

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 172

Outubro/dezembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado

Democrático de Direito

O problema das cotas

Marcelo Campos Galuppo
Rafael Faria Basile

Em sua obra “Faticidade e Validade”, Habermas afirma que o direito estabelece uma dupla relação com a política e a moral (Cf. HABERMAS, 1997). Com a política, porque, ao mesmo tempo em que é implementado por meio de mecanismos políticos e se constitui em um instrumento da realização de suas finalidades, ele também representa um controle sobre a escolha dos fins e o exercício dos meios pela política. Com a moral, porque, se por um lado, resolve o problema da indeterminação inerente à moral¹, decorrente do fato de que é impossível uma decisão moralmente responsável antes da ocorrência de casos concretos, em face da complexidade que os conflitos de ação podem assumir, inapreensível na fixação prévia da norma de conduta que regula o caso. Por outro lado, o direito depende da moral, por adotar um tipo de argumentação tipicamente dialógica e um tipo de racionalidade que se origina nessa esfera. Por isso, Habermas pode afirmar a interdependência entre a moral, a política e o direito, sendo que o direito realiza a mediação entre aquelas duas esferas (Cf. HABERMAS, 1997b). Isso diz respeito, especialmente, aos direitos fundamentais, que, como normas de conteúdo moral, dizem respeito universalmente a todos os homens, mas, como normas jurídicas, dizem respeito apenas aos cidadãos (historicamente existentes) de um Estado (Cf. HABERMAS, 1997a). Poderíamos definir

Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação em Direito da PUC Minas, UNA e Estácio de Sá e dos cursos de pós-graduação em Direito da PUC Minas. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Rafael Faria Basile é Mestrando em Teoria do Direito pela PUC Minas. Bolsista do CNPq.

tais direitos fundamentais como os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático (Cf. GALUPPO, 2003, p. 213-238). Não se trata, propriamente, de direitos que o Estado atribui aos cidadãos, mas de direitos que esses precisam reconhecer uns aos outros, porque, no Estado Democrático de Direito, o direito não prevê um critério estatal definitivo para se determinar a legitimidade das normas jurídicas, devendo essas ser constantemente avaliadas pela sociedade civil, sua guardiã.

Com base na relação co-original entre direito, moral e política, e na importância do direito para a democracia, podemos estabelecer parâmetros que definam os direitos fundamentais como condição de possibilidade de implantação de uma sociedade realmente democrática e do exercício de todos os demais direitos. Tais direitos fundamentais visam possibilitar que cada falante possa participar, da forma mais ilimitada, tanto formal quanto materialmente, dos discursos jurídicos que fundamentam as normas inferiores, mas também as próprias normas de direitos fundamentais, o que revela seu caráter reflexivo. Habermas dá o nome de *Sistemas de Direitos* a esse conjunto de direitos fundamentais, conjunto transitivo² e reflexivo³ de princípios jurídicos que garantem a legitimidade de um ordenamento jurídico estatal contemporâneo, estabelecendo as condições de institucionalização jurídica dos processos comunicacionais, e que engloba os seguintes direitos fundamentais (HABERMAS, 1997a, p. 59):

“a)Direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais de ação.

b)Direitos fundamentais que resultem da elaboração politicamente autônoma do *status* de membro em uma associação voluntária sob o direito.

c)Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade

de adjudicação de ações protetivas e da configuração politicamente autônoma e da proteção jurídica individual.

d)Direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade públicas, nas quais cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles positivam um direito legítimo.

e)Direitos fundamentais a provisão de condições de vida que sejam socialmente, tecnologicamente e ecologicamente asseguradas a serem reconhecidos caso se suponha que os cidadãos devam ter iguais oportunidades de utilizar os direitos fundamentais listados anteriormente⁴.”

Do ponto de vista pós-metafísico, esse *Sistema de Direitos* só pode se consubstanciar no Estado se dotado de coerção e de institucionalização política, razão por que só pode se materializar por meio do direito positivo, tendo existência somente, portanto, no interior de uma comunidade real de comunicação (Cf. GALUPPO, 2002). Conseqüentemente, o Sistema de Direitos tem existência apenas “na forma em que foi constitucionalmente interpretado e formado” (HABERMAS, 1997a, p. 207). Uma vez que o Sistema de Direitos é condição racional e histórica de legitimidade do direito, e, inclusive, das normas constitucionais, mas na medida em que tal sistema só pode ser expresso por meio do direito positivo, a Constituição precisa assegurar um núcleo fundamental de direitos, se pretende ser legítima. Assim, do ponto de vista da Teoria Discursiva do Direito, uma sociedade e um Estado que se pretendam democráticos não podem sonegar direitos fundamentais como aqueles referentes à vida, ao reconhecimento como pessoa, à formação livre da vontade política e à segurança contra coações físicas ou morais ilegítimas.

Como a justificação das normas jurídicas se faz com base na força dos melhores argumentos que resistam às críticas contrá-

rias⁵, os discursos jurídicos devem ser realizados, na medida do possível, sem interferência de violência ou ideologias, razão pela qual não podem ser sonogados aqueles direitos que garantam as condições materiais e culturais para a inserção de cada falante no discurso.

Ao garantir a todos os cidadãos mecanismos de participação igual na produção do direito positivo, permitindo que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus autores (Cf. GALUPPO, 2002), tal sistema de direitos assegura a legitimação do ordenamento jurídico. Esse é o sentido essencial da autonomia que caracteriza a regulação jurídica moderna: o direito que criamos é legítimo porque criado para regular nossa própria vida.

Visando garantir instrumentos para a inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos, a idéia de um sistema de direitos como substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito, que é essencialmente um Estado pluralista (GALUPPO, 2001, p. 47-65), revela a importância da igualdade para o paradigma procedimental do Direito e da política presente na ética do discurso e na teoria discursiva do direito. A liberdade da vontade e, sobretudo, a igualdade formal e a igualdade material são pressupostos da legitimidade das normas produzidas e aplicadas pela comunidade real de comunicação, na medida em que condicionam a realização da situação ideal de fala⁶. A democracia seria, nesse sentido,

“uma comunidade real de comunicação em que se realiza, na maior medida possível, a situação ideal de fala, ou seja, aquela em que os envolvidos podem desenvolver completamente sua competência comunicativa, o que só é possível, como já foi dito, se eles não sofrerem limitações nem externa (violência) nem interna (ideologia)” (GALUPPO, 2002, p. 152).

No direito moderno, que pressupõe uma política cujas decisões são tomadas quantitativamente, e não qualitativamente, e que

pressupõe uma sociedade que não se estrutura hierarquicamente, mas isomorficamente, a igualdade tem que ser concebida como igualdade aritmética, pois qualquer outra forma de igualdade implicaria reconhecer maior ou menor importância às pessoas. A igualdade aritmética, estendida pela universalização dos direitos a todos os homens, é um conceito inclusivo de igualdade, que exige que o maior número possível de pessoas (idealmente, a humanidade, mas, pelo menos, os cidadãos) seja incluído pela proteção jurídica. Conseqüentemente, a igualdade tem que ser concebida como um procedimento de inclusão formal e material nos discursos de justificação e aplicação das normas, e o Direito só pode ser tido como legítimo se garantir essa igualdade nos discursos que realiza (Cf. GALUPPO, 2002).

Uma das características da modernidade é o fato de ela ser fundada no indivíduo, e não mais na comunidade natural. Isso indica que as sociedades modernas são pluralistas, no sentido de coexistirem, no seu interior, diferentes projetos acerca do que é o bem e de como realizá-lo⁷.

Só em uma sociedade democrática o pluralismo pode ser exercitado de forma séria e consistente, e, assim, deixar de ser uma mera coexistência de concepções divergentes para se tornar a convivência de projetos realizados da melhor forma possível, permitindo a inclusão de projetos de vida diversos dos majoritários e, em alguma medida, até mesmo alternativos.

Em uma sociedade pluralista democrática, o Direito deve cumprir simultaneamente duas tarefas: deve realizar, na maior medida possível, o projeto de vida da maioria e deve também preservar, de alguma forma, os projetos de vida alternativos. Ademais, a auto-identidade que se atribui uma sociedade pluralista só é inteiramente compreendida se o direito que a interpreta reconhece que essa sociedade tem de querer, mesmo que paradoxalmente, realizar simultaneamente os projetos de vida distintos, ainda que tais projetos alternativos requeiram, em

algumas situações, uma aplicação especial do direito, justificada pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa.

Uma vez que a igualdade é condição formal e material da realização daquilo que confere legitimidade ao direito moderno, a saber, dos discursos de justificação e de aplicação, ela é tida como pressuposto em geral da própria legitimidade do direito, ou seja, a igualdade é fundamento da legitimidade do discurso jurídico.

Como a fundamentação das normas jurídicas é sempre transitiva e provisória, já que pode ser superada pela fundamentação de outra norma posterior, o *princípio* jurídico da igualdade não pode ser entendido como um princípio substancial, com um conteúdo pré-estabelecido, porque isso não levaria a sério nem sua tarefa de incluir a todos nos discursos jurídicos, nem o fato de que ele é um princípio, uma norma cuja aplicação exige uma avaliação de adequabilidade à situação fática que pretende regular, e exige que todas as outras normas sejam postas de lado para sua aplicação (Cf. GALUPPO, 1999, p. 191-209)⁸. Um princípio substancial, nesse caso, seria o maior obstáculo a uma igualdade materialmente e formalmente consistente.

Caracteriza a compreensão moderna do direito o fato de que o conteúdo das normas jurídicas não pode ser dado pelos projetos de vida mesmos, ou pelos seus substratos ideológicos, pois os discursos, inclusive os jurídicos, não podem pré-selecionar os conteúdos relevantes, sendo essa seleção o resultado dos discursos, e não uma condição para os mesmos. Tal conteúdo só pode ser fixado procedimental e discursivamente nos processos políticos e jurídicos que autorizam sua criação legislativa e aplicação judicial.

No plano da aplicação, e se fundamentado por boas razões, o princípio da igualdade pode exigir um tratamento diferente dos sujeitos políticos, já que a igualdade não pode ser meramente formal, devendo ser também material. Isso se dá porque, na

modernidade, a igualdade é um conceito aritmeticamente inclusivo, ou seja, sempre que o maior número de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, estaremos criando igualdade e não desigualdade.

Uma vez que isso depende da indicação de boas razões, só se pode avaliar se políticas públicas afirmativas contribuem ou não para a realização da igualdade caso a caso, não possuindo essa questão uma resposta abstrata, porque o que deve ser avaliado é se tais políticas criam ou não desigualdades *no caso concreto*, ou seja, se permitem maior ou menor inclusão social.

Portanto, o tratamento diferenciado dispensado a parcelas materialmente excluídas dos meios do direito e da política não é, necessariamente, um atentado contra a igualdade. O tratamento diferenciado é compatível com a igualdade se não for, também, fator de desigualdade racionalmente injustificável. E, mais que isso, o tratamento diferenciado possibilitado por ações afirmativas é fator que pode contribuir para a produção da igualdade material. Dessa forma, as ações afirmativas podem ser legitimamente compreendidas como um critério de produção de igualdade toda vez que implicarem maior inclusão de cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas.

Aqui emerge a questão da discriminação racial. A questão de fundo, diferentemente do exarado na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82424/RS⁹, não é se raça é um conceito antropológico, político, social ou biológico, sendo óbvio que guarda conexão com todos esses aspectos, mas se o conceito de raça deve exercer algum papel no direito. Pretendo defender aqui que as mesmas razões fundamentam a afirmação de que o conceito de raça, enquanto critério de exclusão, é obviamente inconciliável com as pretensões universalizadoras requeridas pelo direito moderno e democrático, mas que pode ser legitimamente utilizado pelo direito enquanto

critério de inclusão de grupos faticamente excluídos¹⁰.

A implementação de ações afirmativas pelo sistema de cotas se deu em um primeiro momento nas universidades públicas estaduais do Estado do Rio de Janeiro e da Bahia. A iniciativa, no Rio de Janeiro, decorreu da edição de legislação específica nesse sentido. A Lei 3.524/2000 estabeleceu critérios de admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais, fixando cota de 50% para aqueles que tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública municipal e/ou estadual. Por outro lado, a Lei 3.708/2001 reservou uma cota mínima de 40% para negros e pardos no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual Norte-Fluminense, sendo que, nessa cota mínima, estavam também incluídos aqueles já beneficiados pela Lei 3.524/2000¹¹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro emitiu, em várias ocasiões, julgados sobre a constitucionalidade de tais ações afirmativas. Ocorre que diferentes decisões foram proferidas, tanto pelo próprio Tribunal quanto pelos juízes de primeira instância, algumas com posicionamentos pela constitucionalidade, que encontraram amparo em uma interpretação constitucional de conformidade com as ações afirmativas, e outras com decisões pela inconstitucionalidade, fundamentadas em uma igualdade apenas formal, condizente com a doutrina do Estado Liberal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi, portanto, o primeiro tribunal do Brasil a enfrentar a questão da constitucionalidade das ações afirmativas em favor dos negros na educação. E diante de um posicionamento contrário às ações afirmativas, o Tribunal manifestou-se, em certa ocasião, afirmando que o desenvolvimento “de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de

uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3.708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República” (BRASIL, 2005).

A igualdade como elemento de transformação da realidade social foi a tônica em vários acórdãos sobre as ações afirmativas no Rio de Janeiro, conforme se pode perceber:

“O preceito constante do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualização, dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira”

E continuou a posicionar-se sobre as instituições brasileiras:

“A postura jurídica e política de aplicação, em nosso território, de tão decantado princípio (da igualdade) em termos apenas formais, à sombra de ditames constitucionais estáticos, até a promulgação da Carta de 1988, permitiu, sem sobra de dúvida, a manutenção e o agravamento, ao longo do tempo, de tratamentos discriminatórios, geradores de uma sociedade brasileira cada vez mais injusta em relação a uma minoria de seus integrantes, o que depõe significativamente contra uma nação dita democrática no contexto das demais nações que assim se classificam. (...) Em verdade, a Independência, em 1822, e a Abolição (da escravidão), em 1888, como de conhecimento, não concretizaram, em

termos sociais, a liberdade e os direitos individuais garantidos constitucionalmente (...). Os dados de que dispomos nos alertam para o fato de que os brancos pobres já contam com uma vantagem de escolaridade frente aos negros. Se abriremos cotas para pobres, portanto, independentemente de sua cor, na verdade estaremos contribuindo para a reprodução ou até mesmo a intensificação da desigualdade dentro desse segmento dos pobres brasileiros. No ponto diferencial em que o branco pobre está em melhores condições, abrir-se-á ainda mais a vantagem dessa parcela da população, que poderá utilizar esse novo capital cultural na busca de uma melhor posição no mercado de trabalho. Se fizermos isso, estaremos no mínimo postergando ou até mesmo piorando a desigualdade racial brasileira. Ou seja, faremos uma ação afirmativa de classe às expensas de continuar discriminando os negros, cientes de que o fazemos” (BRASIL, 2005).

Mas, em 2003, uma nova lei disciplinando o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais entrou em vigor, a Lei Estadual 4.151, de 4 de setembro de 2003, revogando as duas leis anteriores. Essa lei veio aperfeiçoar o sistema até então vigente, pois nela se respeitaram os princípios da autonomia das universidades e da universalidade do sistema de cotas, além de outros. A Lei 4.151/2003 estabeleceu, em seu art. 5º, a cota mínima de 45% das vagas distribuídas em 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino, 20% para os negros e 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas. É importante mencionar a preocupação do legislador para que o programa alcance um resultado satisfatório, conforme podemos perceber no texto do art. 4º, que assim dispôs:

“Art. 4º – O Estado proverá os recursos financeiros necessários à im-

plementação imediata, pelas universidades públicas estaduais, de programa de apoio visando obter resultados satisfatórios nas atividades acadêmicas de graduação dos estudantes beneficiados por esta Lei, bem como sua permanência na instituição. Parágrafo único – Aplicam-se as disposições deste artigo aos estudantes carentes que ingressaram nas universidades públicas estaduais beneficiados pelo disposto nas Leis nºs 3.524, de 28 de dezembro de 2000, 3.708, de 9 de novembro de 2001 e 4.061, de 2 de janeiro de 2003, ficando, desde já, o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares para cobrir as despesas necessárias à manutenção do programa, inclusive com recursos oriundos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza”.

Como percebeu corretamente o legislador, o sistema de cotas nas universidades não cumpriria seu objetivo se fosse apenas formal, ou seja, se apenas reservasse vagas para aqueles que se enquadrassem nos requisitos das cotas, sem fornecer-lhes as condições materiais para alcançarem os mesmos níveis de desempenho dos demais alunos.

Acompanhando a evolução do tema e possibilitando o aumento da discussão em torno das ações afirmativas, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 3.197¹², foi impetrada perante o Supremo Tribunal Federal discutindo a constitucionalidade da Lei 4.151/2003 do Estado do Rio de Janeiro, acontecendo o mesmo com as Leis 3.524/2000 e 3.708/2001 no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que foram apreciadas quanto à sua legalidade em sede de controle difuso. Assim, atualmente, em sede de controle concentrado, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o dispositivo que fora combatido no Supremo foi a Lei 4.151/2003, já que a Lei 3.708/2001 foi revogada e teve sua inconstitucionalidade decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.¹³

Em que condições, então, o uso do conceito de raça pode ser juridicamente admitido? É exatamente porque o direito realiza a mediação entre a moral e a política, mas não se confunde com elas, que a questão admite uma resposta jurídica. Se os discursos de justificação das normas jurídicas, bem como os discursos de sua aplicação, são discursos de uma comunidade real de fala, então precisam levar em conta não apenas aquilo que os falantes devem formalmente se atribuir, mas também as condições fáticas em que se encontram e que condicionam, até certo ponto, os limites da percepção que os próprios falantes-cidadãos têm de seus direitos. A equação entre aquilo que, do ponto de vista estritamente racional, ou seja, do ponto de vista da universalidade, os falantes devem se atribuir e aquilo que, do ponto de vista fático, eles realmente, ou seja, historicamente, atribuem-se tem como resultado os campos em que a ação afirmativa pode ocorrer.

É nesse momento que o conceito de raça pode ter um uso positivo e legítimo pelo direito. Se a igualdade racial formal não corresponde às situações fáticas, ela deve assumir plenamente seu caráter *normativo*. Isso significa que a regulação jurídica deve realizar a igualdade *ainda que*, de fato, as condições substantivas de tal igualdade não sejam dadas.

Para não se cair em subjetivismo, o que deve ser levado em conta pelo legislador e pelo aplicador é se a ação afirmativa produz igualdade, entendida como maior inclusão, ou desigualdade, entendida como maior exclusão. O sistema de cotas nas universidades, por exemplo, não exclui formalmente o acesso de outros participantes ao ensino superior. Mas como as vagas universitárias não podem ser exponencialmente multiplicadas de modo a garantir um acesso faticamente irrestrito a todos, é preciso que, materialmente, a distribuição das vagas obedeça a um critério que permita, minimamente, a inclusão de outras raças, como a negra, ainda que não impeça, maximamen-

te, a participação da raça politicamente dominante.

Isso significa que o conceito de raça pode ser utilizado pelo direito moderno toda vez que garantir que diferenças não-relevantes do ponto de vista racional, ou seja, moral, não impliquem diferenças fáticas, ou seja, históricas do ponto de vista político.

Evidentemente, o tratamento diferente concedido por meio das ações afirmativas, e, em especial, das cotas, só pode ser admitido enquanto estiverem muito distanciados, do ponto de vista moral ou político, daquilo que devemos nos atribuir reciprocamente, se quisermos ter nossas vidas reguladas por um direito legítimo.

Isso significa que a distinção entre igualdade formal e material não tem lugar em uma concepção correta da legitimidade do direito e reproduz antes ideologias do que concepções racionalmente sustentáveis. De fato, a igualdade só pode ser formal se for também, simultaneamente, material.

Nesse sentido, tratar diferentemente os negros, criando, por meio dos direitos fundamentais, condições de inclusão social, significa tratá-los de modo juridicamente adequado, o que é necessário para assegurar a legitimidade, pois, conforme afirmamos, a legitimação do direito só pode se dar se houver uma igual possibilidade de participação real nos discursos de formação da opinião e da vontade, o que exige, muitas vezes, um tratamento diferenciado daqueles que são faticamente excluídos, implementando-se uma igualdade produtora e produzida pelo Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ Para Habermas (1997a), ao contrário de Kant, a moral não pode fornecer, previamente aos problemas concretos, um rol de normas de ação, ou seja, ela goza de uma indeterminação cognitiva. Se a moral caracteriza pela indeterminação cognitiva, o direito, ao contrário, pode indicar previamente as normas jurídicas que se apresentam como solução para os conflitos de ação previamente a esses mesmos conflitos, pois nele essa "indeterminação cog-

nitiva é absorvida pela faticidade da produção do direito” (Habermas, 1997a, p. 143).

² Para Habermas (1997a; 1997b), o sistema de direitos se consubstancia por meio de um direito positivo, em que o Sistema de Direitos tem existência apenas pela formação e interpretação constitucional do mesmo em determinado momento, restando, pois, a transitoriedade do Sistema de Direitos em virtude do fato de que o mesmo se revela pela Constituição histórica.

³ Reflexivo, pois o Sistema de Direitos preserva um mínimo de racionalidade para legitimação dos discursos jurídicos: um ordenamento só é legítimo se garantir mecanismos de igual participação na produção do próprio direito, de forma que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus próprios autores (GALUPPO, 2002).

⁴ Esses dois últimos ganham destaque, como mostrarei adiante, na atenuação dos efeitos negativos da discriminação racial e de outras práticas excludentes das minorias.

⁵ Por melhor argumento devemos entender aquele que melhor resiste às críticas levantadas pelos outros envolvidos no discurso, o que significa que a determinação de qual seja o melhor argumento só pode ser apresentada no próprio discurso, pragmaticamente, e não de maneira absoluta e prévia à comunicação estabelecida na comunidade real de comunicação (GALUPPO, 2002).

⁶ A comunidade ideal de comunicação se distingue da situação ideal de fala na medida em que aquela não existe no tempo e no espaço, não havendo nela violência ou ideologia, participando todos os envolvidos diretamente da formação do consenso, o que faz a participação nesses discursos ser ilimitada. Como o próprio Habermas alerta (HABERMAS, 1997b).

⁷ A fundação da modernidade no indivíduo aponta para o pluralismo na medida em que, nas sociedades modernas, verifica-se a coexistência de uma pluralidade de projetos de vida que se impõem pelo sistema jurídico-político vigente. A saber, o direito de uma sociedade moderna cumpre uma duplicidade de objetivos: por estar ligado à dimensão da faticidade, deve realizar, na maior medida possível, o projeto de vida da maioria; e, por estar ligado à dimensão da validade, deve preservar, de alguma forma, os projetos de vida alternativos, que podem, inclusive, vir a se tornar projetos da maioria (GALUPPO, 2002).

⁸ Da mesma maneira Günther (1993) pressupõe que também os discursos de aplicação são limitados pela faticidade do direito e pela contingência da comunicação humana. Por isso, ele pode elaborar um critério de coerência consistente com esse pressuposto.

⁹ (BRASIL, 2004) EMENT VOL-02144-03 PP-00524: EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICA-

ÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 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. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuum rei memoriam*, verberado o repú-

dio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

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.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. “Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lem-

brança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.”

¹⁰ A diferenciação dos indivíduos de acordo com a raça produz diferenças sociais, que devem e podem ser corrigidas pelo direito, na medida em que o mesmo seja capaz de forçar ou permitir a criação de oportunidades quando elas não existem. Nesse sentido, a coerção que o direito revela seria a forma de exteriorizar não apenas um poder imperativo, mas o acesso às oportunidades para os menos favorecidos.

¹¹ No Estado da Bahia, o início da implementação de ações afirmativas se deu com a aprovação, pelo Conselho Universitário da Uneb, de uma resolução em 18 de julho de 2002, que instituiu a cota de 40% das vagas reservadas para estudantes negros oriundos de escolas da rede pública de ensino.

¹² A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3197, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, até a conclusão deste artigo não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹³ A arguição de inconstitucionalidade nº 00015/2005, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acima mencionada, manifestando-se pela inconstitucionalidade da Lei Estadual 3.708, declarou: “... Até onde, porém, a reserva de cotas pode ser estabelecida, sem que se firam outros direitos, também fundamentais? Aí vêm os princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, etc., além do princípio da proporcionalidade, que resume toda e qualquer posição que se baseie na seriedade das propostas constitucionais.”

Referências

BRASIL. Apelação Cível n. 27062, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Cláudio Mello Tavares. Rio de Janeiro, 2005.

_____. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 82424/RS. Relator: Min Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 17 set. 2003. *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, p. 17, 19 mar. 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. O que são os direitos fundamentais?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999.

_____. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro

Ricardo de Souza. (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Albany: State University of New York, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebe Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 1 v.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebe Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. 2 v.