto (lógica interna da norma instituidora de política de discriminação positiva). Nesse sentido, a

lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias particularizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada (MELLO, 1998, p. 39).

Finalmente, a pertinência lógica verificada em abstrato não pode conduzir à produção de efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses constitucionalmente protegidos. Mesmo assim, não será qualquer distinção que autorizará o uso de critério discriminatório: deve ser uma diferença relevante, importante, orientada de acordo com os interesses constitucionalmente protegidos. Afinal, “não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam denominador comum” (MELLO, 1998, p. 47-48).

⁶⁷ Continua Mello (1998, p. 35): “é simplesmente ilógico, irracional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização. Se os fatores externos à sua fisionomia são diversos (quais os vários instantes temporais) então, percebe-se, a todas as luzes, que eles é que se distinguem e não as situações propriamente ditas. Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas ou situações quando *nelas* não se encontram fatores desiguais. , por fim, consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta”.

De todo modo, a distinção, para ser válida, deve estar evidente, clara, na lei, sendo ofensiva à igualdade toda interpretação que extraia diferenciações ou desequiparações não expressamente assumidas pela norma ou pela interpretação harmônica do ordenamento (MELLO, 1998, p. 45-6).

Portanto, diante do exposto, para Mello (1998, p. 47-8) haverá ofensa ao princípio da igualdade quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

3 CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DAS COTAS RACIAIS

Nosso passado, não tendo sido o alheio, nosso presente não era necessariamente o passado deles, nem nosso futuro um futuro comum.

Darcy Ribeiro

No primeiro capítulo vimos os aspectos relativos à formação sócio-cultural brasileira, em especial no que tange à participação da população negra nesse processo. Vimos que foi a partir da chegada dos europeus às Américas que a escravização de negros expatriados da África sistematizou-se; que nesse período foi inventado o conceito de raça (uma suposta diferença biológica) e racismo (que associou a determinados grupos humanos uma carga negativa); que a não-extensão dos direitos civis à população negra não impediu que houvesse cruzamento entre as raças; que a interpretação dada à miscigenação – a democracia racial – ocultou o racismo sempre presente; e, por fim, que o racismo possui, ainda hoje, aspectos implícitos e explícitos, como demonstram os indicadores sociais apresentados.

O capítulo seguinte foi dedicado à análise do paradigma normativo que se entende vigente no Brasil, qual seja, o Estado constitucional de direito. O referido modelo consagra os direitos sociais e o objetivo do Estado em remover suas mais profundas desigualdades. Vimos ainda a centralidade dos direitos fundamentais nesse paradigma e uma interpretação normativa do princípio da igualdade condizente com suas aspirações.

Ribeiro sintetiza a crise fundamental vivida no Brasil no final da década de 1970 como o da “passagem de uma consciência ingênua – correspondente à percepção das condições reais como naturais, sagradas e inevitáveis – a uma consciência crítica, reflexo do entendimento da realidade como problema e como suscetível de mudança intencional” (RIBEIRO, 1980, p. 163). As décadas posteriores, que experimentaram a redemocratização do país, foram de luta para os movimentos sociais, que rompiam o silêncio imposto e lutavam pela garantia de seus direitos,

muitos dos quais vieram a ser consagrados no novo texto constitucional. Nesse sentido, Silvério (2004, p. 42-3) refere que o movimento negro realizou uma crítica profunda ao uso da mestiçagem do plano biológico para os planos sócio-jurídico e político, denunciado a discriminação racial e o racismo.

O abismo social existente hoje em países como o Brasil entre a população branca e a população negra não se deve necessariamente à formulação de políticas abertamente discriminatórias após a abolição da escravidão e a proclamação da república. O fato é que, de modo semelhante ao que ocorre em relação ao gênero⁶⁸ no período de afirmação de direitos (KYMLICKA, 2006, p. 304-17), no momento em que o ex-escravo adquire sua liberdade, todos os papéis e posições na ordem social competitiva já estavam marcados por preferências de cor. Assim, ainda que as políticas públicas tenham se mantido *neutras* em relação à raça, foram pensadas com base nos interesses e valores dos homens, brancos, proprietários e cidadãos.

Na América Latina devemos considerar a persistência de profundas desigualdades, fruto, em grande medida, da história colonial, que dizimou índios e escravizou negros, tendo como um de seus efeitos limitar o acesso dessas populações à oportunidades de educação. Essa limitação operou e opera de modo a manter relacionadas diferenças étnicas e raciais com piores indicadores sociais de renda, educação e acessos a outros serviços básicos.

A igualdade, propugnada como ideal político ou como princípio ético-jurídico, está longe de constituir um guia inequívoco para as ações. Conforme já destacado, sua tradicional fórmula de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é um conceito vazio e, talvez por isso mesmo, tão repetido e celebrado. Para sua aplicação prática é necessário estabelecer quando duas pessoas devem ser tidas como iguais e decidir em que consistirá o trato igual a ser dispensado. Essa recorrente dificuldade prática não evita, entretanto, que boa parte da humanidade se engaje em defesa da igualdade e no combate à discriminação (GUIBOURG, 1996).

⁶⁸ Kymlicka (2006, p. 313), ao se referir às teorias feministas, afirma que a “igualdade requer não apenas igual oportunidade de buscar papéis definidos por homens, mas também igual poder de criar papéis definidos por mulheres ou de criar papéis andróginos, que homens e mulheres tenham igual interesse em preencher”. De forma análoga pensamos que o exposto pode ser aplicado às questões relativas à raça.

A luta pela igualdade não significa “ausência ou eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração” (SCOTT, 2005, p. 15). É a partir desse contexto – de manutenção das desigualdades, mas também de afirmação dos direitos fundamentais – que se insere o debate sobre as políticas públicas de promoção da igualdade.

Nesse sentido, o objetivo do presente capítulo é confrontar, a partir dos processos excludentes apresentadas na primeira parte do trabalho e da concepção de igualdade formulada na segunda, as propostas de implementação das políticas de ação afirmativa, em especial em sua modalidade de cotas raciais para o acesso ao ensino superior.

Para tanto, iremos inicialmente apresentar o conceito dessas políticas e breve histórico de experiências de implementação. No ponto seguinte, serão relatadas experiências de políticas de ação afirmativa no Brasil, bem como a compatibilidade dessas políticas com o ordenamento jurídico pátrio. Finalmente, à luz do exposto nos dois capítulos precedentes, serão investigadas as principais objeções a estas políticas e formulada uma resposta constitucionalmente adequada.

3.1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PROPOSTA PARA A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE

O debate constitucional sobre o princípio da igualdade vem recebendo, especialmente a partir de meados dos anos 1990, crescente atenção por parte dos juristas e da sociedade. Esse fato coincide com a entrada em pauta das políticas de ação afirmativa. Como refere Rios, seja a perspectiva que se adote – história, sociológica, estatística, antropológica, psicológica – não existem consensos sobre o tema (2008, p. 155). No âmbito jurídico, a introdução de ações afirmativas acende a possibilidade, a medida e os limites de concretização do princípio constitucional da igualdade.

3.1.1 Conceito e objetivos

O pressuposto das políticas de ação afirmativa remete-se à percepção de que um conjunto de práticas sociais, comissivas ou omissivas, em determinada sociedade impediu o acesso de indivíduos pertencentes a certos grupos à categoria universal da igualdade, em sua

concepção formal. O objetivo dessas medidas seria a remoção dos obstáculos identificados, no sentido da efetivação dos direitos fundamentais. Portanto, entende-se que, para que todos os membros de determinada sociedade sejam tratados individualmente como iguais, é necessário que o sejam enquanto pertencentes a um grupo social (discriminado com base em atributos como raça, gênero, religião, sexualidade, entre outros) (SCOTT, 2005, 22-3).

Nesse sentido, é, desde o princípio, uma política paradoxal, visto que, para remover os obstáculos que impedem certa categoria de sujeitos de levar a vida minimamente de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade, justamente o aspecto destacado é a diferença. De acordo com Scott (2005, 23-4),

[n]ão havia outra escolha. Os termos do contrato liberal referem-se a indivíduos. A ficção do indivíduo abstrato, desencorporado é uma grande virtude da teoria democrática liberal; foi feita para garantir a igualdade completa perante a lei. Na sociedade, entretanto, os indivíduos não são iguais; sua desigualdade repousa em diferenças presumidas entre eles, diferenças que não são singularmente individualizadas, mas tomadas como sendo categóricas. [...] O problema tem sido que “o indivíduo”, apesar de todas as suas possibilidades de inclusão, tem sido concebido em termos singulares e sido representado tipicamente como homem branco. Para qualificar-se como indivíduo, uma pessoa tem que demonstrar alguma semelhança com essa forma singular.

A ação afirmativa busca, por meio da força de uma política governamental, garantir o acesso de indivíduos pertencentes a certos grupos sociais a espaços para os quais haviam sido anteriormente rejeitados, como razoáveis níveis de renda ou educação qualificada (SCOTT, 2005, 26).

De acordo com Menezes, as ações afirmativas consistem no “conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, de prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas (2001, p. 27).

Para Flávia Piovesan, as políticas de ação afirmativa são medidas compensatórias que visam cumprir uma finalidade essencial para o regime democrático: efetivar a diversidade e pluralidade social. Entre seus fundamentos está a crença de que o respeito à diferença complementa o princípio da igualdade. Nesse sentido, refere que

as ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva (2006, p. 40-1).

Gomes, por sua vez, considera tratar-se a ação afirmativa de um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais com a educação e o emprego (2001, 2005, p. 94).

Em sua primeira fase, ressalta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a ação afirmativa era concebida como um *mero encorajamento* para fossem considerados, em situações específicas (como nas decisões sobre acesso à educação e ao trabalho), fatores então tidos como irrelevantes, como raça e gênero, buscando uma reflexão mais fiel da composição da sociedade em seus diversos setores (GOMES, 2003, 2005).

Constatada a ineficácia de tais *recomendações*, buscou-se em um segundo momento a realização da igualdade por métodos mais radicais,

como as cotas rígidas⁶⁹. Nesta fase, além da manutenção das garantias do período anterior, busca-se combater os mecanismos (flagrantes ou nem tanto) por meio dos quais as diferentes sociedades alijaram ou alijam determinados grupos da ordem social competitiva e da vida social digna (GOMES, 2003, 2005).

Nesse sentido, Gomes considera as supracitadas políticas como a mais avançada tentativa de concretização do princípio da igualdade. Trata-se de uma forma jurídica para superar o isolamento social em que se encontram certos grupos e representam uma transformação no modo de conceber a aplicação dos direitos, em especial os de caráter fundamental (2003, 2005).

Rios, de sua parte, entende que o conceito de ação afirmativa, considerando que, em seu decurso histórico, esteve originalmente associada ao benefício de grupos raciais em situação de desvantagem social (normalmente associada à processos discriminatórios passados, como a previsão legal da escravidão), refere-se ao conjunto de medidas racialmente conscientes. Com a disseminação de sua aplicação em outras searas, observa que o conceito foi expandido, referindo hoje ao “uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual” (2008, p. 158).

No que tange aos seus objetivos, Gomes refere que as políticas públicas de ação afirmativa visam metas que as regras meramente proibitivas da discriminação não alcançam. Dentre outras, destaca: (a) concretizar o ideal de igualdade (de oportunidades); (b) transformar a ordem cultural, pedagógica e psicológica, de modo a modificar o imaginário de superioridade de uma raça, gênero ou qualquer condição sobre as demais; (c) eliminar os efeitos da discriminação do passado perpetuados no presente (discriminação estrutural); (d) incremento da diversidade e representatividade de todos os grupos, especialmente os minoritários, nos diversos espaços da vida pública e privada, erradicando certas barreiras *artificiais* e *invisíveis* que impedem ou dificultam a fruição de uma vida digna; e (e) criar personalidades emblemáticas, para que seja sinalizado aos mais jovens que inexistência

⁶⁹ Tal mudança de postura deve-se, no entendimento de Dworkin (2000, p. 440) à percepção de que não foi possível reformar a consciência racial por meios racialmente neutros. Essa afirmação pode ser repetida em relação ao gênero, às deficiências, etc.

de barreiras intransponíveis para a realização de seus desejos (2003, 2005).

Em suma, a implementação representa a superação da posição de neutralidade do Estado frente às desigualdades sociais (reconhecidas oficialmente). Este, ao elaborar suas políticas, passa a considerar fatores como sexo, raça, etnia e origem, não mais para marginalizar, como no passado, mas sim para evitar a perpetuação de desigualdades históricas e promover a inclusão desses grupos. Nesse sentido, por meio do respeito à diversidade e ao pluralismo, quer-se operar a transformação da mentalidade coletiva, impregnada pela tradição e pelos costumes.

3.1.2 Experiências comparadas: ações afirmativas nos Estados Unidos

Atribui-se o pioneirismo do uso dessas políticas aos Estados Unidos da América, muito embora tenham ocorrido experiências anteriores em outros países⁷⁰. Efetivamente, foi o primeiro país considerado de “primeiro mundo” a incorporá-las em suas políticas públicas, sendo, especialmente a partir desse país que essas políticas ganham projeção em termos globais. A inauguração da política de cotas nos Estados Unidos trouxe a tona aspectos centrais da discussão das ações afirmativas nos planos jurídico, filosófico e social, portanto, não se pode ignorar a bagagem histórica e o conteúdo acumulado na sociedade americana sobre o tema, já que análises que somente agora começam a ser realizadas no Brasil, lá ocupam muitas linhas de pensamentos e reflexões. Ademais, a troca de experiência mantida pelo

⁷⁰ Sobre o pioneirismo na implementação das políticas de ação afirmativa, Wedderburn (2005) refere que o debate tem desconsiderado as dinâmicas dos processos de independência de diversos países na África, Ásia, Caribe e Pacífico Sul. Na Índia, em 1919, foram realizadas as primeiras propostas de “representação diferenciada” para as castas consideradas inferiores. Sobre a experiência indiana, Feres Júnior (2006, p. 47) refere que “[...] quatro princípios de justificação das políticas de ação afirmativa podem ser identificados: 1) compensação, também denominada aqui de reparação, por injustiças cometidas no passado contra um determinado grupo social; 2) proteção dos segmentos mais fracos da comunidade – cláusula definida no artigo 46 da constituição indiana, que tinha a promoção dos *dalit* (intocáveis) como principal objetivo, mas tarde alargado para outros segmentos sociais minoritários; 3) igualdade proporcional – a ideia de que as oportunidades de educação e emprego devem ser distribuídas em proporção ao tamanho relativo de cada grupo na sociedade total; e 4) justiça social, em que o conceito de justiça distributiva se encaixa – de acordo com este princípio, a ação afirmativa justifica-se simplesmente pela constatação de desigualdades que são grupo-específicas e, portanto, passíveis de se tornar objeto de políticas públicas.”

movimento negro brasileiro com similares de luta estadunidenses e a acúmulo do debate que contribuem para auxiliar no amadurecimento da questão no Brasil são também fatores que justificam uma análise comparativa com aquele país (FERES JÚNIOR, 2006, p. 46-8).

Nos Estados Unidos⁷¹, as políticas de ação afirmativa surgem no contexto da luta contra a segregação racial, que tinha base legal até pelo menos meados da década de 50. Sua primeira fase encontrava-se vinculada ao movimento de luta pelos direitos civis e visava, inicialmente, a superação da discriminação racial nas relações de trabalho. Nesse sentido, as políticas públicas vedavam as discriminações com base na raça, sexo, religião, cor ou origem nacional, restando conhecidas pela perspectiva *color-blind* (cega à cor) (RIOS, 2008; FERES JÚNIOR, 2006).

Será em sua segunda fase que serão instituídas as políticas de combate à discriminação⁷². Com o marco simbólico do engajamento do governo estadunidense fixado em discurso do Presidente Lyndon Johnson na Universidade de Howard, em 1965, decorrem da constatação de que a mera eliminação dos mecanismos de discriminação não foram suficientes para efetivar condições de igualdade (substancial) entre os diferentes grupos sociais do país, mormente entre brancos e negros. Passa-se a compreender que a igualdade, diferentemente do que ocorria na fase anterior, não deveria “ser apenas um direito formal, uma teoria, mas sim uma igualdade de fato; um resultado e não um mero procedimento” (FERES JÚNIOR, 2006, p. 49). As diversas políticas (especialmente formuladas para os âmbitos trabalhista, administrativo e educacional) que a partir de então são implementadas abandonam a perspectiva de neutralidade racial. Nesse sentido, refere Rios (2008, p. 163), que a

nova diretriz significou, na prática, acrescentar ao conjunto de políticas universalistas de proteção social, neutras racialmente, novas medidas, que tomassem consciência das especificidades da situação racial da população negra e dos efeitos da discriminação institucional. Tratava-se de instituir

⁷¹ Sobre o histórico da implementação das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos, bem como visão mais aprofundada do debate ocorrido na Suprema Corte daquele país, ver Dworkin (2005, p. 543-607), Rios (2008, p. 158-78); Menezes (2001); Feres Júnior (2006, p. 46-55).

⁷² Sobre o contexto de luta pelos direitos civis e de implementação dos programas de ação afirmativa, ver também Bowen e Bok (2004, p. 33-52)

medidas concretas de promoção da integração social e econômica, combatendo de modo efetivo a discriminação racial e seus efeitos.

De modo geral, os argumentos utilizados pelos defensores de tais medidas, nos Estados Unidos, são:

(a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada, (b) a promoção da diversidade, (c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, (d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias e (e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias⁷³ (RIOS, 2008, p. 178).

De outra parte, as principais objeções apresentadas pelos críticos a esse sistema são a não-observação do mérito e os consequentes prejuízos a *vítimas inocentes*, a gravidade de algumas medidas (como a fixação de cotas rígidas) e a possibilidade de significarem um reforço de estigmas e preconceitos em relação à população negra (RIOS, 2006, 2008).

Como não poderia deixar de ser, face o potencial polêmico que sempre envolve a ação afirmativa, a implementação dessas políticas chegou até a Suprema Corte daquele país. Sinteticamente, é possível afirmar que, para o exame das políticas racialmente conscientes, a Corte analisa a fidelidade das medidas à cláusula da igual proteção (*equal protection clause* ou igual proteção das leis, implementada pela 14^a Emenda à Constituição daquele país), utilizando para tanto um escrutínio judicial de intensidade variável. O objetivo do escrutínio é verificar a intensidade da suspeição do critério discriminatório empregado pela política implementada e exigirá diferentes níveis de justificação: *rational review*, *intermediate scrutiny* e *strict scrutiny*. O último nível que configura o elevado nível de suspeição da medida e exige que esta seja absolutamente necessária para a proteção de um direito constitucionalmente relevante (RIOS, 2006, p. 175-8).

⁷³ No famoso caso *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke* somente o argumento da promoção da diversidade no interior das universidades sensibilizou a Suprema Corte dos Estados Unidos. A decisão foi no sentido de que não poderia ser estabelecido um número fixo de vagas para negros, mas sim que a raça poderia ser levada em consideração explicitamente no exame de admissão (DWORKIN, 2000).

Muito embora não se abordará com maior detalhamento o modo como a Corte se manifestou em cada uma das oportunidades em que foi provocada, Rios refere que suas decisões sustentaram-se em maiorias escassas e vacilantes. Entretanto, segundo o autor, o posicionamento da Suprema Corte é no sentido de considerar as “ações afirmativas [...] admissíveis constitucionalmente, desde que tais programas sejam adequadamente concebidos e tenham duração temporária, visando a remediar efeitos presentes da discriminação passada” (2008, p. 177).

Dentre os diferentes tipos de ação afirmativa debatidos pela Suprema Corte, Rios (2008, p. 186-190) salienta que, de modo similar ao que ocorre no Brasil, foi o uso de critérios raciais o modelo que mais polêmicas suscitou. A tendência naquele país é, desde o caso *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, de 1978, a de rejeição de cotas rígidas, mas, ao contrário, favorável à adoção de metas flexíveis de promoção da diversidade racial. Três são os principais argumentos utilizados: a inflexibilidade das cotas rígidas, que desconsidera os indivíduos como tais; a indemonstrabilidade da premissa de que, em uma sociedade livre do racismo, mais negros seriam admitidos nas universidades; e, por fim, como referido acima, o reforço do preconceito e da discriminação contra os próprios negros (uma variação deste argumento é que as cotas raciais poderiam estigmatizar o branco, ao impor a acusação de discriminação racial passada).

No caso referido, o juiz Powell defendeu o uso do critério racial no processo seletivo da Universidade da Califórnia com base no argumento da diversidade, embora tenha estipulado a impossibilidade de que fossem estipuladas cotas fixas para candidatos representantes de minorias. Importa salientar que, nos Estados Unidos, o mérito acadêmico (no caso estadunidense avaliado objetivamente por meio da nota obtida no exame SAT⁷⁴) não é o único critério de admissão utilizado pelas universidades. Outros, como a aptidão atlética, a origem geográfica incomum, a motivação para o serviço público ou o fato dos pais do candidato terem estudado na instituição figuram como qualificações alternativas valorizadas. A raça, na medida em que possa aumentar a diversidade de determinada universidade, seria mais um aspecto a ser encarado. Entretanto, a partir do precedente do caso *Bakke*,

⁷⁴ Sigla de *Scholastic Aptitude Test* ou *Scholastic Assessment Test* (Teste de Aptidão Escolástica). Trata-se de exame aplicado aos estudantes do ensino médio utilizado para admissão nas universidades norte-americanas.

nenhum candidato poderia ser aceito ou rejeitado com base exclusiva em critérios de pertença racial (DWORKIN, 2005; FERES JÚNIOR, 2006).

Do mesmo modo como um Presidente constituiu o marco simbólico da expansão das políticas de ação afirmativa, a partir da eleição de Ronald Reagan, no final da década de 1970, que as práticas do Estado de bem-estar social estadunidense começam a ser abandonadas, sendo retomadas medidas próprias do liberalismo clássico. Contribuiu também para sua retração as restrições impostas em Estados importantes que, no uso de sua autonomia federativa, encerraram essas experiências (como a Califórnia do caso *Bakke*). Esse movimento contrário teve, como era de se esperar, reflexos nas decisões posteriores da Suprema Corte (FERES JÚNIOR, 2006, p. 52-3). Nesse sentido, Dworkin (2005, p. 543) destaca que, após muito tempo de vigência, as ações afirmativas estariam correndo “o maior risco de sua existência”, em frentes políticas e jurídicas.

Com efeito, a inflexão conservadora, em julgamento realizado pelo Quinto Tribunal Itinerante sobre o programa de admissão da Faculdade de Direito da Universidade do Texas-Austin⁷⁵, gerou alguma incerteza sobre se o precedente de *Bakke* teria sido superado, de modo que não fosse permitido a “nenhuma instituição [...] utilizar a classificação racial para qualquer finalidade, a não ser para remediar consequências duradouras de sua própria discriminação direta ou indireta” (DWORKIN, 2005, p. 591). Entretanto, entende-se que a busca da diversidade do corpo discente ainda é um fim suficientemente relevante que autoriza o uso de critérios raciais nos processos de admissão ao ensino superior. Nesse sentido, Rios refere ser um equívoco pensar que as ações afirmativas racialmente conscientes foram invalidadas pela Corte (2008, p. 173).

De acordo com Ronald Dworkin – para quem o emprego de métodos mais “radicais” para a concretização da igualdade material deriva da percepção de que não fora possível reformar a consciência racial por meios racialmente neutros (2000) –, dois são os argumentos mais relevantes para a admissão desse tipo de política nos processos

⁷⁵ De acordo com Dworkin (2005), a Faculdade de Direito da Universidade do Texas admitiu 31 alunos negros em 1996 e, após a decisão, em 1997, somente 4. padrão similar observou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Berkeley, no Estado da Califórnia, que admitira uma média de 24 alunos anualmente até o fim do programa. No período seguinte, matriculou apenas um, que, ainda por cima, havia sido admitido no ano anterior e trancado a matrícula.

seletivos de acesso às instituições de ensino superior. O primeiro deles é a diversidade do corpo discente. Entende-se ser essencial que alunos conheçam e convivam não somente com pessoas de outras culturas como também de outras raças. Para tanto – e nisso os reitores de diversas universidades concordam – não há meios mais eficientes (como critérios econômicos) do que a consideração direta da raça (2005, p. 602).

O segundo argumento que o autor norte-americano entende ser suficiente para a manutenção dos programas de ação afirmativa é o aumento do número de representantes de minorias (como os negros) em posições de prestígio (político, econômico, entre outros). Nesse sentido, afirma que

[u]m dos problemas mais graves da sociedade americana é a estratificação racial de facto que quase sempre exclui os negros e outras minorias dos escalões mais altos do poder, da riqueza e do prestígio; e a antiga discriminação racial, bem como o círculo vicioso que rouba às crianças negras os líderes negros bem-sucedidos a quem seguir como exemplo, contribui para essa estratificação (DWORKIN, 2005, p. 605).

O exposto não representa um olhar para o passado, pois os beneficiados por esses programas não necessariamente foram vítimas concretas de discriminação. O argumento remete-se ao futuro e à necessidade de construção de uma sociedade melhor para todos, livre – isso sim – do peso das desigualdades que o passado nos relegou (DWORKIN, 2005, p. 605-6).

Esses dois argumentos – aumento da diversidade do corpo discente e necessidade da presença de um número maior de representantes de minorias em posições de prestígio – são também defendidos por Bowen e Bok (2004). William Bowen (ex-reitor da Universidade de Princeton) e Derek Bok (ex-reitor da Universidade de Harvard) realizaram uma grande pesquisa para avaliar os resultados dos programas de ação afirmativa em vinte e oito faculdades e universidades seletas do país. Conforme destaca Dworkin (2005), os resultados desmentem os críticos que alegaram, nos Estados Unidos, que houve redução na qualidade das instituições e incremento da tensão racial.

O estudo⁷⁶ realizado centrou-se na avaliação do desempenho durante e após a graduação de alunos negros e brancos em instituições de ensino superior academicamente seletivas⁷⁷ (elevados níveis de rigor em seus processos seletivos) que utilizavam políticas de ação afirmativa de acesso à alunos negros em universidades.

Os resultados obtidos contradizem os ataques que as ações afirmativas têm recebido naquele país. Dentre outras considerações, destacaram que (a) a admissão de negros por meio de ações afirmativas não reduziu significativamente a média das notas do total de estudantes negros, quando considerados somente os que seriam admitidos sem a presença do critério discriminatório; (b) sobre o fato dos negros não aproveitarem as chances que lhe são dadas, o estudo demonstra que o índice de formaturas de negros, muito embora tenha sido menor do que o de brancos, é progressivamente maior nas instituições mais seletivas (entre as possíveis explicações para esse fenômeno, o fato de serem escolas mais ricas, com recursos disponíveis para bolsas de estudo e criação de outros programas de acompanhamento); (c) o nível de renda dos negros beneficiados aumentou; (d) em relação ao temor de que, ao primeiro sinal de êxito pessoal, os beneficiários abandonariam o compromisso social implícito à medida, Bowen e Bok referem que estes apresentaram um índice mais elevado de “participação em atividades comunitárias e cívicas do que seus colegas brancos” (2004, p. 367); (e) a tensão racial apresentou uma tendência de diminuição no período pesquisado; (f) o estudo mostra que não existe uma oposição arraigada, mesmo entre alunos não admitidos em decorrência da aplicação de políticas de ação afirmativa (esse fato pode ser explicado, ao menos parcialmente, porque, ainda que fossem utilizados critérios racialmente neutros, as chances de um candidato branco ser admitido seria pouco maior⁷⁸); (g) as ações afirmativas sensíveis à raça não foram prejudiciais

⁷⁶ O banco de dados utilizado para o estudo continha mais de oitenta mil alunos de graduação matriculados em 1951, 1976 e 1989 em 28 cursos de graduação de instituições consideradas, em virtude do grau de exigência empregado nos processos seletivos de admissão, academicamente seletivas (BOWEN; BOK, 2004).

⁷⁷ Nos Estados Unidos (como no Brasil), grande parte das instituições não possui candidatos aprovados em número suficiente para selecioná-los, qualquer se que seja o critério utilizado. Isso justifica a pesquisa em instituições que possuem processos seletivos mais rigorosos e concorridos (BOWEN; BOK, 2004).

⁷⁸ Sobre esta questão, Dworkin (2005, p. 568) refere que o Quinto Tribunal Itinerante, ao declarar a inconstitucionalidade do sistema de admissão da Faculdade de Direito do Texas, “encaminhou o processo a um tribunal de instância inferior para que os querelantes brancos

aos beneficiários, tampouco os negros pensam terem sido prejudicados com essa política; e (h) caso tivessem sido adotado um sistema neutro em relação à raça, entre 50 e 75% dos negros admitidos teriam sido rejeitados (este percentual é tanto maior quanto maior o prestígio da instituição) (BOWEN; BOK, 2004; DWORKIN, 2005).

Outra questão importante analisada foi se o critério utilizado não deveria ser a renda, que inevitavelmente admitiria muitos negros, tendo em vista que muitos são pobres. Entretanto, o

estudo demonstra que tal afirmação se baseia numa falácia: embora os candidatos negros sejam, desproporcionalmente pobres, a maioria dos candidatos pobres ainda é branca, e até os exames fundamentados na neutralidade racial que tivessem como meta a diversidade econômica resultariam em números cada vez menores de negros (DWORKIN, 2005, p. 565-6).

Do mesmo modo que Dworkin (2005, p. 552-3) observa a redução no número de negros admitidos nas universidades que suspenderam seus programas de ação afirmativa, a pesquisa de Bowen e Bok (2004) projeta, retroativamente, que o número de negros admitidos seria bastante menor do que com a adoção dessas medidas.

Considerando apenas o número de diplomados, Bowen e Bok (2004, p. 44) referem que

[r]eexaminando todo o período decorrido desde o início do movimento em prol dos direitos civis até hoje, vemos que a percentagem de estudantes negros diplomados nas faculdades e universidades teve um enorme crescimento. De 1960 a 1995, a percentagem de negros entre 25 e 29 anos que receberam o grau de bacharel elevou-se de 5,4% para 15,4%. Nas faculdades de direito do país, essa percentagem subiu de um valor de 1% em 1960 para 7,5% em 1995. Similarmente, a percentagem de alunos negros de medicina saltou de 2,2% em 1964 para 8,1% em 1995.

Nesse sentido, os autores da pesquisa concluíram, em síntese, que

rejeitados que abriram o processo recebessem indenização por perdas e danos". Esta, entretanto, "estabeleceu indenização de apenas um dólar, pois era muito pouco provável que qualquer um deles fosse admitido, mesmo com padrões de neutralidade racial."

no cômputo geral, [...] as faculdades e universidades academicamente seletivas tiveram extremo sucesso no uso da política de admissão sensível à raça, no intuito de promover metas educacionais que eram importantes para elas e metas sociais que eram importantes para todos (BOWEN; BOK, 2004, p. 411).

Contudo, conforme os próprios autores do estudo ressaltam, muito embora a análise quantitativa conteste muitas das críticas sofridas por estes programas, os resultados nada dizem sobre se as políticas de ação afirmativa sensíveis à raça são desejáveis ou não (BOWEN; BOK, 2004).

Dworkin, referindo-se à pesquisa apresentada por Bowen e Bok (2004), conclui que a experiência norte-americana das políticas de ação afirmativa foram bem-sucedidas. Refuta, ainda, que a frente a 14ª Emenda, que, segundo certa posição política, representa um compromisso de indiferença à cor como melhor estratégia de combate ao racismo. Segundo o autor norte-americano, a 14ª Emenda “não menciona raça, e nenhuma interpretação plausível de tal emenda demonstra que ela exclui, automaticamente, todas as classificações raciais como meios de se alcançar mais justiça” (DWORKIN, 2005, p. 578). Nesse sentido, refere ainda que

[e]m todas as dimensões nas quais nossa sociedade está estratificada – renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade – os negros estão sub-representados nos níveis mais altos, e a estratificação racial *de facto* resultante é uma vergonha duradoura, um desperdício e um perigo (DWORKIN, 2005, p. 568).

Nesse sentido, considerando-se os efeitos persistentes da discriminação e do preconceito, raça torna-se um fator importante por si mesmo⁷⁹ (BOWEN; BOK, 2004, p. 398-9).

⁷⁹ Bowen e Bok (2004, p. 404-6) referem que “nenhum dos autores deste estudo simpatiza com a ideia de cotas nem confia na imposição da representação proporcional de grupos de pessoas, definidas pela raça ou por qualquer outro critério, em posições de autoridade. Tampouco nos incluímos entre os que defendem a admissão sensível à raça como uma compensação por um legado de discriminação racial. [...] Todavia, continuamos convencidos de que as atuais disparidades raciais nos resultados obtidos são desanimadoramente desproporcionais”. Contudo, ao manifestarem-se sobre se não seria

O estabelecimento dos limites a serem observados pela autoridade ao instituir uma política deste tipo é precisamente um de seus maiores desafios – e uma das grandes críticas as propostas de concretização da igualdade material. Dizer, em última análise, que somos todos individualmente muito diferentes uns dos outros ou que existem muitos grupos potencialmente merecedores de tratamento especial. Afinal, quais diferenciações podem ser utilizadas sem que a ordem constitucional seja ofendida?

Na seção seguinte passaremos a analisar o histórico de implementação das políticas de ação afirmativa no Brasil, bem como seu tratamento pelo direito positivo.

3.2 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

O despertar do debate sobre a igualdade e, mais especificamente, as ações afirmativas, deve-se, no Brasil, em grande medida, em virtude do posicionamento em seu favor adotado pelo governo federal (bem como alguns governos estaduais, como o do Rio de Janeiro, por exemplo). Nesse sentido, desde o primeira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos, de 1996, o governo federal tem, dentre outras propostas de ações governamentais relevantes para o tema aqui abordado, buscado incentivar as medidas de discriminação positiva por parte da iniciativa privada (ação 134), bem como *desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta (ação 141)*⁸⁰ (BRASIL, 1996).

melhor o investimento em políticas universalistas que visassem a inclusão dos negros na estrutura institucional, afirmam que “essa é uma tarefa excepcionalmente difícil, que só produzirá resultados, na melhor das hipóteses, a prazo longuíssimo. Entrementes, é importante, em nossa opinião, fazer o que for possível para introduzir mudanças positivas em todos os níveis de ensino, inclusive no bacharelado e nos cursos de pós-graduação e formação em profissões liberais”.

⁸⁰ No mesmo sentido as versões posteriores do Programa. Em sua segunda versão (BRASIL, 2002b), previu *apoiar a adoção, pelo poder público e pela iniciativa privada, de políticas de ação afirmativa como forma de combater a desigualdade* (proposta de ação 122); *apoiar o reconhecimento, por parte do Estado brasileiro, da marginalização econômica, social e política a que foram submetidos os afrodescendentes em decorrência da escravidão* (190); *adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos* (191); *criar bancos de dados sobre a situação*

Conforme referido na seção anterior, as ações afirmativas envolvem o debate sobre, de um lado, sua constitucionalidade, e, de outro, sua conveniência ou deseabilidade. Buscaremos a seguir analisar alguns pontos que parecem indicar a compatibilidade destas políticas com o ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 As ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro

No plano jurídico internacional, no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias para a luta contra a discriminação, de maneira similar ao que observamos quando da passagem do modelo liberal de Estado de direito para o paradigma constitucional.

Trata-se, na primeira fase, da construção da proteção geral dos homens e mulheres com base no conceito formal de igualdade. Nesse período, imediatamente posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, o objetivo era responder ao horror representado pelo nazismo, que havia retirado de alguns grupos qualquer dignidade ou noção de direitos. Buscava-se punir, proibir e eliminar todas as formas de discriminação, com base na raça, gênero, origem geográfica, religião, entre outros. O símbolo desta estratégia foi a Declaração Universal de 1948, inserida na lógica da punição da intolerância que gerara a tentativa de destruição do “outro” (PIOVESAN, 2005, 2008).

dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais dos afrodescendentes na sociedade brasileira, com a finalidade de orientar a adoção de políticas públicas afirmativas (192); apoiar as ações da iniciativa privada no campo da discriminação positiva e da promoção da diversidade no ambiente de trabalho (194); e estabelecer mecanismos de promoção da equidade de acesso ao ensino superior, levando em consideração a necessidade de que o contingente de alunos universitários reflita a diversidade racial e cultural da sociedade brasileira (325). Já na sua terceira edição (BRASIL, 2009), entre outras, elaborar programas de combate ao racismo institucional e estrutural, implementando normas administrativas e legislação nacional e internacional (diretriz 9, objetivo estratégico I, letra c); realizar levantamento de informações para produção de relatórios periódicos de acompanhamento das políticas contra a discriminação racial, contendo, entre outras, informações sobre inclusão no sistema de ensino (básico e superior), inclusão no mercado de trabalho, assistência integrada à saúde, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, e dados populacionais e de renda (letra d); analisar periodicamente os indicadores que apontam desigualdades visando à formulação e implementação de políticas públicas e afirmativas que valorizem a promoção da igualdade racial (letra e); e fomentar as ações afirmativas para o ingresso das populações negra, indígena e de baixa renda no ensino superior (diretriz 9, objetivo estratégico V, letra f), dentre outras.

Contudo, logo percebe-se que, em relação a certos grupos sociais, a proteção geral é insuficiente para a obtenção da igualdade. Em outras palavras, a percebe-se que a proibição da exclusão não gera necessariamente inclusão. Nesse sentido, articula-se uma segunda estratégia (que se soma à anterior), de caráter promocional e que visará a proteção especial dos sujeitos de direitos orientada por critérios de gênero, raça, orientação sexual, idade e outros. São estimuladas as políticas compensatórias que objetivem estimular a redução das desigualdades, inserindo socialmente os grupos vulneráveis (PIOVESAN, 2005, 2008).

Nesse contexto é que se insere a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, aprovada nas Nações Unidas em 1965 e ratificada pelo Brasil (entre outros 170 países) em 1968. Esta prevê a “adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade, até um nível de equiparação com os demais” (PIOVESAN, 2003, p. 200). Nesse sentido, dispõe, em seu artigo 1º, n. 4, que

não serão consideradas discriminação racial as medidas tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos e indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades individuais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos (*apud* GOMES, 2003, p. 110-11).

No plano interno, diversos são os dispositivos que recepcionam a igualdade material. Dentro os que possuem sede constitucional, podemos citar que a construção de uma sociedade justa e solidária e a erradicação das desigualdades sociais são objetivos de nossa República (Constituição Federal, art. 3º, I e III); os ditames da justiça social, que devem pautar a ordem econômica, tendo em vista a redução das desigualdades regionais e sociais (que estabelece, por exemplo, tratamento favorecido para empresas de pequeno porte que possuam sede e administração no país, nos termos do art. 170, *caput*, VII e IX, da

Constituição Federal); por fim, o art. 7º, XX, estabelece especial proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, enquanto o art. 37, VIII, ambos da Constituição Federal, determina a reserva legal de vagas para cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência⁸¹ (GOMES, 2003, 2005).

Em relação aos portadores de deficiência, a previsão da adoção de políticas de discriminação positiva é expressa. Com efeito, o art. 37, VIII, estabelece que um percentual de vagas nos cargos e serviços públicos deverá ser reservado para pessoas portadoras de deficiência. A lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), que trata do regime jurídico dos servidores federais, regulamenta este dispositivo constitucional. Em seu art. 5º, § 2º, prevê a reserva de *até* 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para estes sujeitos (10% tem sido considerado um percentual razoável, levando-se em conta que esta é a proporção de deficientes no Brasil segundo a Organização Mundial de Saúde), sendo que as atribuições devem ser compatíveis com a deficiência de que são portadores (GOMES, 2003, 2005).

No que se refere às mulheres, em atenção à nossa longa tradição patriarcal, foi necessário à a Constituição determinar expressamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). Em outras passagens reafirmou este mandamento, como quando alocou entre os direitos dos trabalhadores especial proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX).

Não obstante, face o reconhecimento de que a discriminação contra as brasileiras não havia sido reduzida da maneira desejada, as Leis n. 9.100, de 29 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995), e n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997), estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as nominatas dos partidos políticos para as eleições de 1996 e 1998. A primeira fixou, para as eleições municipais de 1996, que um percentual mínimo de 20% das vagas de candidatos de cada partido ou coligação fossem mulheres, enquanto a segunda estabeleceu um índice mínimo de 30% e máximo de 70% para candidatos de cada sexo, sendo que nas eleições de 1998 foi aplicada uma regra de transição (25%) (GOMES, 2003, 2005). Embora a cautela que se deva ter para avaliar essas medidas em termos de sua efetividade para a redução da desigualdade, se em 1994 somente 5,7%

⁸¹ Note-se que todos os verbos empregados pela Constituição designam um comportamento ativo: *construir, reduzir, erradicar*, entre outros (GOMES, 2003, 2005).

dos parlamentares no Brasil eram mulheres, logo após a edição da primeira dessas leis o percentual saltou para 13,1%. A medida justifica-se, segundo Piovesan, quando consideramos que, embora representem metade da população mundial, ainda constituem apenas 10% dos legisladores e menos que isso se considerados os órgãos administrativos (2003, p. 200-1).

Ademais, os referidos programas nacionais de direitos humanos constituem relevante suporte jurídico e político para o incentivo à adoção destas medidas.

3.2.2 A política de cotas no Brasil

Entretanto, as maiores polêmicas sobre as políticas de ação afirmativa no Brasil indubitavelmente giram entorno da previsão, nos processos seletivos de diversas universidades públicas federais e estaduais, de um sistema de reserva de vagas para afrodescendentes – as *cotas raciais*. A política de cotas foi implementada pioneiramente em 2001 nas universidades estaduais cariocas, como a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade do Norte Fluminense (UENF).

O pioneirismo deve-se, em grande medida, à realização, entre os dias 31 de agosto e 7 de setembro de 2001, da 3ª Conferência mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, em Durban, na África do Sul. Trata-se de um marco por duas razões. Em primeiro lugar, em decorrência do relatório final aprovado, que recomenda expressamente, nos parágrafos 107 e 108, a adoção por parte dos Estados signatários⁸² de “ações afirmativas, enquanto medidas especiais e compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório, daqueles que foram vítimas da discriminação racial, da xenofobia e de outras formas de intolerância correlatas (PIOVESAN, 2005, p. 41).

Não obstante, a Conferência de Durban é um marco também em virtude da participação brasileira. Com efeito, para a ocasião o Brasil viu-se premido a posicionar-se oficialmente em relação ao racismo e à

⁸² A Conferência de Durban foi revisada em 2009, em Genebra, havendo ocorrido a retirada de um número representativo de países europeus, além das ausências já sentidas anteriormente dos Estados Unidos e de Israel. Esse fato retirou muito de sua força (ROQUE, 2009, p. 265-6). Contudo, como destacado a seguir, foi decisiva para o início da implementação das cotas raciais pelas universidades públicas cariocas.

discriminação racial existentes em nosso país. A comissão formada pelo governo brasileiro era composta por diversas organizações vinculadas ao movimento negro e grupos de direitos humanos e posicionou-se oficialmente a favor da adoção de cotas para candidatos afrodescendentes em universidades públicas (ZONINSEIN; FERES JÚNIOR, 2006; ZONINSEIN, 2006; HERINGER, 2006; PIOVESAN, 2005).

Na esteira desse processo, o governo federal instituiu, por meio do Decreto n. 4.228, 13 de maio de 2002, o Programa Nacional de Ações Afirmativas (BRASIL, 2002a). Entre outras medidas, incentiva a adoção de ações que visem à inclusão de mulheres, afrodescendentes e portadores de deficiência, através de políticas de ação afirmativa. No mesmo ano, a Lei n. 10.558, de 13 de novembro de 2002, criou o Programa Diversidade na Universidade (BRASIL 2002c), que tem como finalidade a avaliação e a implementação de *estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros* (art. 1º), criando de bolsas de estudo e prêmios a alunos de entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos, que desenvolvessem projetos de inclusão no espaço universitário (PIOVESAN, 2008, p. 892).

Também em 2002 foi adotado sistema semelhante na Universidade Estadual da Bahia (Uneb) e na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS); em 2003, pela primeira vez em uma instituição federal, a Universidade de Brasília (UNB), e na Universidade de Alagoas (Ufal); e, 2004 na Universidade Federal da Bahia (UFBA) e na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Em todas estas instituições há variação entre os beneficiários (oriundo da rede pública, afrodescendentes, portadores de deficiência e, no Rio de Janeiro, inclusive para filhos de policiais militares, civis e agentes penitenciários mortos em serviço) e percentuais reservados (HERINGER; FERREIRA, 2009, p. 140-1).

Outras instituições, como a Universidade de Campinas (Unicamp), a Universidade de São Paulo (USP), a Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP), a Faculdade de Tecnologia de São Paulo (FATEC), a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e a Universidade Federal adotaram um sistema no qual são

acrescidos pontos aos membros do grupo social beneficiário (HERINGER; FERREIRA, 2009, p. 141).

Os programas de ação afirmativa implementados pelas universidades brasileiras variam fundamentalmente em relação a seis aspectos:

- a) *Órgão responsável pela implementação*: Legislativo (federal e estadual) ou conselhos universitários;
- b) *A política adotada*: cotas, reserva de vagas ou bonificação por pontuação;
- c) *Natureza das instituições*: públicas (federais, estaduais e municipais) ou privadas;
- d) *Meta estabelecida*: tempo previsto para aplicação da política de ação afirmativa;
- e) *Crítérios para escolha dos beneficiários*: étnicos (negros e índios), educacionais (oriundos de escola pública), renda (carentes), gênero (mulheres), entre outros, sendo que muitas universidades conjugam mais de um critério; e
- f) *Quantitativo de alunos que ingressam através desta política*: percentual de vagas reservadas ou pontos estabelecidos (HERINGER; FERREIRA, 2009, p. 141-2).

Na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), o Programa de Ações Afirmativas foi criado pela Resolução Normativa n. 008/CUN/2007, de 10 de julho de 2007 (CONSELHO, 2007). De acordo com a Resolução, o programa compreende ações (a) de preparação para o acesso aos Cursos de Graduação da Universidade, (b) de acesso aos cursos de graduação da Universidade, (c) de acompanhamento e permanência do aluno na Universidade, (d) de acompanhamento da inserção sócio-profissional dos alunos egressos da Universidade, (e) de ampliação de vagas nos cursos de graduação e (f) de criação de cursos de graduação noturno. No que se refere à ação de acesso aos cursos de graduação, prevê reserva de 30% das vagas em cada curso, sendo 20% *para candidatos que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino* e 10% *para candidatos auto declarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino*. Ademais, foram criadas cinco vagas suplementares a serem preenchidas pelos candidatos indígenas melhor classificados no vestibular.

Em relação aos critérios supra referidos, o programa da UFSC foi instituído pelo seu Conselho Universitário; conjuga o sistema de cotas com o de reserva de vagas; o programa de ação afirmativa será implementado e monitorado por cinco anos; utiliza critérios de pertença étnica (auto-declarados negros indígenas) e educacionais (oriundos de escolas públicas); e, finalmente, a cota estabelecida compreende 30% das vagas (dois terços delas universalmente para candidatos oriundos de escolas públicas e um terço para candidatos oriundos de escola pública que se auto-declararem negros), além das vagas suplementares a serem preenchidas pelos candidatos indígenas.

Além das cotas, outras medidas afirmativas tem sido implementadas pelos governos especificamente no que tange ao ensino superior. Dentre estas, podem ser destacadas o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (que possibilita ao bolsista parcial do ProUni⁸³ financiar o restante da mensalidade não coberta pela bolsa); a ampliação de vagas no ensino superior, com descentralização dos *campi*; cursos pré-vestibulares comunitários voltados para as populações tradicionalmente excluídas (HERINGER; FERREIRA, 2009, p. 147-50).

Entretanto, não se deve, quando da implementação dessas políticas, olvidar os cuidados e riscos inerentes a qualquer medida que busque a transformação do *status quo*. A preocupação manifestada fundamenta-se no receio de, caso não sejam implementadas adequadamente, estas políticas podem produzir resultados negativos, de forma a prejudicar o processo de democratização social e racial no país.

Nesse sentido, destacam três pontos: (a) falta de instrumentos que permitam a avaliação da qualidade e da eficiência dessas políticas nos contextos específicos nos quais estão sendo aplicadas; (b) pouca mobilização de recursos institucionais e financeiros de apoio, devido à crença de que os custos de tais políticas são insignificantes, o que gera indefinição em relação às prioridades quanto ao uso de recursos escassos; e (c) pequena articulação dos programas de ação afirmativa com outras políticas de ação afirmativa. Em suma, não importa o quão justas ou constitucionalmente adequadas, de nada valerão essas medidas se não produzirem resultados (ZONINSEIN; FERES JÚNIOR, 2006; ZONINSEIN, 2006).

⁸³ Sobre o Programa Universidade para Todos – ProUni, ver Heringer e Ferreira (2009, p. 144-7).

Finalmente, das medidas de ação afirmativa já implementadas – que beneficiaram, ao longo da década de 1990, mulheres e deficientes físicos –, foram indubitavelmente as cotas raciais para o acesso ao ensino superior as que geraram (e ainda geram) maiores controvérsias.

De acordo com Heringer e Ferreira (2009, p. 138-139), embora não sejam as únicas, quatro são as principais arenas na qual o conflito polarizou-se: opinião pública, academia, Congresso Nacional e Poder Judiciário. No que tange ao primeiro dos referidos espaços, as cotas raciais mobilizaram muitos intelectuais, artistas e a grande mídia, entorno do debate. Nesse sentido, sintetizam os posicionamentos pró e contra essas políticas o manifesto intitulado “113 cidadãos anti-racistas contra as cotas raciais”, de um lado, e o que poderíamos considerar uma réplica, o “manifesto em defesa da justiça e constitucionalidade das cotas” intitulado “120 anos da luta pela igualdade no Brasil”, de outro. Ambos textos foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal no contexto de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Partido Democratas e que veremos a seguir. Ademais, a questão também movimentou a mídia, sendo paradigmática a publicação de obra consistente em coletânea de artigos publicados no jornal *O Globo* pelo diretor da Central Globo de Jornalismo (KAMEL, 2006).

Em relação à segunda “arena”, as universidades são o *locus* privilegiado de debates, tendo em vista que as medidas mais polêmicas referem-se às cotas ou reserva de vagas para o acesso ao ensino superior. Nesse sentido, a graduação tem gerado mais reações, visto que tradicionalmente o critério único de ingresso era medido pelo concurso Vestibular. As objeções, que serão melhor apresentadas na próxima seção, centram-se justamente na violação do mérito (art. 208, V, da Constituição) e no receio de queda nos níveis de excelência acadêmicos (especialmente em relação às instituições de mais alto prestígio). Nos demais níveis a reação não tem sido tão forte, até mesmo porque os critérios utilizados nas seleções dos cursos de pós-graduação são bem mais variados.

No que tange aos debates no Congresso, tramita projeto de lei que prevê a reserva de 50% das vagas das instituições de ensino superior ligadas ao Ministério da Educação para estudantes oriundos de escolas públicas. Deste percentual, metade deverá ser preenchida por estudantes cujas famílias tenham renda *per capita* inferior a 1,5 salários mínimo e um percentual por estudantes auto-declarados índios, negros e pardos, em proporção *no mínimo* igual à representação da respectiva etnia na

unidade da Federação na qual se localiza a instituição, de acordo com os resultados do censo do IBGE⁸⁴. Outro projeto relevante é o Estatuto da Igualdade Racial, que estabelece uma série de medidas que visam ao combate ao racismo e suas consequências, mas que teve seu texto aprovado na Câmara dos Deputados sem alguns pontos importantes, como a definição de cotas nas universidades.

Finalmente, atualmente a arena privilegiadíssima é o Poder Judiciário. Com efeito, desde a implementação das políticas de ação afirmativa foram propostas diversas ações nos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais. Muito embora estejam sendo proferidas decisões nos mais diversos sentidos, sob variados argumentos, aguarda-se com ansiedade a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Programa Universidade para Todos (PROUNI) (ADIn n. 3.330-1 DF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra o sistema de cotas raciais utilizado pela Universidade de Brasília (ADPF n. 186) e Recurso Extraordinário face ao programa de ação afirmativa implementado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Estas duas últimas motivaram, inclusive, o chamamento de Audiência Pública⁸⁵.

Apresentados os principais pontos das ações afirmativas no Brasil, passaremos na próxima seção a referir alguns das principais objeções a estas políticas, considerando o exposto ao longo dos capítulos precedentes.

3.3 ASPECTOS POLÊMICOS DAS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NO BRASIL

Como já mencionado, à implementação das políticas de ação afirmativa tem sido apresentadas relevantes objeções. Rios (2008) refere que, de modo geral, estas são similares às que foram opostas as mesmas medidas nos Estados Unidos da América e que referimos anteriormente.

⁸⁴ O Projeto de Lei n. 73/1999 foi aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de novembro de 2008 e remetido ao Senado Federal, encontrando-se atualmente na Comissão de Controle e Justiça.

⁸⁵ Não será objeto do presente trabalho a análise de cada uma das mencionadas ações, tampouco o teor da audiência pública, realizada entre os dias 3 e 5 de março de 2010. Entretanto, entende-se que os argumentos principais de cada uma delas serão apresentados na próxima seção.

Piovesan (2008) aponta que o debate sobre as ações afirmativas no Brasil, em especial no que se refere às cotas para negros, tem sido marcado por cinco dilemas e tensões que, para uns, defensores, representam as justificativas para sua implementação, e, para outros, sintetizam as principais objeções⁸⁶. Os cinco dilemas são: (1) contraposição entre igualdade formal e igualdade material; (2) o antagonismo entre a defesa da adoção de políticas universalistas ou de políticas específicas, focadas; (3) a eleição dos sujeitos beneficiários, muito especialmente no que tange o uso do critério da raça; (4) o perigo de acirramento das hostilidades raciais entre brancos e negros, com potencial para *racializar* a sociedade e importar um problema estadunidense (o racismo); e (5) a ameaça à autonomia universitária e à meritocracia, ambos consagrados na Constituição Federal.

Esses dilemas sumarizam os principais argumentos favoráveis e as principais objeções à implementação das políticas de ação afirmativa e, mais especificamente, as cotas para afrodescendentes para o acesso ao ensino superior. Nos capítulos precedentes e neste já enfrentamos grande parte destes pontos, que serão retomados nesta última subseção.

3.3.1 Igualdade formal *versus* igualdade material

Esta primeira objeção relaciona-se especificamente com a possibilidade de violação do art. 3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos sem preconceito de raça ou cor, e do art. 5º, *caput*, que determina o tratamento igual de todos perante a lei. Esta questão foi abordada no capítulo anterior e será retomada nesse momento para fins de investigação da legitimidade normativa da política de cotas.

O ordenamento jurídico brasileiro insere-se no paradigma do Estado constitucional de direito. Este, como já referido, além de preservar as conquistas das fases anteriores de seu processo evolutivo, enunciando formal e abstratamente a igualdade em direitos e de tratamento perante a lei para todos, assume, em virtude do esgotamento do projeto liberal, um caráter comprometido com a demanda pela concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, mais do que simplesmente *melhorar* as condições sociais de existência (MORAIS,

⁸⁶ Sobre as principais objeções à política de cotas, ver também, entre outros, Rios (2008), Zegarra (2005) e Bento (2005).

1996, p. 74), objetiva a transformação da realidade social ou, em outras palavras, do *status quo*.

O programa para esta transformação é dado pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo, posto por uma constituição rígida, possui força vinculativa a todos os poderes do Estado e estabelecem que, de um lado, *nem sobre tudo se pode decidir*, nem mesmo por maioria, e, de outro, *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*. Correspondem as primeiras às garantias negativas e as últimas às garantias positivas e apontam para um aspecto substancial dos regimes democráticos enquanto artifícios da promoção de igualdade (redução das desigualdades intoleráveis) e da dignidade (FERRAJOLI, 2006, 2007a; CADEMARTORI, S. 2006).

De todo modo, a igualdade é um princípio normativo, que, enquanto meta-direito individual, prevê o igual tratamento das pessoas apesar de serem de fato diversas, e, enquanto meta-direito social, que as pessoas devem ser tratadas tão iguais quanto possível e o fato de serem social e economicamente desiguais ser reconhecido que essas desigualdades intoleráveis removidas ou compensadas.

De acordo com o que vimos na subseção 2.3.1 (FERRAJOLI, 2001, 2007a), à igualdade formal correspondem garantias que reconhecem as diferenças entre as pessoas e justamente por esta razão demandam um tratamento igualitário, de modos a impedir que novas desigualdades sejam geradas. À igualdade substancial correspondem, por sua vez, dois tipos de garantias. De um lado, um conjunto de medidas destinadas a denunciar as diferenças enquanto fontes de privilégio e discriminação (nesse sentido, fala-se no estabelecimento de regras transitórias de atuação). De outro lado, as garantias que determinam o tratamento distinto sempre que um tratamento igual penalize as diferenças.

As políticas de ação afirmativa parecem transitar entre estes dois últimos tipos. Em primeiro lugar, enquanto denúncia de que as diferenças com fundamento na raça dos indivíduos, em virtude do passado escravista e discriminatório, constituem uma barreira ao pleno gozo dos direitos fundamentais por parte da população negra. Nesse caso, contribuem para a desnaturalização das relações sociais discriminatórias postas. Em segundo lugar, o tratamento desigual no caso da implementação das cotas raciais encontra justificção quando considerado que, tendo em vista a desigualdade social de fato, explicitada nos indicadores sociais apresentados no primeiro capítulo, o

tratamento absolutamente igualitário exclui essa parcela da população do acesso ao ensino superior.

Diante do exposto, importa confrontar as políticas de ação afirmativa em geral e de cotas raciais em particular, enquanto medidas que buscam a efetivação da igualdade substancial, com os critérios de verificação de violação da isonomia propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁷ (1998). Nesse sentido, em primeiro lugar, os programas que estabeleceram cotas raciais não singularizam de maneira atual e definitiva um destinatário singular, mas, ao contrário, contemplam um grupo social, e, em segundo lugar, o critério discriminatório empregado está presente nas pessoas, qual seja, o de pertença racial ou étnica.

No que tange ao terceiro argumento, salienta-se que as medidas de ação afirmativa guardam pertinência lógica com a disparidade dos regimes empregados, uma vez que a “discriminação social”, que antepõe obstáculo aos usufruto de direitos por parte de grande contingente da população negra, “justifica a discriminação jurídica afirmativa” (RIOS, 2008, p. 194). Ademais, é amplamente aceito que a educação superior é importante elemento de ruptura inter-geracional dos ciclos de pobreza⁸⁸. Como vimos na primeira parte deste trabalho, a pertença racial compõe relevante elemento de reforço da exclusão social.

Em quarto lugar, presente também a pertinência lógica em abstrato entre a medida implementada e os objetivos almejados, consistentes no caso na transformação social com a criação de novas condições de vida por meio do acesso ao ensino superior, ampliando a diversidade racial nas universidades e abrindo espaço para a redução das desigualdades fáticas intoleráveis (art. 3, I e III, e art. 170, VII, ambos da CF), bem como combate ao racismo e redução da discriminação com fundamento em preconceito de raça (art. 3º, IV, da CF). Estes são todos objetivos constitucionalmente prestigiados.

Finalmente, em quinto lugar, os critérios desequiparadores estabelecidos extraídos da interpretação das normas que instituíram os diferentes programas de ação afirmativa – sejam elas oriundas do legislativo ou dos conselhos universitários – são clara e evidentemente assumidos.

⁸⁷ Nesse momento desconsideraremos o órgão responsável pela implementação, ou seja, se o programa tem origem nos poderes legislativos ou nos conselhos universitários. Retomaremos esta questão no ponto 3.3.5.

⁸⁸ Nesse sentido, ver Dassin (2010).

Para finalizar, importa salientar, no mesmo sentido do exposto por Rios (2008), que o que se quer afirmar aqui é a compatibilidade das ações afirmativas, particularmente na modalidade de cotas raciais, com o ordenamento constitucional brasileiro. Contudo, deve-se considerar que o mandamento constitucional da igualdade substancial demanda aos poderes públicos que atuem no sentido da redução das desigualdades intoleráveis. Todavia, é evidente que compete à administração pública, nos seus diferentes níveis, a elaboração das estratégias que julgarem mais convenientes para a consecução dos fins constitucionais, tal como exposto.

3.3.2 Políticas universalistas *versus* políticas focadas

A segunda objeção à implementação das políticas de ação afirmativa refere-se à oposição entre políticas universalistas e políticas focadas na promoção de direitos de grupos socialmente vulneráveis. De um lado, os críticos afirmam, como já referido na subseção anterior, que as políticas focadas violam o princípio da igualdade. De outro, defendem que, em termos educacionais, deveriam ser privilegiadas ações que visassem à qualificação da qualidade dos níveis mais básicos do sistema educacional, pois esta seria uma maneira de garantir o direito à educação de todos sem discriminação de nenhuma ordem.

Importa dizer desde logo que a defesa intransigente de políticas universalistas parece-nos conservadora, guardando relação com o mito da democracia racial e encobrindo e naturalizando processos de exclusão racial e social. Ademais, os avanços sociais não ocorrem necessariamente em níveis sequenciais (como a comparação entre diferentes experiências de consolidação de direitos faz-nos perceber⁸⁹), como se devêssemos aguardar a lenta e progressiva qualificação da educação básica para então pensarmos na democratização do acesso à universidade. O exposto pode ser ilustrado por três argumentos.

Primeiramente, o Estado, uma vez que incompetente para assegurar universalmente o direito à educação, alegando em regra a escassez de recursos, “financia”, por meio da renúncia fiscal em favor de escolas privadas seletivas e excludentes, a educação dos filhos das classes mais ricas. Fica evidente no exemplo que a distribuição dos recursos é resolutamente ineficiente (GOMES, 2003, 2005).

⁸⁹ Nesse sentido, conferir Marshall (1967) e Carvalho (2007).

Em segundo lugar, pesquisa apresentada por Petrucelli *apud* Heringer e Ferreira (2009) indica que, dos cerca de 285 mil médicos brasileiros, 83% auto-declaram-se brancos. A partir desses dados, coletados no censo realizado em 2000, o autor projetou que, para que o Brasil formasse um número de médicos negros proporcional à sua participação na sociedade, seriam necessários pelo menos 25 anos. Entretanto, este índice somente seria alcançado no prazo projetado se, a partir do presente momento, todas as vagas nos cursos de medicina fossem ocupadas por negros(!). Em sentido similar, Osório (2004, p. 130), ao analisar dados do PNAD dos anos 1976, 1986, 1996 e 2001, constatou que “o padrão de sub-representação dos negros nos extratos mais ricos e de sobre-representação nos extratos mais pobres” tem sido o mesmo, o que indica que a desigualdade racial tem-se mantido estável ao longo dos anos, revelando os limites das políticas universalistas.

Por fim, em estudo realizado para projetar a ampliação do acesso e da diversidade sócio-econômica e étnico-racial na UFSC, Tregtenberg, Bastos e Peres (2006) constataram que a duplicação do número global de vagas não alteraria significativamente a composição étnico-racial dos classificados (tampouco o percentual de aprovados oriundos de escola pública no ensino médio). Resultado similar – pequena alteração na composição racial dos cursos analisados – foi observado quando reservadas 50% das vagas para alunos oriundos de escola pública no ensino médio. Para a pesquisa, foram utilizados dados referentes ao concurso vestibular de 2004 relativos a quatro cursos, sendo dois considerados de maior prestígio social (direito noturno e nutrição) e dois de médio/baixo prestígio social (letras – português – e pedagogia). Os resultados confirmam a conclusão de pesquisa realizada na mesma instituição em relação a outros 13 cursos⁹⁰.

Ora, certamente que não se trata de opor as ações afirmativas às políticas universalistas. Em primeiro lugar, estas representam conquistas do Estado liberal no sentido de assegurar a todos o acesso aos bens que permitam às pessoas levarem suas vidas de acordo com os padrões minimamente estabelecidos na sociedade. Neste caso, não faz sentido falar em cotas, muito embora outros tipos políticas afirmativas ou sensíveis à cor, objetivando a desnaturalização das relações racistas, possam ser consideradas. Em segundo lugar, as vagas nos cursos

⁹⁰ Administração, ciências da computação, engenharia elétrica, engenharia mecânica, medicina, odontologia, psicologia, ciências biológicas, educação física, física, geografia, história e química.

universitários são bens escassos, não universalmente devidos a todos – e mais escassos ainda se considerarmos apenas as instituições públicas.

Certamente a universalização do acesso aos níveis mais básicos da educação e sua qualificação são metas a serem permanentemente almejadas e não se trata de deixá-las de lado uma vez implementadas as políticas focadas. Entretanto, a “exclusão da população negra do acesso ao ensino superior [...] não decorre de incapacidade ou de inferioridade, decorre de discriminação⁹¹” (RIOS, 2008, p. 199). Como salientam Heringer e Ferreira (2009), ambos os desafios são urgentes e precisam ser assumidos enfaticamente de forma simultânea: a educação deve melhorar sua qualidade (em todos os níveis) e ser mais democrática (também em todos os níveis).

Entretanto, as cotas raciais constituem um instrumento de enorme potencial para a superação das desigualdades geradas – ao lado do preconceito de classe – pela discriminação racial. Serve, pois, à luta pela universalização dos direitos fundamentais de todos (ROQUE, 2009, p. 262).

A conclusão de curso superior, em especial em se tratando dos cursos mais prestigiados, representa uma possibilidade mais ou menos segura de obtenção de uma formação educacional sólida, redundando em uma existência de acordo com os padrões sociais minimamente compartilhados pela sociedade. De um modo geral, pode-se afirmar que “o acesso ao ensino superior funciona, na sociedade brasileira, como um fator desencadeador de desenvolvimento social e expansão da cidadania na medida em que possibilita a formação de individualidades independentes e relativamente autônomas” (MATTOS, 2004, p. 197). Ademais, deve-se considerar, de um lado, que os níveis de renda dos indivíduos são diretamente proporcionais ao tempo em que se passa no sistema educacional, e, de outro, os esses efeitos que irradiam para além do beneficiário, tendo repercussão positiva também nos espaços coletivos nos quais esse sujeitos se inserem, como a família ou a comunidade. Desse modo, conforme refere Henriques, a “necessidade de uma ação anti-racista que enfrente o desafio histórico de integrar as perspectivas “universalista” e “diferencialista” encontra-se, cremos, no centro de um processo de desnaturalização da desigualdade racial” (2001, p.47).

⁹¹ Prossegue Rios: o “combate a esta discriminação é uma medida justa do ponto de vista das relações entre os indivíduos e a comunidade” (2008, p. 199-200).

Para finalizar, é correta a lição de Dworkin, ao referir que, muito embora as vagas na universidade constituam um bem escasso somente acessível a um reduzidíssimo número de indivíduos, de modo análogo ao que dissemos em relação ao ensino fundamental e médio em nosso país, as universidades, mesmo as particulares, são “pagas” por toda a comunidade, de modo que elas “têm, portanto, responsabilidades públicas: devem escolher metas que beneficiem uma comunidade muito mais ampla do que seus próprios corpos docente e discente” (2005, p. 569). Este argumento está relacionado com o debate sobre o mérito acadêmico, ao qual retornaremos na subseção 3.3.5.

3.3.3 O critério *raça* para escolha dos beneficiários

Pouco consenso tem havido em relação às políticas de ação afirmativa para a população negra no Brasil. Com efeito, a objeção relativa à escolha do critério de pertença racial é, ao lado daquela que indica a violação do princípio constitucional da igualdade, certamente a que gera maiores polêmicas. Esta tensão engloba diferentes argumentos: (a) a dificuldade de identificação dos beneficiários, em decorrência da miscigenação ocorrida no Brasil; (b) o entendimento de que a desigualdade no Brasil está associada com questões de classe e não tanto de raça; e (c) o recrudescimento do processo de exclusão dos brancos pobres.

A questão relativa à identificação dos beneficiários possui, por sua vez, dois aspectos. Em primeiro lugar, o método utilizado pela instituição para a definição de pertença racial; em segundo lugar, a inclusão dos *pardos* na categoria *negros*.

Em relação ao primeiro aspecto, no caso das cotas raciais, os candidatos geralmente devem apresentar uma auto-declaração na qual indiquem a qual grupo pertencem. Em alguns casos, é exigida também a entrega de fotografias ou atestados para confirmação das informações prestadas.

Osório (2004, p. 86-7) aponta a existência de basicamente três métodos de identificação racial: auto-atribuição de pertença (no qual o sujeito indica qual o grupo racial considera-se membro), hetero-atribuição de pertença (no qual um, ou mais de um, terceiro indica qual o grupo racial considera o indivíduo membro) e identificação por meio das técnicas biológicas com a análise do DNA.

Conforme já destacado na seção 1.1, o método da identificação por meio de técnicas biológicas, embora mais ao sabor da “objetividade científica” não se sustenta por duas razões principais. Em primeiro lugar, muitas dessas pesquisas não lograram identificar conclusivamente as raças através do código genético dos indivíduos. Em segundo lugar, ainda que o fizessem, o que realmente importa para fins de combate ao racismo e formulação de políticas públicas sensíveis à raça é o modo pelo qual a sociedade utiliza esse conceito para hierarquizar seus membros. Com efeito, “[a]o branco racista comum, pouco importa o fato de que geneticamente é praticamente igual ao negro que discrimina: bastam as diferenças visíveis da cor da pele, do cabelo e das feições”⁹² (OSÓRIO, 2004, p. 93).

O IBGE utiliza os dois primeiros critérios. Entretanto, tanto a auto quanto à hétero-atribuição não são critérios absolutamente seguros. Com efeito, o principal problema envolve a variação social da cor, sendo extensa a literatura que aponta para o embranquecimento da população na medida em que se observa alguma forma de ascensão social. Essa questão poderia influenciar os dois métodos, uma vez que, por um lado, em decorrência da ideologia racista brasileira, os indivíduos mais abastados poderiam negar sua ascendência africana, mas, por outro, não há garantias de que um terceiro não possa incorrer na mesma situação. Como afirma Osório, “[n]o fundo, a opção pela auto ou pela hétero-atribuição é uma escolha entre subjetividades: a do próprio sujeito da classificação, ou a do observador externo” (2004, p. 96). O fato é que pesquisas analisadas pelo autor, umas nas quais as entrevistas indicavam sua pertença racial, outras nas quais o próprio entrevistador o fazia, indicam um elevado grau de concordância em relação à percepção quanto ao pertencimento racial.

No que se refere à inclusão dos pardos na categoria negros ou afrodescendentes, refere-se que estes são constituídos pela imensa população de mestiços, que são o resultado dos cruzamentos das raças branca, negra e indígena. Certamente os critérios de pertença a grupos são contingentes e suscetíveis de transformação, resultado de processos políticos e sociais bastante complexos e, como já referido, o resultado de campanhas de incentivo à afirmação de identidades tem contribuído para recuperar o orgulho de pertença racial.

⁹²

Para ver mais sobre os problemas envolvidos na identificação biológica, conferir Osório (2004, p. 87-94).

De acordo com Osório, o agrupamento de negros e pardos justifica-se, primeiramente, porque da análise das estatísticas sócio-econômicas de ambos os grupos, verifica-se um parâmetro uniforme de exclusão. Em segundo lugar, pelo fato de o preconceito os dois grupos são vítimas possuir a mesma natureza: em termos raciais, é pela parcela negra que são discriminados (2004, p. 114).

Feres Júnior (2006, p. 57) destaca que, na região sul do Brasil, 72% dos afrodescendentes consideram-se brancos. Esse fenômeno é explicado, pelo menos parcialmente, pela ideologia do branqueamento, já que muitos indivíduos buscam associarem-se a características valoradas positivamente pela sociedade, buscando assim escapar da discriminação. Para o autor, a

legitimidade das políticas de ação afirmativa no Brasil assentam-se em três fatos sociológicos muito claros: 1) o perfil sócio-econômico daqueles que se identificam como pretos e pardos é similar e, por seu turno, 2) significativamente inferior ao dos brancos; 3) juntas essas frações totalizam quase 50% da população brasileira (FERES JÚNIOR, 2006, p. 58).

Entretanto, manifesta receio na divisão da sociedade entre brancos e não-brancos. Em realidade, sua preocupação é que as políticas de ação afirmativa contemplem os auto-declarados pardos. Sua posição é a de que sejam observadas as categorias utilizadas e consagradas pelos institutos de pesquisa, como o IBGE, de modo que, eventualmente, possam servir como padrão programas em favor de outros grupos discriminados (2006, p. 59-60).

No que tange ao argumento de que a desigualdade social brasileira estaria mais relacionada a preconceitos de classe do que raciais, como visto no primeiro capítulo, todos os autores pesquisados (RIBEIRO, 1980, 2006; FERNANDES, 2007, 2008; PRADO JÚNIOR, 2004; NOGUEIRA, 1998) indicam que os problemas relativos mais graves relacionados à desigualdade social estão, efetivamente, vinculados à questão da classe. Todavia, a esse sistema de exclusão, indubitavelmente soma-se o preconceito racial, que, como já salientado, no Brasil é “de marca” (NOGUEIRA, 1998). Nesse sentido, não é mera coincidência que, sendo metade da população brasileira negra, grande parte dela seja pobre, discriminada e excluída.

Ademais, se os pobres são discriminados por serem pobres, não se pode deixar de salientar que a maioria desses são negros, que se tornaram ou mantiveram-se “pobres” em decorrência de uma herança da sociedade escravista que, de uma parte, mantinha-se a partir de pré-concepções racistas e, de outra, não incluiu, quando de sua abolição, o negro na ordem social competitiva.

Finalmente, em relação ao possível reforço na exclusão dos brancos pobres, Rios propõe que se pense em uma sociedade livre de racismo. Nessa situação,

a injustiça estrutural que beneficia a maioria branca não existiria e, via de consequência, os candidatos brancos menos qualificados não conquistariam os benefícios que lhes são propiciados, uma vez que estes postos acabariam sendo melhor distribuídos entre as diversas raças (2008, p. 183).

Esta situação hipotética nos permite concluir que as medidas de ação afirmativa racialmente consciente não diminuiriam as possibilidades de êxito dos brancos pobres, já bastante reduzidas. De outra banda, a pesquisa de Bowen e Bok (2004) demonstrou que as chances de um candidato branco ser admitido em um contexto racialmente neutro seria apenas pouco maior do que num sistema que desconsiderasse critérios raciais.

Não obstante, os programas de ação afirmativa que tem utilizado cotas conjugam favorecimentos a candidatos oriundos de escolas públicas e a membros de grupos étnicos discriminados, mormente negros e indígenas. Nesse sentido, é importante que as cotas estabelecidas, em particular às relativas à raça, mantenham proporcionalidade com a representatividade do grupo na região na qual a medida está sendo implementada. A utilização dos dois critérios parece reduzir muito a força deste argumento.

Considerando o exposto nesta subseção, importa reafirmar que o objetivo das cotas raciais é justamente nomear a raça como um problema a ser enfrentado, na medida em que complexos processos sociais estabelecem sistemas de pertença hierarquizada. Nesse sentido, o fato de os espaços sociais de maior prestígio ser frequentados por uma desproporcional maioria branca não é vista como uma questão de raça. Para se comprovar que não o é, a ocupação desses espaços passa a ser monitorada para que se assegure que efetivamente não o é. Entretanto,

como salienta Scott, “na aplicação das políticas de ação afirmativa, a raça permaneceu uma questão de ‘negritude’ e não de ‘branquitude’ (da mesma forma como o gênero era uma questão de mulheres e não de homens)” (2005, p. 25).

3.3.4 O perigo da racialização

Pode-se afirmar, em síntese, que os esta objeção reúne críticas que temem que políticas racialmente conscientes possam *racializar* as relações sociais, introduzindo em nosso meio o ódio racial inexistente e podendo levar a extremos como o segregacionismo ocorrido nos Estados Unidos. Os pressupostos do argumento são que a miscigenação ocorrida no passado teria gestado um modelo de *democracia racial*, único no mundo, no qual a discriminação com base no preconceito de raça teria sido superada, sendo nossos problemas, como referido na subseção anterior, mais relacionados a questões de classe que propriamente raciais. Uma variação considera um aspecto positivo do *nosso* racismo o fato de não ser explícito, tendo as pessoas vergonha de assumirem seus preconceitos.

Os efeitos dessa racialização englobariam o aumento da tensão racial (na sociedade em geral e nas instituições de ensino em particular), a estigmatização da população negra em relação aos motivos de seu sucesso e o sentimento de inferioridade dos próprios beneficiários. Portanto, retomamos a pergunta: vivemos em um país democrático em matéria racial?

O regime escravocrata ocorrido nas Américas caracterizou-se, ao contrário da escravidão da antiguidade clássica, por sua associação a um fenótipo, uma cor. A ideia de raça tinha por fundamento uma suposta diferença biológica entre os povos e o racismo um conceito sociológico que hierarquiza as raças. A escravidão, nesse sentido, correspondia ao modelo que Ferrajoli (2001, 2007a) denominou de *diferenciação jurídica das identidades*, de acordo com o qual à valorização positiva de certos caracteres – do homem, branco e proprietário – corresponde à valoração negativa de seus diferentes e assume um status normativo discriminatório.

A abolição da escravatura e a proclamação República não ofereceram aos recém libertos a possibilidade de integração à ordem social competitiva. O racismo manifesta-se a partir desse momento, no plano jurídico, em termos de *homologação jurídica das diferenças*, que

neutraliza e homologa as desequiparações fáticas em nome de uma abstrata igualdade formal (FERRAJOLI, 2001, 2007a).

Associada historicamente ao paradigma do Estado liberal de direito, que apregoa uma posição de neutralidade estatal frente aos conflitos sociais, esta ideia é reforçada por estudos que identificavam na ausência de segregação legal ou conflitividade racial e na miscigenação ocorrida a formatação de uma democracia racial. A ideologia da democracia racial representa uma visão idílica de nosso passado escravista, como se as relações entre senhores e escravos tivessem sido apenas ou predominantemente harmoniosas. Passa também pelo resgate (parcial) da contribuição do negro para a formação da sociedade brasileira, realizado por autores com Freyre (2001). Desconsidera a violência intrínseca ao sistema escravista, que reduz suas vítimas à condição de não cidadãos. Esta ideologia foi denunciada como mito pioneiramente por Fernandes (2007, 2008), mas também por Nogueira (1998) e Ribeiro (1980, 2006).

À homologação jurídica das diferenças corresponde, no plano sociológico, o conceito de tipo de racismo realizado no Brasil e apresentado por Ribeiro (1980, 2006) e Nogueira (1998). Podemos, como já referido, identificar dois elementos deste racismo: seu fundamento *marcas* (tonalidade da pele, textura do cabelo, traços faciais) nas presentes nos indivíduos e seu caráter assimilacionista. Em relação ao primeiro, Nogueira refere que o racismo brasileiro está, diferentemente do que ocorre em outros lugares, associado aos traços fenotípicos da vítima em potencial. Nesse sentido, o preconceito opera mais em termos de preterição do que de segregação, o que pode transmitir a falsa impressão de harmonia nas relações raciais, e relaciona-se com o ideal de branqueamento, que representa a aceitação de indivíduos negros que logram galgar degraus na escala social.

O segundo aspecto, do assimilacionismo, opera ao diluir a negritude em distintas gradações, reduzindo sua combatividade e induzindo a naturalização da ordem social. O negro, que desde o momento de sua expatriação foi desafricanizado, destituído de sua identidade, é induzido a querer ser como o branco, sentimento que tem aspirações mateiras e morais. A expectativa, discriminatória, posto que recusa a aceitar os negros como são, é a de que triunfará a miscigenação (RIBEIRO, 2006). Qualquer manifestação ostensiva de preconceito é condenada, em nome dos mencionados ideais de miscigenação e

igualitarismo nas relações raciais. O preconceito, pois, manifesta-se de modo sutil.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Brasil está longe de constituir uma democracia racial. O tratamento formal da igualdade, homologador das desigualdades sociais e raciais, não foi eficaz para a redução das desigualdades sociais e tornou-se insuficiente quando considerados os objetivos do Estado social de direito e, mais fortemente, do Estado constitucional de direito. Um olhar mais atento sobre indicadores sociais é suficiente para enterrar esta noção que muitas vezes tornou aceitáveis a omissão do Estado e a acomodação social para perseguir o fim da discriminação. Com Heringer e Ferreira, basta para tanto perceber que em todos os âmbitos da vida social, como o mercado de trabalho, a política ou a educação, a população negra têm menos oportunidades e possibilidades que a população branca. O racismo faz-se presente nas instituições públicas e privadas, agindo de modo silencioso, de modo que é equivocado afirmar que os mecanismos de cotas raciais criarão o racismo: este já existe⁹³ (2009).

A luta contra o racismo passou, por muito tempo pela recusa em se falar em raça. Nesse sentido, o rompimento do silêncio sobre o tema, a desnaturalização das desigualdades sociais que, como vimos, possui um nítido corte étnico, é parte da estratégia no sentido da democratização.

As políticas promocionais rompem o silêncio entorno do tema e devem ser elaboradas em todos os âmbitos sociais nos quais raça constitui um obstáculo ao acesso da população negra, com se observa nas universidades, mercado de trabalho, mídia, etc. Conforme assevera Bernardino, as políticas de ação afirmativa racialmente consciente buscam a desconstrução da associação negativa ao fenótipo negro, por meio da desnaturalização de seu lugar como um espaço subalterno (2004, p. 29-31). Nesse sentido, não devem buscar a reparação histórica, impossível, mas sim a construção de um futuro no qual os efeitos dos processos apresentados sejam revertidos.

Para que ocorra a democratização das relações sociais é imprescindível – e foi isso que ocorreu nos Estados modernos – que os

⁹³ Ressalvadas as diferentes realidades sociais existentes no Brasil e nos Estados Unidos, conferir Dworkin, me manifestação em sentido similar: a “ação afirmativa nas universidades [...] não transforma em mais artificial a estrutura econômica e social da comunidade, porém em menos artificial; não produz a balcanização, mas ajuda a dissolver a balcanização que hoje, infelizmente, está em vigor” (2005, p. 607).

membros da comunidade partilhem “uma participação mais ou menos democrática na distribuição do controle do poder” [instituições de autoridade pública e mecanismos específicos de violência]. Prossegue Quijano referindo que “[e]sta é a maneira específica de homogeneização das pessoas num Estado-nação moderno” (2005, p. 255-6):

Em cada um dos casos de nacionalização bem-sucedida da sociedade e dos Estados na Europa, a experiência é a mesma: um importante processo de democratização da sociedade é a condição básica para a nacionalização dessa sociedade e de sua organização política num Estado-nação moderno. Não há, na verdade, exceção conhecida a essa trajetória histórica do processo que conduz à formação do Estado-nação (QUIJANO, 2005, p. 258).

Nesse sentido, a construção de uma sociedade nacional – da tal democracia racial – somente será possível

através de um processo radical e global de democratização da sociedade e do Estado. Antes de mais nada, essa democratização teria implicado, e ainda deve implicar, o processo de descolonização das relações sociais, políticas e culturais entre as raças, ou mais propriamente entre grupos e elementos de existência social europeus e não-europeus (QUIJANO, 2005, p. 267).

Nesse contexto inserem-se, de um lado, as normas legais que combatem o racismo e visam eliminar as desigualdades (tanto sociais quanto raciais) e, de outro, por meio de políticas públicas de ação afirmativa que possam resultar em uma mais eficiente redistribuição da renda, do prestígio social e do poder.

3.3.5 Violação da autonomia universitária e do sistema meritocrático

Estas duas objeções não estão vinculadas às críticas às cotas raciais. Fundamentam-se no fato de que as ações afirmativas de acesso

ao ensino superior violariam, respectivamente, nos artigos 207, *caput*, e 208, V, ambos da Constituição Federal:

Art. 207 As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

[...]

Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. [...]

A questão da autonomia universitária diz respeito, evidentemente, ao órgão responsável pela implementação. No Brasil, os programas de ação afirmativa tem sido estabelecidos por leis estaduais e pelos conselhos universitários. Em relação à esfera federal não há legislação que preveja a obrigatoriedade de adoção desses mecanismos, mas um conjunto de leis (já referidas) que estimulam sua adoção. Porém, tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 73, que estabelece a reserva de vagas para as instituições federais de ensino técnico e superior e cuja redação final foi aprovada no Plenário da Câmara dos Deputados em novembro de 2008.

A definição da política por meio de norma geral oriunda das casas legislativas federal ou estaduais liga-se aos objetivos mais gerais dos programas de ação afirmativa, como a concretização da igualdade substancial, a transformação do imaginário de superioridade de um grupo sobre os demais, combate ao racismo estrutural, fomento da diversidade nos diversos espaços da vida pública e privada e criação de personalidades emblemáticas. Entretanto, os críticos firmam que esses objetivos podem parecer amplos demais, de modo que seria de competência de cada instituição estabelecer às metas de ampliação da diversidade interna com vistas ao oferecimento de uma formação mais completa para seus estudantes.

Parece-nos que a decisão sobre a adoção das medidas de ação afirmativa por parte possui vantagens importantes, pois, possibilitaria uma maior *autonomia* na escolha da medida (cotas, reserva de vagas ou bonificação), o estabelecimento de metas condizentes com a realidade

da instituição e local, uma maior liberdade na escolha dos critérios (étnicos, gênero, renda, entre outros), bem como na definição do quantitativo de candidatos admitidos por meio desta política.

O exposto não necessariamente impede que uma lei preveja tais mecanismos. Em primeiro lugar, como já destacado, as universidades públicas, mas também as privadas, ao serem financiadas por toda a sociedade, possuem responsabilidades públicas e, na medida em que a discriminação racial é compreendida como fundamental para o processo de democratização social e redução das desigualdades, podem ser um importante instrumento. Em segundo lugar, as regras estabelecidas podem ser mais ou menos flexíveis, transferindo às universidades, por exemplo, a decisão sobre o *quantum* a ser reservado para o grupo social beneficiário⁹⁴.

No que tange ao chamado mérito acadêmico, as cotas rígidas significariam, para os críticos, o afastamento dos critérios imparciais e objetivos representados pelo concurso vestibular. Além da violação do dispositivo constitucional, uma possível decorrência seria a redução da qualidade das instituições de ensino superior pelo ingresso de um contingente que não teriam condições sociais, econômicas e intelectuais para tanto.

A defesa do mérito como critério de admissão relaciona-se com o fato de que as vagas nas instituições de ensino superior são bem escassas, não devem ser admitidas razões para admissão com fundamento, por exemplo, em relações pessoais, renda (*leilão* de vagas) ou sorteio. Todos, ou a maioria, concordam que não devem ser selecionados estudantes *sem* mérito e que os processos de admissão devam ser *justos* (BOWEN; BOK, 2004, p. 394-7), mas a definição das qualidades que indicam um maior mérito ou maior capacidade de um candidato em relação ao seu concorrente é um processo mais complexo.

Essencialmente, definir a capacidade de cada um ou seu mérito depende dos objetivos que se deseja alcançar. Conforme salientam Bowen e Bok, os

escores de testes e as notas são medidas úteis da capacidade de realizar um bom trabalho, mas não

⁹⁴ É o caso, em parte, do citado Projeto de Lei n. 73/1999, que determina a reserva que 50% das vagas de instituições de ensino superior e técnico federais sejam destinadas a candidatos oriundos da rede pública de ensino, cabendo às administrações locais a definição do percentual a ser reservado aos candidatos negros, pardos e indígenas, no mínimo em proporção igual à presença desses grupos nas respectivas unidades da Federação.

passam disso. Estão longe de serem indicadores infalíveis de outras qualidades que alguns poderiam considerar intrínsecas, como o amor profundo à aprendizagem ou à capacidade de um alto aproveitamento acadêmico (2004, p. 395).

No mesmo sentido, Rios alerta que não há qualquer determinação constitucional quanto à pontuação em concurso vestibular como método único apto a aferir mérito individual. Mais que isso: não há qualquer dado objetivo que aponte correspondência direta e necessária entre o desempenho no concurso vestibular, por si só, e o rendimento no curso e, ainda mais longe, na vida profissional e científica (2008, p. 203).

A “objetividade” da avaliação da *capacidade de cada um* exclusivamente por meio da notas no exame vestibular reflete estratégia de neutralidade, típica da fase do Estado liberal de direito, de acordo com a qual são desconsideradas as diferentes oportunidades oferecidas a cada um. A vagueza do conceito é indicada até mesmo pela (pequena) variedade de tipos de vestibular, considerando que podem ser objetivas ou dissertativas e atribuir diferentes “pesos” para cada matéria.

Com efeito, as notas obtidas em exames dependem de mais fatores além do empenho individual, como a inteligência, estímulo recebido na infância, escolaridade dos pais e mesmo o conhecimento de estratégias para a realização do Vestibular. Estes fatores, como vimos no primeiro capítulo, invariavelmente prejudicam os candidatos negros, em decorrência os níveis de desigualdade social existentes. Nesse sentido, Heringer e Ferreira (2009, p. 156) afirmam que certamente, entre as causas da desigualdade racial no acesso ao ensino superior, está o processo de exclusão que esta população sofre nos níveis anteriores.

Este é o posicionamento de Gomes (2003, 2005), segundo o qual modelo atual de seleção de ingresso nas instituições de ensino superior não possui nenhuma utilidade sob a ótica do aprendizado, tratando-se de mais um instrumento excludente. O questionamento a ser feito, uma vez que se tratam de bens escasso, é em que, por quem e em favor de quem os recursos públicos são empregados. A discriminação positiva ou a ação afirmativa importa no reconhecimento dessas situações e na tomada de medidas coerentes com o ordenamento constitucional, buscando a sua remediação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto no decorrer do presente trabalho é possível elencar as seguintes considerações finais:

1. O sistema colonial-escravista estabelecido no Brasil – diferentemente do tipo de escravidão praticada na antiguidade clássica – estruturava-se entorno da divisão racial do trabalho. Raça é um conceito político-social que se fundamenta na crença da existência de uma suposta diferença das estruturas biológicas dos indivíduos e racismo configura-se como o uso político de conhecimentos aparentemente científicos para justificar a hierarquia e a superioridade de um grupo étnico sobre os demais. Estes dois conceitos foram utilizados pelos conquistadores como modo de legitimação das relações de domínio coloniais;

2. Os africanos expatriados sofrem, ao chegarem nas Américas, com os efeitos daquilo que Darcy Ribeiro chamou de atualização histórica, segundo a qual ocorre, em decorrência da proibição da manifestação de suas culturas e impedimento de sua transmissão, a desafricanização desses indivíduos ou, em outras palavras, a perda de suas identidades étnicas originais. A etnicidade reinventada os unifica todos na identidade única negros, que é racial, colonial e negativa. São privados de seu lugar na produção cultural da história;

3. A miscigenação consiste em importante característica do processo de formação étnica brasileira, mas não impediu que o conceito de raça fosse utilizado como instrumento de dominação, tendo sido, desde sempre, um obstáculo à construção do Estado-nação e da democratização da sociedade. A desigualdade originada da (não)condição do negro escravizado não foi objeto de políticas públicas específicas após a abolição. Não foram proporcionadas ao liberto condições para integração à ordem social competitiva. Os conflitos sociais – e também os raciais – eram negados. Nesse sentido, foi de grande relevância a formulação da ideia de democracia racial, fundada na crença de que o Brasil, por meio da mestiçagem e das relações

harmônicas entre brancos, negros e indígenas, teria superado seus conflitos raciais;

4. Ao contrário do que autores como Gilberto Freyre difundiram, a miscigenação ocorrida (que não foi realizada sem violência), a pequena incidência de conflitos raciais e a não-segregação de negros não chegou a constituir uma democracia racial. Esta ideia – denunciada por Flerestan Fernandes como mito – difundiu a crença de que a pertença racial não teria importância para a definição das oportunidades de mobilidade social. As desigualdades sociais eram percebidas como resultantes dos processos próprios da ordem social competitiva, e não das relações raciais discriminatórias resultantes da escravidão recém abolida;

5. A discriminação com base em preconceito de raça é revelada, no caso brasileiro, a partir de elementos implícitos e explícitos. No primeiro caso, fundamenta-se nas marcas (tonalidade da pele, textura do cabelo, traços faciais) presentes nos indivíduos e seu caráter assimilacionista. No que tange ao primeiro aspecto, conforme Nogueira (1998), o racismo, associado aos traços fenotípicos da vítima em potencial, opera em termos de preterição (não de segregação), o que contribui para a transmissão da falsa impressão de harmonia nas relações raciais. O segundo aspecto (assimilacionismo), relacionado ao primeiro, opera ao diluir a negritude em distintas gradações (ideal de branqueamento), reduzindo sua combatividade e induzindo a naturalização da ordem social. O negro, destituído de sua identidade, é induzido a querer ser como o branco, sentimento que tem aspirações materiais e morais. A expectativa – discriminatória, posto que se recusa a aceitar os negros como são – é a de que triunfará a miscigenação (RIBEIRO, 2006). Qualquer manifestação ostensiva de preconceito é condenada, em nome dos mencionados ideais de miscigenação e igualitarismo nas relações raciais. O preconceito, pois, manifesta-se de modo sutil. Os elementos explícitos do racismo são revelados pelo conjunto de indicadores sociais, que indicam a inter-relação entre desigualdades e raça revelando inequivocamente que a população negra encontra-se em situação de maior vulnerabilidade social do que a de seus pares brancos;

6. A emergência da questão social a partir do segundo pós-guerra e a percepção de que não fora possível combater as desigualdades intoleráveis por meio de políticas neutras, colocou em crise o modelo de Estado liberal de direito. O Estado social e, posteriormente, o Estado

constitucional de direito incorporam às conquistas da fase anterior uma demanda pela atuação positiva ou promocional do Estado. Nesse sentido, mais do que a enunciação formal dos direitos sociais, são previstos uma série de medidas que visam efetivá-los;

7. O Estado constitucional de direito marca um novo patamar na indisponibilidade do poder sobre o Direito, uma vez que estabelece âmbitos jurídicos totalmente indisponíveis ao poder político (CADEMARTORI, S., 2006), passando a vincular-se por uma série de conteúdos. Nesse sentido, adquire nítida vocação de transformação do status quo, tornando-se produtor de igualdade material. Sete são, em suma, as condições necessárias para seu advento: (a) constituição rígida, (b) garantia jurisdicional da constituição, (c) a força vinculante da constituição, (d) a sobre-interpretação da constituição, (e) a aplicação direta das normas constitucionais, (f) a interpretação conforme das leis e (g) a influência da constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, 2003);

8. Os conteúdos do Estado constitucional de direito são dados pelos direitos fundamentais. De acordo com a concepção formal de Ferrajoli, os direitos fundamentais – histórica e culturalmente estabelecidos – são “todos aqueles direitos que correspondem universalmente a 'todos' enquanto 'pessoas naturais', 'cidadãos', pessoas naturais com 'capacidade de agir' ou cidadãos 'capazes de agir'” (2007a, p. 726). Trata-se, pois, daqueles direitos cuja garantia é necessária para a satisfação do valor das pessoas e realização da igualdade. Desse modo, redefina a natureza da relação entre Estado de direito e democracia, pois os conteúdos dos direitos fundamentais estabelecem, de um lado, que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo por maioria, e, de outro, que nem sobre tudo se pode deixar de decidir. O exposto indica um aspecto essencial dos regimes democráticos enquanto mecanismo de promoção da igualdade (FERRAJOLI, 2006, 2007a);

9. No Brasil, a institucionalização do Estado de direito e da democracia foi precária e limitada, comprometida com as heranças do passado (CARRION, 1997) e com as elites e camadas médio-superiores da sociedade (STRECK, 1999), gerando espaços de (super)inclusão e de (super)exclusão, de modo que é imperioso que os juristas compreendam que suas práticas sustentadas em teorias gerais são hoje insuficientes (MORAIS, 2007);

10. A igualdade é um princípio normativo complexo que, ao reconhecer que as pessoas possuem diferentes identidades, determina

sua proteção por meio dos direitos individuais e a redução das desigualdades intoleráveis (limites fáticos à liberdade e à igualdade) por meio de implementação dos direitos sociais. São três seus tipos de garantia: (a) irrelevância das diferenças como fontes de discriminação ou privilégio, (b) a denúncia das diferenças como fonte de discriminação ou privilégio e (c) o tratamento distinto toda vez que o tratamento igual penalize a identidade do indivíduo (FERRAJOLI, 2007a). A consagração da dimensão substancial da igualdade marca a passagem do Estado de direito liberal para o social e posteriormente o constitucional de direito;

11. Ferrajoli identifica quatro configurações jurídicas das diferenças: a indiferença jurídica das diferenças (as diferenças são ignoradas; liga-se à ideia de caráter mínimo do direito e do poder do Estado), a diferenciação jurídica das diferenças (as identidades são hierarquizadas; é o modelo dos regimes escravistas), a homologação jurídica das diferenças (as diferenças são neutralizadas em nome de uma abstrata afirmação da igualdade; corresponde às formas do Estado liberal de direito) e a igual valorização jurídica das diferenças (fundamenta-se no princípio normativo de igualdade nos direitos fundamentais e no sistema de garantias apto a assegurar sua efetividade) (2001, 2007a);

12. Diante do exposto, as políticas de ação afirmativa racialmente conscientes apresentam-se como um proposta concreta de promoção da igualdade, identificado com o segundo tipo de garantia acima referido, mas também com o terceiro. Consistem no conjunto de políticas públicas estabelecidas com o objetivo de combater a discriminação racial, dentre outras, assim como corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, conforme GOMES (2006, p. 94).

Objetivam a (a) concretização do ideal de igualdade (de oportunidades); (b) transformação do status quo, de modo a modificar o imaginário de superioridade de uma raça, gênero ou qualquer condição sobre as demais; (c) eliminação dos efeitos da discriminação estrutural; (d) promoção da diversidade e representatividade de todos os grupos nos diversos espaços da vida pública e privada; e (e) criação de personalidades emblemáticas (GOMES, 2003, 2005);

13. As primeiras experiências no Brasil são implementadas em benefício de pessoas portadoras de deficiência e de mulheres, com fundamento em normas constitucionais e infra-constitucionais;

14. As cotas raciais, entre outras, para o acesso ao ensino superior ingressam na ordem do dia no princípio da década de 2000. Seu modelo varia de acordo com o órgão responsável pela implementação, a política adotada, natureza das instituições, a meta estabelecida, os critérios para escolha dos beneficiários e o quantitativo de alunos que ingressam através desta política (HERINGER; FERREIRA, 2009, p. 141-2). Devem ser previstos instrumentos que permitam a avaliação da qualidade e da eficiência das mencionadas políticas nos contextos específicos nos quais estão sendo aplicadas, bem como mobilização de recursos institucionais e financeiros de apoio e articulação com outras medidas de ação afirmativa (ZONINSEIN, 2006);

15. As objeções à implementação das referidas políticas em benefício da população negra podem ser sintetizadas em cinco dilemas: (a) contraposição entre igualdade formal e igualdade material; (b) o antagonismo entre políticas universalistas e políticas focadas; (c) a raça com critério de escolha dos sujeitos beneficiários; (4) o perigo de acirramento das hostilidades raciais; e (5) a violação dos princípios da autonomia universitária e da meritocracia, ambos consagrados na Constituição Federal. A contraposição a esses argumentos indica que as mencionadas políticas não são incompatíveis com o disposto nas regras constitucionais, cabendo, entretanto, aos poderes públicos a eleição das medidas pertinentes aos fins almejados.

Portanto, a partir do exposto, pode-se afirmar que as políticas de ação afirmativa racialmente conscientes na modalidade cotas são compatíveis com o princípio da igualdade, considerado em sua dimensão substancial. Nesse sentido, considerando o passado escravista e, principalmente, a persistência dos efeitos sociais discriminatórios com base na raça, bem como o paradigma do Estado constitucional de direito – produtor de igualdade material – e os objetivos da República brasileira, considera-se que as cotas raciais são legítimos mecanismos de promoção da igualdade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami. **Alfabetização por raça e sexo na Região Sul do Brasil: um modelo linear generalizado para explicar a evolução no período 1940-2000**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2004.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; NOVELLINO, Maria Salet. **Alfabetização por raça e sexo no Brasil: evolução no período 1940-2000**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2002.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; TEIXEIRA, Moema De Poli. **O Vermelho e o negro: viés de cor e gênero nas carreiras universitárias**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2005.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e Democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 33, 1994.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude e poder: a questão das cotas para negros. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO,

Daniela (orgs.). In: **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOWEN, William G.; BOK, Derek. **O curso do rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8112cons.htm>> Acesso em: 22fev. 2010.

_____. Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9100.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996. Institui o Programa Nacional de Direito Humanos – PNDH. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mai. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direito Humanos – PNDH, instituído pelo Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mai. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2002/D4229.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Lei n. 10.588, de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 nov. 2002c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10558.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas-corpus n. 82424/RS. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. DJ 30/09/2003.

_____. Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei n^o 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jan. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/LEI/L11096.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm> Acesso em: 22 fev. 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, s.d.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CONSELHO Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina. Resolução Normativa n. 008/CUN/2007, de 10 de julho de 2007. Cria o “Programa de Ações Afirmativas” da Universidade Federal de Santa Catarina. In: **Boletim Oficial da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 29/2007, 24 jul. 2007. Disponível em: <<http://notes.ufsc.br/aplic/boletim.nsf/3f3a06701f450e330325630d004c4e29/71f8b26f2745cc85832573220072514c?OpenDocument&Highlight=2,24%2F07%2F2007>> Acesso em: 22 fev. 2010.

DASSIN, Joan. Um Ensino Superior mais inclusivo. **Le Monde Diplomatique Brasil**, Ano 3, n. 31, fev. 2010, p. 20-2.

DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación. Historia mundial y crítica.** Madri: Trotta, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento.** 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

_____. **O negro no mundo dos brancos.** 2.ed. São Paulo: Global, 2007.

_____. **A integração do negro na sociedade de classes.** São Paulo: Globo, 2008. 2v.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** 2.ed. Madri: Trotta, 2001.

_____. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Direito e Razão.** 2.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria dello diritto.** Roma-Bari: Laterza, 2007a.

_____. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.** Roma-Bari: Laterza, 2007b.

FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas.** Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 46-62.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 159-86.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. 45.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GENNARI, Emilio. **Em busca da liberdade. Traços das lutas lutadas escravas no Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: AJUFE (org.). **Série Caderno do CEJ. Seminário internacional as minorias e o Direito**. Brasília: CJF, 2003, v. 24, p. 85-123.

_____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005. p. 47-82.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73.

GUIBOURG, Ricardo A. Igualdad y discriminación. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 19, 1996, p. 87-90.

HENRIQUES, Ricardo. **Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. Disponível em: <http://desafios2.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf> Acesso em: 08/03/2010.

_____. **Raça e gênero no sistema de ensino: os limites das políticas universalistas na educação**. Brasília: UNESCO, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129720POR.pdf>> Acesso em: 08/03/2010.

HERINGER, Rosana. Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil: um balanço do período 2001-2004. In: FERES JÚNIOR, João;

ZONINSEIN, Jonas. **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 79-109.

HERINGER, Rosana; FERREIRA, Renato. Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2001-2008. In: PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana (orgs.). **Caminhos convergentes: Estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, ActionAid, 2009. p. 137-94.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATTEUCCI, Nicola. Racismo. In: **Dicionário de política**. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

_____. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998.

MATTOS, Wilson Roberto de. Inclusão racial no ensino superior baiano: uma experiência de ação afirmativa na Universidade do Estado da Bahia (Uneb). In: **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses difusos: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. A Jurisprudencialização da Constituição. In: SANTOS, André L. Copetti; STRECK, Lenio Luiz; e ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa. Direitos Humanos e Cidadania Simbólica no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). **Direitos Humanos: os desafios do século XXI, uma abordagem interdisciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de marca: as relações raciais em Itapetininga**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs.). **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PAIXÃO, Marcelo J. P. **Desenvolvimento humano e relações raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

PINHEIRO, Luana. et. al. **Retrato das Desigualdades de gênero e raça**. 3.ed. Brasília: Ipea, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

_____. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 16(3), p. 887-96, set.-dez. 2008.

POCHMANN, Márcio. Apresentação IPEA. In: PINHEIRO, Luana; et. al. **Retrato das Desigualdades de gênero e raça**. 3.ed. Brasília: Ipea, 2008.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. O negro, seu acesso ao ensino superior e as ações afirmativas no Brasil. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs.). **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 23.ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **Os brasileiros. Livro 1 – Teoria do Brasil**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1980.

_____. Uma introdução a “Casa Grande & Senzala”. In: FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. 45.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, p. 85-99, 1996.

ROQUE, Átila. Construção e desconstrução do silêncio: reflexões sobre o racismo e o antirracismo na sociedade brasileira. In: PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana (orgs.). **Caminhos convergentes: Estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, ActionAid, 2009. p. 259-74.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. **Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 13(1), p. 11-30, jan.-abr. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Negros em movimento: a construção da autonomia pela afirmação de direitos. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs.). **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SÍNTESE de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. n. 26. Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRAGTENBEG, Marcelo H. R.; BASTOS, João Luiz D.; PERES, Marco Aurélio. **Políticas de ampliação do acesso e diversidade socioeconômica e étnico-racial na Universidade Federal de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.acoes-afirmativas.ufsc.br/artigos/2006-09-30-artigo-pagina-comissao.pdf>>
Acesso em: 22 fev. 2010.

UPRIMNY, Rodrigo; GUARNIZO, Diana. **Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de la regresividad? Un enfoque desde la jurisprudência constitucional colombiana.** Disponível em: <<http://www.dejusticia.org/>> Acesso em: 25 fev. 2010.

WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas pública de ação afirmativa. In: In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.** Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005. p. 307-34.

ZEGARRA, Mónica Carrillo. Ações afirmativas e afro-descendentes na América Latina: análise de discursos, contra-discursos e estratégias. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.** Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa e desenvolvimento. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas.** Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 9-45.