

REFERÊNCIA PUBLICAÇÃO

DUARTE, Evandro Charles Piza. Princípio da Isonomia e Critérios para a Discriminação Positiva nos Programas de Ação Afirmativa para Negros (afro-descendentes) no Ensino Superior. In: ABC Revista de Direito Administrativo Constitucional. ano 7, n. 27, jan./mar.2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. ISSN: 1516-3210.

Princípio da Isonomia e Critérios para a Discriminação Positiva no Programas de Ação Afirmativa para Negros (Afro-descendentes) no Ensino Superior.

“Para superar o racismo, nós devemos primeiramente levar a raça em consideração. Não há outra alternativa. E para que possamos tratar algumas pessoas com equidade, nós temos que tratá-las diferentemente. Nós não podemos – nós não devemos – permitir que a Cláusula de Igual Proteção perpetue a supremacia racial.” (Juiz da Suprema Corte Americana Harry Blackmun) ¹

Evandro C. Piza Duarte ²

Introdução

O presente texto aborda o tema da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no acesso ao Ensino Superior, especificamente as denominadas “cotas raciais” nos vestibulares das universidades públicas, analisando-o sob o enfoque do Princípio da Isonomia. ^{3 4} Seu objetivo é debater uma interpretação dinâmica do

¹ Citado por GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Ro de Janeiro: Renovar, 2001. p. 236.

² Mestre em Direito pela UFSC; Professor de Processo Penal e Direito Penal na UniBrasil. Autor de Criminologia & Racismo – Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2003; Membro da Comissão que formulou a proposta para a criação do Plano de Metas de Inclusão Racial e Social da UFPR 2004/2005.

³.O presente texto inclui diversos argumentos sugeridos nas discussões com a Prof.^a Dora Lúcia de Lima Bertúlio, a quem agradeço pelo incentivo

⁴ A opção pela categoria “negro” por parte dos movimentos sociais brasileiros é peculiaridade local. Ao contrário do que ocorre em outros contextos, eles preferiram investir numa resignificação do conteúdo histórico negativo dessa expressão, aproveitando-se de duas de suas características: o uso nacional e sua associação com a idéia de rebeldia. A imagem de heróis negros, como de Zumbi dos Palmares, expressa essa tendência. Todavia, em outros países, ela foi substituída por substantivos que pretenderam demarcar

Direito como processo de emancipação social que agregue às concepções de Igualdade formal e material, desenvolvidas no constitucionalismo crítico europeu e americano, a sensibilidade para a construção de novos direitos por grupos sociais marginalizados nas regiões periféricas do capitalismo.⁵

Os programas de ação afirmativa conformam-se à ordem constitucional brasileira tanto em relação ao Princípio da Isonomia quanto à autorização para Administração Pública instituí-los, porém, o presente texto restringe-se à análise do primeiro aspecto.⁶

Não obstante, tal posição não é defesa cega de todos os modelos implementados. Nossa objeção não se refere à constitucionalidade dos programas, tampouco à suposta lesão de direitos de determinados candidatos que não são aprovados nos novos sistemas de vestibulares, mas a possibilidade de construir modelos retóricos de inclusão da população negra. Modelos deste tipo têm por objetivo político impedir a implantação de soluções eficazes. Neste diapasão estão programas que forjam percentuais tão mínimos ou barreiras tão extensas que não alcançam incluir, efetivamente, estudantes negros nas universidades públicas.

De modo semelhante, a aceitação da alternativa pelas políticas de ação afirmativa não está fundamentada na substituição das políticas sociais generalistas por políticas focadas. As políticas generalistas devem estar atentas ao problema dos desvios em sua execução resultantes dos preconceitos compartilhados e necessitam ser ampliadas numa sociedade tão marcada pela exclusão. Entretanto, podem e devem conviver com novas políticas que

também o fato de que os “negros das Américas” não eram mais “africanos”, mas que buscavam partilhar e integrar novos destinos nacionais, como por exemplo, a expressão afro-americano ou afro-colombiano, as quais possuem correspondência, presente no art. 215 da Constituição Federal, na expressão afro-brasileiros. Quanto ao substantivo “afrodescendente” seu uso no país está associado aos trabalhos preparatório da Conferência de DURBAN (2001). A necessidade de encontrar um vocábulo que expressasse as reivindicações dos diversos movimentos negros impôs que se rechaçasse o termo negro, porque na língua inglesa ele possui ainda forte conotação racista. A opção permitia a aproximação no plano internacional entre os movimentos reivindicatórios estabelecidos. O termo afrodescendente vinculava os negros da Diáspora aos habitantes do continente africano. No texto, as duas expressões, pelas razões acima apontadas, são utilizadas como sinônimo, o que é, a bem da verdade, a única opção adequada.

⁵ A propósito veja-se: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação; Na idade d globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁶ Sobre o tema: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 28-59. SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, Cotas e Ação afirmativa: razoes históricas*. Rio de Janeiro: Quartet, 2003. PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito Racial e Igualdade Jurídica no Brasil*. São Paulo: Julex, 1989. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Ro de Janeiro: Renovar, 2001. BOK, Willian G Bowen. *O Curso do Rio – Um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Responsabilização Objetiva do Estado. Segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá: 2005.

incluam novos direitos para grupos que são as principais vítimas do preconceito.

Ontem e Hoje: a persistência do tema da Igualdade

O debate sobre a Igualdade para os negros e indígenas não é novo em terras nacionais. Ele fez parte de inúmeras lutas anônimas, cujos registros ficaram perdidos na exclusão sistemática da memória dos vencidos. Não obstante, trechos desse debate ainda podem ser relidos nos livros de história. Esse é o caso paradigmático de Adão José da Lapa que, conforme registros judiciais de 1831, é qualificado como "preto, casado e proprietário". 'O senhor Adão, escravo liberto, possuía uma casa de quitandas na Corte, mas teve seu negócio invadido, segundo suas alegações, arbitrariamente pelo inspetor policial que, numa das ocasiões, furtou-lhe alguns objetos. Inconforme, representou ao Trono. A razão de seu descontentamento devia-se ao fato de que o Juiz de Paz se negara a ordenar a elaboração de exame de corpo de delito. O Magistrado, por sua vez, o acusava de ser "suspeito" de abrigar escravos foragidos, embora inúmeros atestados de antecedentes comprovassem a "idoneidade moral" do acusado. O suplicante ao trono fundamentara seu pedido "na garantia que a todos os cidadãos dão as leis". Ao final, apesar de todas as regras e provas favoráveis, Adão teve sua prisão decretada pela mesma autoridade judicial com a qual se desentendera.⁷

Embora se possa querer fixar uma data aleatória para o nascimento da demanda por Igualdade em 1831, devido ao sugestivo nome do autor de triste história acima descrita, o registro serve apenas para que se pondere sobre a trajetória de reivindicação desse direito em nosso país e quanto à necessidade de compreender as suas atuais perspectivas num contexto mais amplo. A demanda por Igualdade não nasceu em além muros das fronteiras nacionais e tampouco é coisa de ontem, isso é certo.

O pleito do Sr. Adão sugere inúmeras questões sobre a natureza contraditória do direito à Igualdade: Diante dos valores que negam o direito à escravidão e repudiam o racismo, poder-se-ia supor que o Sr. Adão, ainda que culpado, devesse ser preso? Poder-se-ia justificar a atitude do juiz como "um homem de seu tempo", ainda que outros juristas à época não fossem igualmente indiferentes à escravidão, travando verdadeira luta pela abolição no plano judicial? Pode-se negar o fato de que o limite à atuação de Adão não foi decorrente de sua condição de escravo, mesmo porque não era cativo, mas da sua condição de ser negro?

⁷ O caso é transcrito por SOARES, Carlos Eugênio Líbano. *A Capoeira Escrava - e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*. Campinas: Unicamp, 2002.

O debate atual sobre programas de ação afirmativa para negros e indígenas retoma tensões que já persistem desde a escravidão. Os discursos apresentados contra tais programas são extremamente semelhantes àqueles vividos quando da implantação de uma abolição lenta e gradual e da concessão de uma liberdade sem cidadania. De igual modo, os argumentos favoráveis espelham parte do abolicionismo negado neste processo e que tentou, em vão, fundamentar a abolição em bases morais e não apenas em argumentos econômicos. Atualmente, o dilema ético mais decisivo para o constitucionalismo pátrio, ao debater a adoção desses programas, é o fato de que Adão José da Lapa representa, ainda, um conjunto ponderável de cidadãos para quem a igualdade formal é um luxo irrealizável. Some-se o fato de que, como se tem demonstrado empiricamente, o tempo não foi capaz de vencer as desigualdades raciais em nosso país.

Em algumas decisões judiciais sobre a constitucionalidade desses programas, especificamente aqueles destinados ao acesso no Ensino Superior, o dilema transparece. Como lucidamente argumentou o Magistrado da Justiça Federal Vicente de Paula ATAÍDE JR no indeferindo de pedido de liminar em Mandado de Segurança contra o Plano de Inclusão Racial e Social adotado pela Universidade Federal do Paraná:

“A adoção do sistema de cotas pela UFPR é uma política afirmativa que veio instrumentar o processo de superação das desigualdades sociais históricas entre negros e brancos, com isso cumprindo o seu papel na consecução dos objetivos maiores da Constituição brasileira, que como foi dito, traduzem-se na realidade da igualdade material entre as pessoas, erradicando a marginalização e o preconceito.

Significa dizer que a Universidade, com sua ação afirmativa, abre espaços para os negros no ensino superior. Espaços originalmente negados pela marginalização, pobreza e discriminação social. As pessoas negras precisam saber que agora têm espaços para ocupar. Esses espaços, uma vez ocupados, forçam uma mudança de panorama, promovem a inclusão, conscientizam, amadurecem. As cotas não são para sempre. São transitórias, neste momento histórico em que é preciso intensificar o processo de inclusão social e intelectual do negro, visando à sua cidadania plena, à sua emancipação e à igualdade de oportunidades. A idéia é que chegará um momento em que as cotas não serão mais necessárias, porque se atingiu um nível ótimo de igualização que permite ao negro disputar com os brancos, em pé de igualdade, as chances de vida em abundância.

É evidente que esse tipo de ação afirmativa não basta por si só. Outras políticas públicas precisam ser implementadas, especialmente em relação ao acesso e a

permanência nos ensinos fundamentais e médio. Mas isso não infirma a validade da política de cotas com um dos instrumentos da política pública de inclusão social e de igualização material.

(...)

A impetrante defende que o sistema de cotas viola a Constituição nesse ponto, uma vez que a classificação no vestibular não se baseia na capacidade do candidato, mas na sua cor.

(...)

Dessa forma, o sistema de cotas para negros não viola o artigo 208, V, da CR; visa, na verdade, a viabilizar o estrito cumprimento do preceito, a partir do momento que promove a igualdade substancial, permitindo que se crie um universo social em que negros e brancos poderão, igualmente, adquirir a mesma capacidade intelectual.

E não me impressiona, neste momento de cognição, os argumentos quanto às dificuldades para a definição de quem é negro para fins de ocupação de cotas, dada e acentuada miscigenação do povo brasileiro. O Brasil sempre soube que é negro para fins de escravização. Deverá sabê-lo, agora, no momento de reparar sua dívida histórica.

Por fim, sei exatamente o grau de frustração que a jovem impetrante está passando. Sei que lutou e perseverou para alcançar a disputadíssima vaga no curso de Medicina da UFPR. Não consegui concretizar, ainda, seu sonho, em função das cotas reservadas aos negros, que podem, é verdade, ter alcançado, na segunda fase, média inferior à sua.

No entanto, é chegada à hora de todos nós, brancos e aquinhoados pela vida em abundância, repartirmos o valor da dívida com o povo negro, que pela sua escravidão, contribuiu significativamente para a construção das bases do nosso país. Nosso débito é alto. Você está pagando por ele agora. Meus filhos certamente pagarão. E é possível que meus netos também o paguem. Mas não é possível negar essa dívida ou retribuir-lhes com a ingratidão ou o egoísmo. Conforme-se. Não há injustiça, nisso pelo contrário, é a justiça que ora é proclamada. Tente novamente. Você certamente conseguirá. E quando estiver nos bancos universitários e olhar para o lado, vendo seus colegas negros lá sentados com você, preenchendo um vazio de cor que antes existia, compreenda que você mesma ajudou a construir essa nova realidade, para que o Brasil começasse a se tornar uma sociedade mais livre, justa e solidária.”⁸

A decisão acima transcrita deixa entrever que a Igualdade agora debatida não

⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Decisão proferida em Mandado de Segurança contra o Reitor da UFPR. 1ª Vara federal de Curitiba/Pr; Autos n.: 20025.70.00.001963-0.

pode ser pensada nos estreitos limites do formalismo jurídico. Apela-se a conceitos pré-jurídicos advindos da História e da Sociologia, mas, sobretudo, destaca-se o caráter problemático de uma decisão que emana de um espaço marcado pela exclusão contra a qual as ações afirmativas se opõem. O ilustre Magistrado foi capaz de reconhecer que a decisão lhe vincula de modo particular, pois ainda que não tenha nunca pretendido se beneficiar de um sistema social que privilegia os valores da branquidade, dele não pode furtar-se sem questionar as concepções tradicionais sobre a Igualdade.

A sensibilidade a fatores sociais nas formas de acesso ao Ensino Superior Público: as “Cotas Raciais”.

O uso do termo “cotas” (ou “cotas raciais”) não é pacífico na literatura. Alguns dão preferência ao termo políticas de ação afirmativa para indicar as ações estatais ou não estatais que visam a integrar grupos socialmente excluídos. Porém, aquele termo consolidou seu uso na imprensa nacional, majoritariamente contrária a sua implantação.⁹ Ele não reflete, porém, as políticas de acesso adotadas nas universidades públicas brasileiras, pois em nenhuma delas a satisfação de um dos critérios utilizados, às vezes sobrepostos, garante o acesso do candidato, ou seja, o candidato não tem sua vaga garantida por pertencer a determinado grupo. Ao invés disso, os critérios são combinados com o cumprimento de requisitos mínimos, tais como a nota, a aprovação na primeira fase do vestibular e, até mesmo, numa segunda fase. O pertencimento a um grupo, por sua vez, representa a identificação de um padrão de exclusão social e não um privilégio que seja concedido alheatoriamente. Ao agregarem o critério “nota na prova dos vestibulares” a esse padrão, as universidades públicas adotam formas de sensibilização a outros fatores sociais, mas não, em sentido estrito, cotas. A diferença fica mais evidente naquelas universidades em que as vagas tidas como “reservadas” não são ocupadas porque os candidatos não cumprem outros requisitos exigidos, como a nota mínima. Portanto, o sistema adotado no Brasil está bem distante da idéia de cotas, sejam elas “raciais” ou de renda.

A nomenclatura adotada para designar os novos padrões de sensibilidade não é

⁹ GOMES, Joaquim Barbosa. *O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas*. p.15-58. In: SANTOS, Renato Emerson & LOBATO, Fátima. (Org.). *Ações Afirmativas: Políticas Públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Ações afirmativas para a população negra nas universidades brasileiras*. p. 75-82. In: SANTOS, Renato Emerson & LOBATO, Fátima. (org.). *Ações Afirmativas: Políticas Públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. SILVA FILHO, Antônio Leandro. *Hermenêutica Constitucional: O Metaprincípio da Igualdade e as Ações Afirmativas para Afrodescendentes: Perspectivas em Ronald Dworkin*. Monografia de Conclusão de Curso de Direito. Curitiba: Unibrazil, 2004.

uniforme. Fala-se em reserva social e reserva racial. A primeira, para designar as vagas ocupadas com sensibilidade para a renda ou para a natureza pública da escola de origem, e a segunda, as vagas ocupadas por estudantes negros e indígenas.¹⁰ Tais denominações, embora usuais, podem referendar formas sutis de indução ideológica. As reservas étnicas e raciais integram as reservas sociais, pois o fundamento de sua existência não é a raça, mas a exclusão racial ou étnica que são fenômenos sociais. Qualquer sensibilidade a fatores sociais, como a discriminação racial sofrida por determinados grupos, é, de fato, uma reserva social. A diferença encontra-se nos objetivos dos programas adotados, diante dos problemas sociais que são considerados relevantes para sopesar outros critérios. A utilização dessas formas de sensibilização acompanha a crescente complexidade do sistema de acesso à universidade pública, pois, além das provas vestibulares, têm sido adotadas outras formas de acesso, tais como a avaliação seriada, a ocupação de vagas remanescentes e a criação de vagas para alunos estrangeiros (vagas convênio).¹¹

As ações judiciais propostas contra tais programas demonstram que o teste de constitucionalidade dessas políticas impõe que sejam respondidas as seguintes perguntas:

Os negros e indígenas são discriminados na sociedade brasileira? Os negros e indígenas são objeto da incidência de formas de desigualdade social diferenciada? Em caso de resposta afirmativa às questões precedentes, reconhecida a discriminação contra tais grupos e a existência de uma desigualdade racial ou étnica, poder-se-ia instituir políticas públicas que buscassem promover a igualação com os demais grupos raciais e sociais? A política de “cotas” para programas de ingresso na Universidade seria uma medida adequada a tal finalidade? As Universidades estariam autorizadas a criarem tais políticas públicas?

Como se percebe, tais questões se baseiam na idéia de adequação entre pressupostos normativos e fáticos para a promoção da igualação entre grupos que podem ser considerados em situação de desvantagem. Entretanto, ousa-se asseverar que o debate sobre as condições fáticas de igualação está num plano secundário em relação aos motivos e condições que permitiram que a Igualdade fosse concebida como um Princípio Estruturante para o Constitucionalismo nacional e objeto de intensas disputas políticas. Não se deve excluir, portanto, como fazem posturas positivistas, os valores (elementos essenciais do texto constitucional), mas antes averiguar quais os conflitos

¹⁰ Esta foi a opção do Plano de Inclusão Social e Racial da UFPR.

¹¹ Os sistemas de avaliação seriada correspondem, a grosso modo, à aplicação de diversas provas no decorrer do Ensino Médio, permitindo-se ao candidato se valer da pontuação obtida na classificação das provas dos vestibulares.

valorativos estão em jogo e quais as possibilidades jurídicas de uma escolha feita pelo Legislador ou pelo Administrador Público.

Nesse sentido, o racismo, elemento formador da subjetividade moderna, impõe limitações à percepção humana e condiciona a pré-compreensão dos problemas sociais vivenciados por determinados grupos. A primeira grande vantagem do debate jurídico em curso é trazer para esfera da consciência racional a possibilidade de vencermos a indiferença moral para com grupos sociais excluídos, malgrado nossas boas intenções para com aquele Princípio.

A sensibilidade moral para as Desigualdades: Qual Igualdade?

A construção do conceito de Igualdade dependeu de séculos de história. A Igualdade não está aí, simplesmente. Não é um dado aparente e constatável. Tampouco pode ser desvinculada de uma reflexão profunda de nossos valores e, sobretudo, dos valores inscritos na Constituição. A Igualdade e a Desigualdade não são apenas problemas relacionados aos fatos (pressuposto essencial para as políticas públicas compensatórias ou redistributivas), mas, sobretudo, valores compartilhados.

Como assevera HABERMAS, o conceito de Igualdade dependeu da sensibilização dos observadores modernos para os problemas vividos por grupos e classes sociais, antes considerados naturalmente desiguais ou que eram responsabilizados pela situação de abandono social na qual se encontravam.¹²

O Direito à Igualdade se desenvolve em sentido contrário à indiferença moral e na medida em que a Desigualdade foi denunciada. Ou seja, a Igualdade não pode ser interpretada num sentido substancialista, pois é fato, valor, reconhecimento de uma nova realidade resignificada e projeto de transformá-la. Nesse contexto, o debate sobre as ações afirmativas impõe as seguintes questões: "Qual Igualdade?" ou "Qual a sensibilidade moral para perceber as Desigualdades será adotada pelo intérprete?".¹³

JOUVENEL, em seu ensaio "Das Causas das Desigualdades de Fato e dos Remédios Próprios para Aboli-las ou Atenuá-las", encontra na literatura do século XIX quatro gêneros de desigualdade que integrarão o processo de constitucionalização do século XX:

"A desigualdade de estado, que provém do fato de o estado de Secundus ser menos estimado que o de Primus;

¹² HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002.

¹³ JOUVENEL, Bertrand. As Origens do Estado Moderno. Uma História das Idéias Políticas no século

A desigualdade de patrimônio ou, na linguagem antiga, de propriedade; na linguagem atual falaríamos em desigualdade de capital;

A desigualdade de aquisições ou, como diríamos hoje, de renda; A desigualdade de subordinação, pela qual Secundus está submetido às ordens de Primus. ¹⁴

A tipologia JOUVENEL permite uma síntese dos desenvolvimentos posteriores do tema da Igualdade no pensamento ocidental.

Em primeiro lugar, a crítica à **Desigualdade de subordinação** está na origem do apoio da burguesia para a construção do modelo de dominação racional legal. ¹⁵ Ou seja, a crítica da arbitrariedade do mando no Estado Absolutista impôs a submissão do Estado ao império da lei geral e abstrata. Porém, ficava em aberto o tema da participação popular na sua elaboração. A construção desse Princípio Democrático teve trajetória longa, como atesta a construção do sufrágio universal que culminou na conquista do direito de voto das mulheres e dos analfabetos. Após a segunda guerra mundial, na esteira da crítica aos sistemas democráticos das sociedades de massa, abriu-se nova trincheira no debate sobre grupos politicamente marginalizados, numericamente inferiores ou excluídos da arena de decisão, tais como foram os povos submetidos ao colonialismo. Por sua vez, atualmente, o não reconhecimento do direito de voto aos imigrantes e seus descendentes no seio da Comunidade Européia demonstra como a crítica a Desigualdade de subordinação ainda é importante, sobretudo quando se percebe que a exclusão da esfera política é um passo decisivo para instaurar novas Desigualdades na lei, fazendo renascer as mais odiosas formas de racismo.

Em segundo lugar, a crítica à **Desigualdade de estado** encontrou eco na negação dos privilégios feudais, legais e de foro. A nobreza advinda do sangue e o clero foram duramente atingidos. Os privilégios decorrentes de títulos honoríficos e os direitos sobre as terras pereceram com o Antigo Regime, contribuindo para a implantação do modelo de dominação racional legal. O valor do trabalho ocupou paulatinamente o lugar da nobreza por origem. Ele foi glorificado no seio do utilitarismo inglês e na doutrina protestante, repercutindo em inúmeras ideologias capitalistas e socialistas. A diferença entre indivíduos deveria ser fundamentada no mérito, ou seja, no esforço e capacidade de vencer obstáculos. Junto à ideologia do trabalho era possível colher uma percepção geral do mundo baseado na competição e no domínio sobre as coisas. Restava na glorificação do trabalho e da competição um

XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 173.

¹⁴ Id. Ibid.

¹⁵ Para um estudo sobre o conceito de dominação racional legal na sociedade burguesa, veja-se: ARGÜELLO, Katie. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica,

problema para a Igualdade: Como falar em mérito se havia vantagens na trajetória de alguns indivíduos que eram decorrentes das distinções perpetuadas à custa da Desigualdade de riqueza ou de outras condições sociais?

De fato, a principal resposta à crítica à ideologia do mérito foi dada na área da educação. Na França, a solução foi a estatização do sistema de ensino que reforçou os vínculos nacionais e republicanos e, ao mesmo tempo, permitiu que se falasse em mérito advindo do conhecimento. Não se tratava de mera dádiva, pois, como demonstrou HABERMAS, a classe burguesa inglesa transformou-se, em certa medida, numa classe de letrados porque as funções empresariais assim exigiam e educou o proletariado pelas mesmas razões.¹⁶ Era necessário qualificar os trabalhadores em seus ofícios. A massificação do mercado de consumo também foi paralela à massificação do sistema de ensino fundamental. A produção dependia da inovação técnica e de mão-de-obra mais instruída. Estabelecidas as novas distinções ou ocupados os novos postos de privilégio, o resgate do mérito pela educação converteu-se, facilmente, em ideologia justificadora. A ênfase no valor do conhecimento reforçava a subordinação ideológica à classe burguesa. Os pobres, não inseridos no mercado de trabalho e sub-consumidores, eram responsabilizados por sua própria miséria. Contra as massas desafortunadas, a burguesia expôs sua cultura erudita e sua capacitação técnica. O infortúnio era retratado como incapacidade.

Ao mesmo tempo, diversos povos não europeus sofriam com a marca de não serem os representantes do patrimônio cultural, supostamente superior, da chamada "raça branca" ou da "civilização humana". Esse nó da Desigualdade seria posto em cheque ao tempo das lutas anti-colonialistas e por Direitos Civis nos EUA, assim como por diversos movimentos de valorização das culturas locais. A globalização mostrou a ignorância da cultura ocidental que, rapidamente, reagiu, transformando as demais alternativas culturais em peças na prateleira do mercado de consumo e, às vezes, permitindo a reconstrução da cultura sobre bases não eurocêntricas.

Em terceiro lugar, a **Desigualdade de Renda e a Desigualdade de Patrimônio** foram tematizadas pelas lutas operárias e, sobretudo, na Revolução de 1917. A resposta do movimento operário Russo foi a estatização dos bens particulares. A desigualdade de patrimônio tinha como resposta o fim da propriedade privada. Em alguns países capitalistas, o Estado passa a ser gestor de demandas sociais, regula o uso do patrimônio, impõe direitos trabalhistas, constituindo-se num prestador de serviços. Em outros

1997. WEBER, Max. *Ciência e Política - Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹⁶ HABERMAS, YÜRGEN. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. São Paulo: Hucitec, 2001.

Estados capitalistas e em alguns socialistas, o sonho do fim das classes termina na construção do “Terror”. A burocracia que deveria servir para o planejamento racional e impessoal impõe o fim da sacralização do homem que, transformado em objeto, passa a ser manipulado com os mesmos métodos, científicos e moralmente indiferentes, utilizados para o extermínio. O modelo burocrático já tinha, a bem da verdade, uma vinculação consolidada, não negligenciável, com o Imperialismo europeu, aperfeiçoando a capacidade genocida da atividade estatal utilizada nas colônias de além mar.

Apesar disso, na Europa e nos países do "primeiro mundo", o saldo foi positivo, pois das acirradas lutas quanto às Desigualdades de Renda e de Patrimônio emergiram os direitos sociais. Nesse contexto, a ideologia do mérito foi objeto de críticas. Denunciou-se a impossibilidade real de grupos de indivíduos de desenvolverem as suas potencialidades numa sociedade marcada pelas desigualdades sem que existissem formas de redistribuição. Porém, o velho discurso da capacidade técnica de mando continuou a ser a justificativa para concentrar a riqueza ou o domínio burocrático, ingrediente indispensável no capitalismo selvagem e no socialismo totalitário. Na periferia do capitalismo, o grau de marginalização social e de exploração econômica, próprio do capitalismo internacional, impediu que se construísse um Estado Social pleno. O modelo patrimonialista, próprio das burocracias coloniais, extensão local do Estado Absolutista, facilmente se convertia num balcão de favores, mantendo velhas oligarquias estatais.

Nas décadas mais recentes, a evolução do processo econômico, o ataque capitalista e a derrota ao regime estatizante enfraqueceram o cerne da Igualdade de Renda proposta no ocidente e timidamente conquistada no Brasil. Novamente, o privilégio tendeu a se apresentar como merecimento. Competitividade, produtividade e eficiência são alguns dos jargões ideológicos que justificaram o ataque ao regime de serviços públicos e à seguridade social. No mundo inteiro, havia espaço para tanto, uma casta operária convertera-se em força conservadora e os métodos de administração estavam defasados. O resultado dessa “revolução sem barricadas” (ou “golpe sem armas”) não tem sido a redistribuição dos bens, mas a apropriação silenciosa e a concentração econômica ainda maior, restando ao Estado, em muitos países, a função despótica de manter a ordem hobbesiana.

As categorias de JUVENEL possuem paralelo com as tentativas de T. H. MARSHALL de estabelecer uma visão da construção dos direitos, porém marcada por certo evolucionismo, que dividia os direitos em: de primeira geração, direitos civis, os de

segunda, de participação política e os de terceira, direitos sociais.¹⁷

Quando se consideram períodos históricos mais longos e outras “margens” além dos estreitos limites do Estado Nacional dos países centrais, percebe-se que as categorias de JUVENEL ilustram tensões recorrentes em torno das demandas por Igualdade. Porém, ainda que não se possa falar em evolução linear, impossível negar que a compreensão dos grupos envolvidos na conquista da Igualdade não se tenha alterado com o compartilhamento de uma “história comum” e de um “mundo comum” de Desigualdades que foi sendo “descoberto” com a expansão capitalista. A memória da Desigualdade talvez seja o patrimônio mais importante no debate sobre a construção de direitos na sociedade contemporânea, pois permite compreender as conseqüências prováveis das opções políticas que conduzem à construção de novos direitos.

Entretanto, constatam-se os limites das categorias forjadas no pensamento ocidental dominante, sobretudo europeu, para compreender todas as demandas por Igualdade. Se, de um lado, expandem-se problemas comuns, tais como a industrialização e a formação do sub-proletariado, de outro, os países não-europeus vivenciaram graves problemas particulares na sua trajetória histórica, tais como o genocídio dos povos nativos, a escravidão e o colonialismo. As categorias de JUVENEL ou MARSHALL não podem abarcar as demandas históricas por Igualdade daqueles cuja Desigualdade foi um pressuposto comum dos europeus, inclusive dos Revolucionários. Pode-se, portanto, falar que o pensamento europeu construiu noções de Igualdades para Nós (europeus) e para os Outros (não europeus) ou, ainda, de Igualdade para Dentro (do espaço europeu ou entre descendentes europeus) e para Fora (no "resto do mundo" e na relação com os povos aos quais se atribuía uma “diferença”).¹⁸

De fato, quando os Revolucionários Franceses no século XVIII produziram um dos mais significativos libelos a favor da Igualdade, declarando a Igualdade como um direito universal, a França ainda era um país escravista e permaneceria uma nação marcada pelo colonialismo até o século XX.¹⁹ O que pensavam esses senhores de escravos sobre a Igualdade ao instituí-la como um direito?

DIDEROT, filósofo da época, em seu belo “Ensaio sobre a Pintura” nos fornece pistas sobre esse tema. Neste texto, escrito em 1765, após afirmar que "cabe à

¹⁷ MARSHALL, T.H. *Cidadania e Classe Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57-115.

¹⁸ FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1979.

¹⁹ Sobre a teoria da dependência e o imperialismo, veja-se: CARDOSO, Fernando Henrique, FALETTO, Enzo. *Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1970. ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Anti-

cor dar vida aos seres", podendo ser "julgada por qualquer um", diz suspeitar que fosse a "cor humana" a mais difícil de ser retratada:

"Disse-se que a mais bela cor que havia no mundo era esse rubor adorável cuja inocência, juventude, saúde, modéstia e pudor coloriam as faces de uma jovem; e se disse algo não somente sutil, tocante e delicado, mas verdadeiro; pois difícil é representar a carne, é esse branco untuoso, uniforme sem ser pálido nem fosco, é essa mescla de vermelho e de azul que transpira imperceptivelmente, é o sangue, a vida que são o desespero do colorista. Aquele que adquiriu a sensibilidade para a carne deu um grande passo; o resto é nada é em comparação. Mil pintores morreram e outros tantos morrerão sem tê-lo conseguido." ²⁰

Não por acaso, após cem anos, VAN EVRIE, cientista americano e defensor da supremacia branca no século XIX, perguntava-se de modo similar sobre o que havia "de mais encantador e, ao mesmo tempo, mais indicativo da pureza e da inocência internas":

"que o enrubescer da pudícia das donzelas? Por um instante, o rosto fica rubro e, em seguida, (...) mais pálido do que nunca, em sua delicada transparência; e essas mudanças físicas, por mais belas que se afigurem a nosso olhos passam a sê-lo mil vezes mais por nossa consciência moral de que refletem emoções morais infinitamente mais belas. Pode alguém supor que tal coisa seja possível num rosto negro? Que essas alterações repentinas e espantosas da cor, que refletem as percepções morais e a natureza elevada da mulher branca, sejam possíveis na negra?" ²¹

O mesmo fenômeno pode ser encontrado na formação do constitucionalismo americano. No momento da colonização, como esclarece VAN EVRIE: "(...) a idéia de cidadania, na prática, entrelaçou-se inteiramente com a idéia de "branquidade" (e masculinidade), porque, no fundo, aquilo em que de fato consistia o cidadão era alguém capaz de ajudar a subjugar uma revolta de escravos ou participar de guerras contra índios." ²²

Em seguida com a luta pela Independência:

"(...) a branquidade também se inscreveu na ideologia republicana, de maneira tácita, mas irrevogável. A revolução Norte-americana alterou de modo radical as linhas de autoridade que iam da Coroa para "o povo", afirmam esses estudiosos, mas deixou

semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²⁰ DIDEROT, Denis. Ensaio sobre a Pintura. Campinas: Papirus, 1993, p.45-49.

²¹ VAN EVRIE. Negro Slavery, p. 89-108, apud JACOBSON, Mathew Frye. "Pessoas brancas livres" na República, 1780-1840. In: WARE, Vron. Branquidade - Identidade Branca e Multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 89-90.

²² VAN EVRIE. Op. cit. p.74.

inteiramente intocados vários pressupostos iluministas sobre quem deveria propriamente ser “o povo”. A experiência de governo democrático pareceu reclamar uma sociedade que fosse disciplinada, virtuosa, abnegada, produtiva, dotada de visão e sensata – traços que estavam todos racialmente inscritos no pensamento euro-americano do Setecentos. Com sua abolição do poder monárquico e sua ruptura das rigorosas linhas descendentes da autoridade política, a nova ordem democrática viria a exigir de seus participantes um grau notável de autodomínio – condição já literalmente negada aos africanos escravizados e simbolicamente negada a todos os povos “não-brancos” ou “pagãos”, nas concepções então vigentes da capacidade humana.”²³

Essas exclusões implícitas no conceito de Igualdade, embora nem sempre passem despercebidas, dificilmente são consideradas no âmbito de uma construção da dos direitos à Cidadania. De fato, não é incomum que se repita o teorema da Igualdade de ARISTÓTELES, segundo o qual a Igualdade era tratar cada um na medida de sua Desigualdade, sem considerar que o filósofo grego afirmava que a mulher era um "ente relativamente inferior e o escravo um ente totalmente vil."²⁴ Não por acaso, Celso Bandeira de MELLO, afirmava que a máxima aristotélica induzia a “a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?”²⁵

Para Michelangelo BOVERO, entre a concepção política da democracia dos antigos (gregos) e dos modernos quase nada mudou. "O que mudou substancialmente foi a concepção antropológica em que era reconhecido sujeito "capaz" e (por isso) "digno" de participar da vida política somente o indivíduo do gênero masculino livre por nascimento."²⁶

Todavia, essa passagem não é resultado de processos sociais lineares e tampouco é indiferente a novos problemas trazidos pelas formas de “reconhecimento”. O processo de reconhecimento das mulheres não estaria jamais completo se não lhe fosse dado as condições sociais adequadas para que ela pudesse optar entre gerar ou não um filho ou se fosse desconsiderada a dupla jornada de trabalho a que ela é geralmente submetida em nossa sociedade.

Se as concepções antropológicas (valorativas) são determinantes de nossa percepção dos fatos sociais, elas apontam para problemas particulares que devem ser enfrentados em sociedades, tais como as latino-americanas, onde a humanidade de

²³ VAN EVRIE. Op. cit. p.75.

²⁴ ARISTÓTELES. *A Arte Poética*. São Paulo: Marin Claret, 2004, p. 57.

²⁵ MELLO, Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.11.

²⁶ BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 27-28.

determinados grupos foi amplamente contestada ao largo da história.

Nesse sentido, o filósofo latino-americano DUSSEL questiona o indelével vínculo entre formação da cidadania européia e a violência dos europeus contra a emancipação dos povos do mundo. Fato decisivo, pois os povos dos países "periféricos" construíram um constitucionalismo que teve de lutar contra opressões tanto internas quanto externas.²⁷ Os países escravistas conviveram, a um só tempo, com discursos liberais e discursos genocidas. Enquanto na Europa se declarava a Igualdade entre os homens, os europeus "no resto do mundo" escravizavam e sacrificavam povos, subtraindo-lhes riquezas e terras. Somente as guerras de libertação americanas e, sobretudo, as africanas permitiram a demonstração de como a declaração da humanidade européia foi violentadora da humanidade dos povos colonizados.²⁸

Nesses países, o primeiro elemento do paradoxo da construção de direitos está na não realização do "mínimo identitário" que fundamenta o reconhecimento da humanidade de todos. Como esclarece SILVA:

"Em um mundo imaginário totalmente homogêneo, no qual todas as pessoas partilhassem a mesma identidade, as afirmações de identidade não teriam sentido. De certa forma, é exatamente isto que ocorre com nossa identidade de 'humanos'. É apenas em situações muito raras e especiais que precisamos afirmar que 'somos humanos'." ²⁹

A construção dos Direitos Fundamentais, calcada na idéia de "sujeito de direitos" trazida do liberalismo, esbarra em concepções mais profundas das percepções das elites sobre parte dos nacionais que são retratados como não-humanos, merecedores de seu estado social de miseráveis e potencialmente violentos, sobretudo, se e quando estão reunidos em grupos dispostos a reivindicar direitos.

O segundo elemento do paradoxo da construção de direitos é que o reconhecimento não pode estar completo sem que se reconheça a humanidade desses grupos em sua trajetória histórica e em seus problemas vivenciados na realidade. Ocorre, porém, que essa outra realidade, constitui-se, em seu avesso, em privilégios de outros grupos sociais. Tais privilégios dificilmente são defendidos de forma consciente, mas

²⁷ DUSSEL, Enrique D. Caminhos de libertação latino-americana. São Paulo : Paulinas, 1984. v. 1 e 2. DUSSEL, Enrique D. 1492. o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro : Vozes, 1993.

²⁸ Sobre o Colonialismo veja-se: AZZI, Riolando. História do pensamento católico no Brasil. São Paulo, Paulinas 1987. v. 1: A cristandade colonial : um projeto autoritário. BEOZZO, José Oscar. As Américas negras e a história da Igreja: questões metodológicas. In: COMISSÕES DE ESTUDOS DE HISTÓRIA DA IGREJA NA AMÉRICA LATINA - CEHILA: Escravidão negra e história da Igreja na América Latina e no Caribe. Tradução de Luiz Carlos Nishima. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 27-64. MEILLASSOUX, Claude. Antropologia da Escravidão: o ventre de ferro e dinheiro. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro : J. Zahar, 1995.

²⁹ SILVA, Tomaz Tadeu (Org.). A Produção Social da Identidade. In: Identidade e Diferença - A

são, ao contrário, naturalizados e identificados com a idéia de mérito, com o valor da universalidade da lei, com o republicanismo e outros tantos valores inatacáveis.

Chega-se, portanto, a um terceiro elemento do paradoxo da construção de direitos. Se o reconhecimento da humanidade dos grupos excluídos fundamenta-se num desconhecimento dos privilégios, ainda que mínimos, por diversos outros grupos sociais, o processo de construção de direitos é retratado como uma perda de direitos. No plano subjetivo, ele envolve uma atitude de tamanha autocrítica que demanda custos psíquicos elevados demais para que possa ser facilmente realizada.

Indiferença moral e reconhecimento de direitos na Constituição

No Brasil, como argumenta José Murilo de CARVALHO, devido à escravidão que negava a cidadania, mesmo civil, a grande parte da população, ao patriarcalismo que a negava às mulheres e ao latifúndio que fazia o mesmo com os seus dependentes, prevaleceram a cidadania construída de cima para baixo, a cultura política súdita e alguns traços da cultura política paroquial.³⁰

Na concepção da filósofa Marilena CHAÚÍ, nosso país:

"Conservando as marcas da sociedade colonial escravista, ou aquilo que alguns estudiosos designam como 'cultura senhorial', a sociedade brasileira é marcada pela estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece. As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade. As relações entre os que se julgam iguais são de 'parentesco', isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muito marcada, a relação social assume a forma nua da opressão física e/ou psíquica. A divisão social das classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam a determinação histórica ou material da exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação uma e indivisa, sobreposta como um manto

Perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: 2003, p. 75.

³⁰ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: Tipos e Percursos. In: Estudos Históricos. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999, p. 16.

protetor que recobre as divisões reais que a constituem." ³¹

Conforme o magistério da autora, desponta nesse contexto uma percepção particular da Igualdade, pois:

"(a sociedade brasileira) é estruturada pela matriz senhorial da Colônia, disso decorre a maneira exemplar em que faz operar o princípio liberal da igualdade formal dos indivíduos perante a lei, pois no liberalismo vigora a idéia de que alguns são mais iguais do que outros. As divisões são naturalizadas em desigualdades postas como inferioridade natural (no caso das mulheres, dos trabalhadores, negros, índios, imigrantes, migrantes e idosos), e as diferenças também naturalizadas, tendem a parecer ora como desvios da norma (no caso das diferenças étnicas e de gênero), ora como perversão ou monstruosidade (no caso dos homossexuais, por exemplo). Essa naturalização, que esvazia a gênese histórica da desigualdade e da diferença, permite a naturalização de todas as formas visíveis e invisíveis de violência, pois estas não são percebidas como tais;" ³²

Certamente que em sociedades altamente hierarquizadas, como a nossa, é extremamente difícil demarcar qual está sendo a trajetória de Desigualdades, pois prevalece o hábito de tomar determinados efeitos do preconceito como decorrentes da natureza das relações sociais ou da própria natureza. Especificamente, como denunciam SANTOS & LOBATO: "A indiferença moral em relação ao destino social dos indivíduos negros é tão generalizada que não ficamos constrangidos com a constatação das desigualdades raciais brasileiras." ³³

Não se pretende, por hora, detalhar todos os aspectos da construção social do racismo contra os negros no Brasil. Malgrado uma ideologia dominante que se funda na idéia de "democracia racial", convive-se com inúmeras formas de desigualdade racial e, pior, com variadas manifestações de indiferença moral com relação ao destino da população negra. Infelizmente, as tentativas sociológicas de demonstrar o racismo no Brasil esbarram na pré-compreensão instituída há séculos de que a pobreza e a exclusão cultural e política da população negra não é um problema ou, quando muito, seria apenas uma modalidade da Desigualdade de Renda ou de Patrimônio.

De todas as tentativas de explicar o preconceito e o racismo a mais segura é aquela que afirma que suas bases pressupõem a ignorância. Nesse sentido, propõe-se

Janeiro, 1996, n. 18.

³¹ CHAUI, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 89-90.

³² Idem.

³³ SANTOS, Renato Emerson dos & LOBATO, Fátima (org.). Ação afirmativa e mérito individual. In: ACÇÕES AFIRMATIVAS. Políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.87.

outro exemplo histórico para ilustrar como ela pode justificar a indiferença moral para com o grupo negro e os parâmetros da pré-compreensão da Igualdade.

Carl Friedrich Gustav SEIDLER, foi um oficial suíço-alemão, contratado para servir no exército imperial brasileiro na Campanha Cisplatina, visitando Santa Catarina entre 1823 e 1827. Ele é um dos inúmeros viajantes que estiveram no país e deixaram relatos sobre a terra e as populações que aqui habitavam, construindo extensas sugestões sobre o “comportamento dos negros”, as “razões para a escravidão” e os “motivos” pelos quais eles se encontravam em tal estado. SEIDLER fora destacado para permanecer em “Armação das Baleias”, atual praia de Armação, região antes próspera devido à pesca de cetáceos, mas que já estava em franca decadência. Ali avistou somente “alguns negros, que pareciam quase da idade de Matusalém”.³⁴ Eis o seu relato:

“Os primeiros seres vivos que vi avistamos ao regressar à armação foram aqueles negros velhos que, como me referi, em doce indolência aqui guardavam o termo de sua existência tão afanosa. (...) Não é fácil que perca a cor o negro cabelo carapinha do preto, nem mesmo em idade avançada, mas entre os que aqui encontramos não havia um único a quem os anos não tivessem embranquecido os cabelos. Isso me chamou atenção e por isso perguntei pela idade, mas davam respostas tão atrapalhadas que logo notei que nenhum sabia, por ex. um deles afirmava que tinha vinte anos, ao passo que outro visivelmente mais moço pretendia ter mais de cem. (...) Para saber da verdade perguntei-lhe pelos nomes e me dirigi ao administrador. (...) Nos registros não figurava nenhum que tivesse menos de 80 anos, pois todos os menos idosos ainda capazes de trabalhar, tinham sido removidos para outras propriedades imperiais. (...) Aqui encontro outra vez uma dupla cruzinha em meu diário e como um “memento” desenhei abaixo uma cabeça de negro; isso significa que aqui é ponto adequado para dar alguns esclarecimentos sobre as condições dos negros no Brasil, em geral, bem como especialmente sobre a escravidão, para corrigir muitas coisas que a respeito tem espalhado pessoas incientes e certos ‘descredores das viagens feitas dentro de casa’.”³⁵

A seguir, apresentam-se, em tópicos temáticos, as sugestões do viajante: A escravidão é um bem e sua causa está na selvageria e crueldades inatas dos negros; O tráfico negreiro não foi cruel, pois nele predominava a racionalidade econômica para a preservação dos escravos; A identidade física dos negros demonstra sua proximidade

³⁴ SEIDLER, Carl Friedrich Gustav. Capítulo XIII – SEIDLER, 1825. In: Ilha de Santa Catarina. Relato de Viajantes Estrangeiros nos séculos XVII e XIX. Florianópolis: UFSC, 1996. p. 278-294.

com os animais; Os negros são animais capazes de aprendizagem, mas não de reflexão; Os negros são despidos de sentimentos e de moralidade; Os castigos impingidos aos negros, ainda que severos, são merecidos, pois adequados ao seu comportamento degenerado; Os negros têm hábitos viciosos, tais como comer terra ou furtar, sendo, portanto, essencialmente criminosos; O negro quanto mais se aproxima do padrão africano, mais se torna um elemento negativo; A violência é indispensável para que o negro trabalhe, sendo tanto mais necessária quanto mais africano for o negro; Os senhores de escravos sabem agir com morigeração; Os brasileiros sabem compreender a natureza dos negros que possuem e sabem como lidar com eles; Os negros não devem ter acesso ao dinheiro ou à propriedade, pois isso só fará nascer a ambição inescrupulosa; Os negros são dominados, apesar da sua supremacia numérica, devido ao cultivo espontâneo do ódio entre os diversos grupos; Os negros tem talentos específicos para a música e para a dança; A escravidão não apenas não é um mal, como muitos escravos preferem-na à liberdade; A propriedade de negros é legítima diante das regras de direito; Nenhuma nação do mundo, a exemplo dos ingleses, tem capital moral para contestar a escravidão ou o tratamento que é dispensado aos negros pelos brasileiros.³⁶

SEIDLER não era um homem de ciência. Não demonstrava conhecer a ciência racista do século XIX então nascente. Não está preocupado em apresentar complexas teorias sobre a redução da identidade negra à biologia, fundadas num grupo de teorias científicas. Tratava-se de um homem comum. Intelectual, por certo. No leque de argumentos que apresenta, o grupo branco jamais é identificado como branco, mas retratado em suas funções sociais (escravistas, fazendeiros, traficantes, comerciantes etc.) ou nacionalidades (ingleses, alemães, brasileiros etc.).

No relato do autor, porém, os “negros” são jogados no mundo da selvageria, bestialidade, emoção e sensações, propondo-se argumento decisivo: a humanidade é a racionalidade orientada a um fim, a obtenção do lucro. Desse modo, todas as ações dos traficantes de escravos revelam-se adequadas porque orientadas ao lucro. Todavia, a divisão da humanidade não estava reduzida apenas à adoção de determinada racionalidade típica do capitalismo, pois quando o negro é identificado como explorador (o negro que vende sua família) o que aflora em seu discurso, é a denúncia de que ele ainda estaria no mundo dos vícios irracionais. O ser negro é identificado literalmente como a negação, com a impossibilidade de ocupar o espaço da razão. Logo, em suas descrições racistas sobre os negros africanos a defesa da escravidão não é apenas a

³⁵ SEIDLER, Carl Friedrich Gustav. Op. cit. p.288.

³⁶ Id. Ibidem.

defesa do lucro, mas da existência também de uma culpa irremediável. Tal culpa se projeta contra a própria vítima, contra o seu destino, revelando, malgrado as palavras do autor, que a exploração econômica também era o desejo irracional de dominação e/ou aniquilação da diferença.

Por que lembrar de SEIDLER? Suas crenças são repetidas ou insinuadas nos atuais debates sobre a Desigualdade da população negra, estão registradas nos processos judiciais dos crimes de racismo, presentes nas representações humorísticas do negro, nas músicas, no folclore, nas piadas contadas “inocentemente”, nas opiniões dos defensores da existência de uma “democracia racial” no país, assim como nos manifestos dos defensores da supremacia branca. Enfim, quer sobre a forma de fragmentos quer em discursos mais estruturados, ainda sobrevivem.

Entretanto, o mais importante é o fato de SEIDLER não sabia que os negros também poderiam ter cabelos brancos. De nada lhe adiantou a prova empírica de que sua pré-compreensão não era verdadeira. A voz dos negros não lhe servia para nada. Sequer se propõe a investigar o fato do porque ele não encontrava negros de cabelos brancos. Caso tivesse, descobriria que a maioria deles tinha vida curta provocada pelas condições de vida e pelo excesso de trabalho no país que, como bem definiu Darcy RIBEIRO, era um “moinho de gastar gente”.³⁷ Porém, SEIDLER, convivia com negros, na sociedade colonial estavam por toda parte. Eles eram seus escravos, aqueles que executavam o serviço doméstico, os carregadores nas ruas, os vendedores de alimentos, a força de trabalho da economia e, também, arpoadores.

Portanto, esse breve relato pode sugerir de que modo combinam-se exclusão sistemática, ignorância atávica e inocência. Sim, inocência, pois SEIDLER jamais ousaria pensar nos benefícios que auferia na mera constatação de que não encontrava comumente “negros de cabelos brancos”. SEIDLER, não se sentia “branco”, membro de um grupo privilegiado pela sua identificação racial, mas simplesmente humano, universal. Eram os negros, ao contrário, que estavam para além das margens de sua percepção.

Ultrapassar essa margem seria um desafio, impondo-lhe diversos ônus que não precisariam estar identificados com a imputação de uma culpa, mas, seguramente, não poderiam se afastar da necessidade de uma responsabilidade moral.

Tal perspectiva insinua-se facilmente nas declarações que negam a existência de racismo no Brasil e retomam a mesma indiferença presente nas falas explícitas de

³⁷ RIBEIRO, Darcy. Sobre o Óbvio. Reunião da SBPC, 29, Simpósio sobre Ensino Público, São Paulo, jul/77. Mimeo.

preconceito. Não por acaso, argumenta o Professor José Jorge de CARVALHO que:

“Temos que definir o racismo não pela adesão a um credo de superioridade racial, mas pelo efeito continuado dos discursos que celebram a mestiçagem e silenciaram a afirmação da condição de negro no Brasil. Nesse sentido, quando Gilberto Freyre defendeu a morenidade e repudiou a presença no Brasil de ideologias de negritude, ele, branco, utilizou-se de sua grande influência para impedir que os negros afirmassem sua identidade de negros. E por que o fez? Porque o discurso da negritude deslocaria a discussão de uma celebração abstrata da interpretação das culturas para uma denúncia veemente das condições de vida precárias e sempre desiguais, enfrentadas pela população negra no país da suposta democracia racial.”³⁸

Nesse sentido, segundo DUSSEL, a reconstrução ética possível num quadro de conseqüências negativas (intencionais ou não), como aquele em que se encontra a sociedade brasileira, depende de reconsiderar como ponto de partida "a comunidade das vítimas". Como afirma o autor: "Esta é uma ética da vida. A consensual idade crítica das vítimas promove o desenvolvimento da vida humana."³⁹ Ela somente é possível quando se consideram as necessidades vitais como fundamento do discurso válido. De igual modo, o discurso válido é proferido pelos portadores de suas necessidades.⁴⁰

A tese de DUSSEL exemplifica e sintetiza, portanto, um conjunto de demandas que surgiram do confronto entre a negação da humanidade e a insurgência da comunidade mundial de vítimas da expansão capitalista. Ela permite repensar os termos iniciais do "Contrato Social" no "espaço interno" da Constituição e no "espaço mundial" das Relações Internacionais. Fornece um ponto de partida valorativo para descobrir as Desigualdades que são, de fato, vivenciadas.²¹

No espaço da Constituição, dever-se-ia considerar inválido o modo de constituir e excluir o sujeito pela norma, como fez a idéia de contrato com as mulheres, com os loucos, com as crianças e com todos os povos não europeus. O manto aparente de legalidade, neutralidade e da defesa da Igualdade formal não deveria servir à exclusão. O sujeito formal e abstrato, porém, branco, do sexo masculino, heterossexual e preferencialmente burguês, não pode mais representar, exclusivamente, a figura do sujeito, portador de direitos. A adequação ao fato não pode partir da

³⁸ José Jorge de CARVALHO. Ações Afirmativas para Negros na Pós-Graduação, nas Bolsas de Pesquisa e nos Concursos para Professores Universitários como Resposta ao Racismo Acadêmico. in: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves & SILVÉRIO, Valter Roberto. (orgs) Educação e Ações Afirmativas: Entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica. Brasília: INEP, 2003. p. 175.

³⁹ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 415.

⁴⁰ O termo destacado é usado como sinônimo de consenso político mínimo, amparado nas lutas

descontextualização da adequação entre lei e valores constitucionais que consolidam a conquista de direitos.⁴¹

Como argumenta Suzana de Toledo BARROS:

"é necessário interpretar a fórmula 'os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente' não formalmente, mas substancialmente. E aí há de ser considerado que a desigualdade é sempre valorativa e relativa, isto é, refere-se a um juízo de valor sobre certas características. A igualdade material conduz, pois, necessariamente, à questão da valoração correta, razoável ou justa. O núcleo do problema da igualdade passa a ser o de fundamentar racionalmente os juízos de valor tomados em consideração na formulação de uma norma sob o aspecto da igualdade".⁴²

O Constitucionalismo pátrio necessita reconhecer a pluralidade de novas demandas e as demandas históricas por Igualdade, pois para muitos brasileiros, para os quais a Constituição também é feita, a identificação entre exclusão (econômica, cultural, social) e diferença foi o componente decisivo de suas vidas.

Ao observar a situação dos negros em nosso país, percebe-se o caráter excludente do argumento nominalista que busca na norma constitucional o enunciado expresso de todos os direitos a serem concretizados e de todos os sujeitos excluídos. Além de limitar a interpretação evolutiva adequada e necessária à própria sobrevivência da Constituição, tais argumentos ocultam o fato de que os novos direitos realizam os Princípios Estruturantes contidos no texto constitucional. Conforme reconhece HABERMAS; "A qualidade da vida pública é, em geral, determinada pelas oportunidades reais, que revelem a esfera pública política com seus meios e estruturas."⁴³

Como afirma VIEIRA JÚNIOR:

"(...) o problema dos negros não se apresentou para o constituinte com a mesma simplicidade e nitidez que teve a questão dos índios e dos portadores de deficiência. Tratou-se de manifestação de desconhecimento da realidade e do receio de se estar fomentando a intolerância étnica e o ódio racial no texto da Constituição Federal.

Contudo, o conjunto de transformações efetivado no texto constitucional

populares pela instituição de direitos e na forma democrática de governo.

⁴¹ A idéia de sujeitos excluídos do "contrato social" foi utilizada por BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-62, 1993.

⁴² BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.187-188.

federal, especialmente no que concerne aos objetivos fundamentais e ao novo perfil do princípio da igualdade permite, a despeito da inexistência de norma constitucional específica, a implementação de medidas compensatórias em benefício da população negra.”⁴⁴

Surgem, diante desse fato, no mínimo, duas formas de leitura dos direitos à cidadania plena: A primeira conserva-se nos limites estreitos da humanidade "para" as elites intelectuais européias (não porque sejam sempre fisicamente idênticas às européias, mas porque se sentem herdeiras físicas e morais desse legado), desconhecendo nosso passado e nossa paisagem fática. Insiste em não perceber preconceitos e discriminações, silenciando ou estigmatizando as vozes dos movimentos sociais. A segunda, tateia de modo esperançoso, percebendo que a herança européia é um dos ingredientes fundamentais, mas não exclusivo, do horizonte de nossas demandas por direitos. Logo, compreende o valor do pluralismo na estrutura dos direitos e o valor das vozes que são sistematicamente excluídas dos processos sociais de conquista desses mesmos direitos.

Trata-se de enfrentar um dilema prático, pois nos debates sobre a Desigualdade sempre são identificados dois "partidos": o partido dos que questionam quais seriam as causas da Desigualdade entre indivíduos ou grupos e o partido dos que atribuem a tais grupos a exclusiva responsabilidade moral pelo seu destino. Em seus extremos, os primeiros podem chegar a propor medidas solidárias para a resolução dos problemas sociais e os segundos medidas para eliminar os grupos sociais "perdedores".

O principal argumento para não resolver tal dilema, favorecendo o segundo grupo, é a construção de uma retórica das impossibilidades, nascida do desmantelamento e da crise fiscal do Estado Social. Segundo tal retórica, as dificuldades na administração das Desigualdades são invencíveis e as tentativas de mudança estariam moldadas por uma "razão mítica". Logo, a melhor solução encontrada é preservar antigos problemas para que novos problemas não sejam criados. Nesse caso, a indiferença é a principal causa da Desigualdade. Sabe-se, contudo, que a indiferença é mais fácil de ser tolerada diante daqueles a quem se atribui uma "diferença" ...⁴⁵

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 67.

⁴⁴ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Responsabilização Objetiva do Estado. Segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados. Curitiba: Juruá: 2005. p. 202.

⁴⁵ Como bem qualificou o Ministro Nelson Jobim, trata-se “do velho discurso reacionário do efeito perverso”. JOBIM, Nelson. A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira. Palestra com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

Logo, a garantia da Constituição não pode ser confundida com a garantia da exclusão de grupos que não possuem força política decorrente dessa mesma exclusão.

Restam algumas outras objeções a tal ponto de vista, o mais usual deles é a necessidade de certa “perfectibilidade” nos padrões de igualação diante do reconhecimento de novas Desigualdades. Em oposição a tais argumentos valeriam algumas perguntas: Se não são alcançadas condições perfeitas de igualação perante a norma a melhor solução seria preservar antigos privilégios? Os antigos privilégios são mais justos do que medidas para ponderar as Desigualdades fáticas? Pode-se tolerar como válido o argumento de que a Igualdade para existir precisa ser perfeita, enquanto a sociedade suporta as crescentes imperfeições da Desigualdade?

A compreensão da Igualdade, em sede de interpretação constitucional, não deve ser feita em termos abstratos.⁴⁶ A idéia de Igualdade, na maioria das vezes, é confundida com a definição de uma identidade de gênero (da espécie), segundo a qual todos os exemplares particulares passam a ser identificados. Diz-se que todos os homens são iguais e, nesse sentido, é a definição de homem (previamente concebida) que permite incluir na regra o caso dado. Quem perguntar o que é a Igualdade sem atribuir-lhe pontos de referência (em que somos iguais, por que desejamos a igualdade, qual a conseqüência de sua negação etc.) retorna a sua própria definição.⁴⁷ A abertura da norma para seu contexto importa em indagações sucessivas sobre o espaço de pré-compreensão, pois "O que é ser igual ?" é uma questão ofuscada pelos preconceitos, fixados na historicidade da existência dos membros de dada comunidade política. Razão pela qual a sensibilidade moral precede à análise dos fatos, embora somente possa nascer naqueles que se disponham a olhar novamente para os fatos tidos como conhecidos, apesar de não, necessariamente, compreendidos.

Como alerta BOBBIO, "o processo de emancipação coincide com o reconhecimento de uma discriminação, e o reconhecimento de uma discriminação é quase sempre o efeito de uma tomada de consciência do preconceito. Seguramente o caminho é a crítica dos preconceitos, "isto é, de verdadeiras atitudes mentais radicadas no costume, nas ideologias, na literatura, no modo de pensar das pessoas, tão radicadas que, tendo sido perdida a noção da sua origem, continuam a ser defendidas por pessoas que as consideram, de boa-fé, como juízos fundados em dados de fato".⁴⁸

⁴⁶ Veja-se: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 219. CLÈVE, Clemerson; RECK, Melina B. Princípio Constitucional da Igualdade e Ações Afirmativas. Disponível em: www.unibrasil.com.br/revistaonline Acesso em 25 de março de 2004.

⁴⁷ BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 123.

O ponto de partida para justificar políticas de ação afirmativa para a população negra: A distinção entre Desigualdade Naturais e Sociais

O caráter não substancial (histórico, dinâmico e valorativo) do Princípio da Igualdade torna-se ainda mais evidente em países nos quais convivem velhas e novas Desigualdades. Neste contexto, a tradição jurídica nacional defronta-se com três grandes obstáculos para compreender a "novidade" das demandas dos negros organizados:

O primeiro refere-se à incorporação do legado formalista da Igualdade como Igualdade perante a lei, ou seja, como reação à Desigualdade de Status. Com isso não se quer dizer que tal parâmetro não possa e não deva conviver com outras dimensões da Igualdade. Ao contrário, a Igualdade como resposta à Desigualdade de Status é importante para um país marcado pelo patrimonialismo e pela violência pública e privada contra populações marginalizadas. Porém, tal legado não deve servir para que se desconheçam as Desigualdades de fato, sobretudo as raciais e étnicas, fazendo do Direito um "obstáculo à transformação social".⁴⁹

O segundo, deve-se à leitura das Desigualdades de fato como sinônimo de Desigualdade de Renda ou de Patrimônio, o que implica, muitas vezes, em desconsiderar aspectos importantes da trajetória de exclusão de grupos sociais. Tal obstáculo é recriado pela ausência de uma consciência crítica sobre o legado ocidental da conquista de direitos. Numa tradição mimética, aspectos inovadores do patrimônio jurídico universal criados na Constituição brasileira, a exemplo do tratamento dado à questão indígena, são ofuscados por não possuírem similaridade com as Constituições alienígenas, sobretudo européias. Ademais, intenta-se erroneamente encontrar aqui idênticos problemas analisados por grandes mestres estrangeiros.

O terceiro, diz respeito à Desigualdade de Status e, especificamente, à recente construção da Democracia formal. É marcante, em nosso país, a ausência de uma cultura política capaz de impor novas conquistas de direitos sem que elas pareçam representar uma concessão do soberano, uma dádiva ou favor. Convive-se com uma cultura política que não consegue dissociar o processo de conquista de direitos do autoritarismo de Estado e, desse modo, aceitar novos sujeitos sociais como protagonistas de sua história.

⁴⁹ MONREAL, Eduardo Nova. Os Vestígios Individualistas no Direito. In: O Direito como Obstáculo à Transformação Social. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 131-145.

No plano jurídico, tais obstáculos se traduzem numa leitura peculiar da Constituição, segundo a qual, as cotas raciais, para ingresso no Ensino Superior, lesariam o Princípio da Igualdade, pois ele proibiria qualquer distinção perante a lei que não estivesse prevista expressamente no texto constitucional. Ademais, elas afrontariam diretamente a proibição de considerar a raça como forma de desequilíbrio entre os cidadãos, criando uma abominável discriminação relativa à cor ou a raça, até então inexistente.

Em posição contrária, tem-se destacado, com propriedade, que o tema deve ser resolvido tendo em vista o respeito ao Princípio da Isonomia. Sob tal prisma, conforme o magistério de Marçal JUSTEN FILHO, são "obviamente incompletas as afirmativas de que ofende a isonomia a diferenciação fundada na raça, no sexo ou credo religioso " ⁵⁰

A clássica distinção adotada pelo ilustre constitucionalista José Afonso da SILVA, ilustra o debate ao dizer que:

"O princípio (da igualdade) não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual — esclarece Petzold — não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas "situações idênticas", ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos." ⁵¹

Em síntese, o conceito de Igualdade material representa um compromisso do Estado e, conseqüentemente, do sistema jurídico em combater os principais fatores históricos de Desigualdade. Não se trata de mera assunção do fato à lei, mas da consideração da lei e de todo agir da Administração Pública perante o conjunto dos sistemas de valores constitucionais. No contexto brasileiro, o que importa para a aplicação do Princípio da Igualdade, no âmbito das políticas públicas, é reconsiderar cautelosamente a distinção entre os conceitos de Desigualdade Natural, Desigualdade Social e Diferenças.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 219.

Conforme Norberto BOBBIO:

"A diferença entre desigualdade natural e desigualdade social é relevante para o problema do preconceito pela seguinte razão: com frequência o preconceito nasce da superposição à desigualdade natural de uma desigualdade social que não é reconhecida como tal, sem portanto que se reconheça que a desigualdade natural foi agravada pela superposição de uma desigualdade criada pela sociedade e que, ao não ser reconhecida como tal, é considerada ineliminável." ⁵²

De outra parte, segundo o escritor italiano:

"é claro que as desigualdades naturais são muito mais difíceis de vencer que as sociais. Por essa razão aqueles que resistem às reivindicações de maior igualdade são levados a considerar que as desigualdades são, em sua maior parte, naturais e, como tais, invencíveis ou mais dificilmente superáveis. Ao contrário, aqueles que lutam por uma maior igualdade estão convencidos de que as desigualdades são, em sua maior parte, sociais ou históricas" ⁵³

Quando se considera um indivíduo concreto em suas limitações relacionadas à Desigualdade Natural, ele trava uma luta contra si mesmo. Porém, quando se considera a Desigualdade Social, sua luta de superação dirige-se contra as limitações criadas pela sociedade. De fato, todo indivíduo está exposto a limites naturais, sendo as doenças terminais a prova mais decisiva dessas limitações. Malgrado o acento dado pelas ideologias conservadoras sobre as Desigualdades Naturais entre os homens, as limitações impostas pela natureza a todos (sobretudo, a mais fatal de todas, a finitude humana, e, a mais comum delas, a dependência para com os demais e para com a natureza) sugerem que mais do que de Desiguais por natureza, a humanidade é composta por singularidades semelhantes e interdependentes. Por sua vez, o caso extremo das doenças terminais demonstra que o principal obstáculo a superar não é aquele que será inevitavelmente imposto pela natureza, mas o repúdio e a incompreensão do grupo social. O limite natural de um indivíduo é o de seu desafio, porém as Desigualdades Sociais que são impostas sobre determinado grupo de indivíduos condicionam esse desafio.

Daí se concluir que, embora possa haver Desigualdades Naturais entre os indivíduos, as verdadeiras Desigualdades são sociais, pois estas modificam ou dão sentido àquelas, constituindo-se em efetivo obstáculo à fruição de direitos. Por óbvio que muitas Desigualdades Naturais quando desconsideradas podem representar também uma limitação de direitos, pois, tanto para as Desigualdades Sociais como para as

⁵² BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002. p. 123.

⁵³ Id. Ibidem.

Naturais, a indiferença social provoca o surgimento de maiores limitações. Ou seja, mesmo quando militam contra um indivíduo obstáculos naturais, não são tais obstáculos que determinam por si só, salvo casos extremos, o limite de sua superação. O que impõe limites à superação da Desigualdade Natural do indivíduo são as Desigualdades Sociais que se projetam sobre determinado grupo ou indivíduo.

O erro principal do argumento de que os programas de ação afirmativa para negros são violadores do princípio da Igualdade por fazer referência à raça está em não compreender o fenômeno do racismo e em naturalizar o conceito de raça. Ele consiste em buscar na raça uma razão de discriminação da lei ou do ato administrativo. Essa premissa propõe duas interpretações que conduzem ao mesmo efeito: Primeiro, a de que para haver um tratamento diferenciado da lei para os negros deveria existir uma Desigualdade Natural. De qualquer modo, diante de tal Desigualdade a lei seria impotente para resolver a exclusão vivenciada pelo grupo negro. Segundo, afirmando que não existe uma Desigualdade Natural entre as raças, conclui que não há que compensar socialmente uma Desigualdade ausente. Considerar a raça seria criar o racismo.

No fim e ao cabo, elas concluem que o destino da população negra é de sua responsabilidade. Tal raciocínio é típico do pensamento racista que tende a naturalizar as Desigualdades Sociais, justificando a impossibilidade de sua superação. A Desigualdade vivenciada pelos negros não está em sua raça, se com isso se quer dizer em sua biologia, mas no modo como a sociedade considerar as singularidades biológicas e lhe atribui valores. A Desigualdade da população negra não decorre da raça, mas da discriminação socialmente construída. Como declarou o Ministro Maurício CORRÊA: “Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.”⁵⁴

O conceito de raça é mais histórico e sociológico do que exclusivamente biológico. Ter seis dedos numa mão pode ser um fato biológico, mas ser considerado inferior ou feio por causa disso, não é. Dizer que os homens com cinco ou seis dedos não são desiguais não resolve o problema de que eles serão tratados desigualmente na sociedade. Tampouco é necessário recorrer a um conceito de Desigualdade Natural para conceber a adequação de políticas públicas que considerem a Desigualdade Social para

⁵⁴ Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p.30.

com pessoas com tais características físicas.

Políticas públicas fundadas na raça e políticas públicas de combate ao racismo: O racismo como sistema de valores que afeta a comunidade

A expressão Desigualdades Sociais, utilizada por Norberto BOBBIO, não é sinônimo de Desigualdade de Renda ou de Patrimônio. Ela indica que determinadas Desigualdades são frutos das opções humanas, variantes na história e na geografia, fruto do tempo e do lugar. A grosso modo, convém repetir, uma Desigualdade é social porque não decorre da natureza, mas da vida em sociedade, ou melhor, em dada sociedade histórica.

De fato, essa parece ser aceção razoável para o termo contido no artigo 3º da Carta Magna que, no plano dos Princípios, orienta o interprete no julgamento do concreto. Conforme seu enunciado, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

A interpretação mais imediata seria a de afirmar que a expressão "Desigualdades Sociais" deveria ser reconhecida como sinônimo de Desigualdade de Renda ou de Patrimônio. De fato, a opção dentro de um modelo de economia capitalista, como deixa entrever o respeito à propriedade privada, condicionada a sua função social, é de impedir os extremos da pobreza e da marginalização, erradicando-as. Ou seja, indispensável encontrar as causas da pobreza e da marginalização e combatê-las. Se marginalizar é colocar a margem, em posição subalterna, ou excluir de um grupo, a pobreza é uma causa da marginalização, talvez a principal, mas não a única. Tampouco se poderia deixar de questionar quais as causas da pobreza a fim de se investigar quais mecanismos impedem que políticas de distribuição de renda sejam eficazes ou não sejam implementadas.

Entretanto, no artigo em comento, o constituinte não afirmou, por exemplo, que era objetivo da República erradicar as Desigualdades entre homens e mulheres. Todavia, as pesquisas mais recentes indicam que a pobreza é, sobretudo feminina, e que a Desigualdade entre homens e mulheres é um fator importante na restrição de direitos. Isso significa que as normas relativas a essa Desigualdade e outras do mesmo gênero não integram os objetivos da República? Evidentemente que as normas específicas que denunciam a existência de várias "Desigualdades Sociais" complementam os objetivos da República. Constituir uma "sociedade livre de preconceito" é também projeto

coletivo.

Numa interpretação razoável do art. 3º, pode-se afirmar que a expressão "Desigualdades Sociais" indica todas as formas de Desigualdades que são reforçadas pelos vínculos sociais, sendo a "marginalização" o grau mais extremo de Desigualdade. Nela inclui-se a Desigualdade entre homens e mulheres, entre portadores e não portadores de necessidade especiais, entre indígenas e o restante da sociedade brasileira etc. A expressão reconhece as fraturas na comunidade nacional, estabelecendo um programa de reformas para o Estado e para a Sociedade. De igual modo, a pobreza e a marginalização podem ser consideradas em suas causas múltiplas e não apenas sob um viés economicista, sobretudo numa ordem constitucional que impede a abolição das bases fundamentais do sistema capitalista.

Ademais, como anota o Ministro Marco Aurélio MELLO, em comentário ao referido artigo:

“Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades”.⁵⁵

Logo, a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa para negros depende da seguinte consideração: A Desigualdade decorrente do preconceito de cor ou raça estaria incluída entre as "Desigualdade Sociais"?

Em primeiro lugar, as normas que proíbem o racismo têm também o condão de fazer conhecer a todos que ele é um fenômeno social (existente no Brasil) que pode e deve ser combatido e que, devido a sua gravidade e impacto social, deve ter tutela constitucional. A tutela mais evidente para bens relevantes, em casos extremos, é a tutela negativa que, em sede constitucional, alcança o grau máximo, quando se limita, inclusive, o direito à prescrição daqueles que praticam crime de racismo. Embora essa técnica jurídica tenha seus opositores, é importante ressaltar o valor simbólico da imprescritibilidade. Imprescritível, no senso comum, é aquilo que não pode ser esquecido, perdoado, deixado para segundo plano, não lembrado. Imprescritível é uma memória social que reatualiza as experiências do passado para fazer reconhecer que se tem um compromisso inevitável com o fim da discriminação racial. Nas palavras

⁵⁵ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas. In. *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal

do Ministro Marco AURÉLIO, “A determinação constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo seja uma manifestação de simbolismo sem precedentes no mundo. A imprescritibilidade revela-se uma das maiores exceções às garantias dos direitos fundamentais.”⁵⁶ Logo, somente justificável diante da gravidade e do impacto social negativo que, por repercussão tais ações podem provocar.

Se a exclusão da população negra não fosse uma construção social não haveria razão para proibir os argumentos expendidos sobre sua suposta causa fundada na inferioridade natural. No limite, a proibição serviria apenas como uma forma de “etiqueta social” de caráter moral duvidoso: “Não se pode dizer a eles (aos negros) que sabemos que são inferiores.” Todavia, a proibição das manifestações de racismo é a consolidação, em sede constitucional, de que os argumentos das teorias racistas já foram, ao longo da história, suficientemente refutados, sendo temerários diante da necessidade de construir uma sociedade solidária, fundada na Dignidade Humana.

Em sua trajetória histórica, elas justificam-se como formas de impedir regimes fundados em ideologias de “Supremacia Racial” instaurados com a propagação da ignorância e que se consolidam fazendo uso da ignorância acumulada ao longo dos séculos. Mas não apenas isso, a criminalização do racismo representa uma tentativa de intervir no plano das relações sociais impedindo que crenças raciais façam com que grupos considerados como inferiores sejam afetados no acesso a direitos fundamentais.

Portanto, a proibição do uso da raça e a criminalização do racismo dirigem-se contra os argumentos, as ações e medidas legislativas que partam do pressuposto da existência de uma inferioridade natural entre brancos e negros, reconhecendo, ao mesmo tempo, que as Desigualdade vivenciadas pelos negros e indígenas foram provocadas por causas sociais encontradas nas opções valorativas de Estados e Sociedades.

As proposições que negam o racismo como valor, criminalizando o racismo, são incompatíveis com políticas para combater a marginalização do grupo negros e a redução das Desigualdades Raciais?

Os regimes que adotaram explicitamente perspectivas defensoras da Supremacia Racial somente obtiveram sucesso na medida em que fizeram confundir a

Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001, p. 23.

⁵⁶ Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p.189.

falsa explicação sobre a inferioridade e a alocação dos grupos considerados inferiores em posição subalterna. A crença na inferioridade negra não é fruto apenas da percepção de que havia uma diferença na pigmentação ou de determinados traços físicos, mas do encontro cotidiano dos negros em posições sociais que demarcavam sua exclusão. De igual modo, esse encontro era reforçado com novas atitudes que tendiam a sua permanência.

Nesse sentido, Norbert ELIAS e Jonh SCOTSON apresentam os modos como grupos dominantes estigmatizam grupos dominados, fazendo crer a si e aos próprios execrados que tais estigmas são (ou poderiam ser) verdadeiros:

“O primeiro modo de estigmatizar é a pobreza. Para utilizá-la, o grupo dominante precisa monopolizar as melhores posições sociais, em termos de poder, prestígio social e vantagens materiais. Apenas nesta situação, a pobreza pode, então, ser vista como decorrência da inferioridade natural dos excluídos. O segundo modo de estigmatizar é atribuir como características definidoras do outro grupo a anomia (a desorganização social e familiar) e a delinquência (o não cumprimento das leis). O terceiro é atribuir ao outro grupo hábitos deficientes de limpeza e higiene. O quarto e último é tratar e ver os dominados como animais, quase-animais, ou não inteiramente pertencentes à ordem social.”⁵⁷

Em certa medida, a tutela penal fragmentária de atos de discriminação ou de controle sobre discursos é impotente diante da permanência da exclusão sistemática.⁵⁸ A existência do racismo, como se disse, não pode ser buscada na maldade humana ou na atitude individual isolada, sua fonte é antes de mais nada a ignorância. A ignorância social somente subsiste quando ela encontra pontos de apoio numa apreensão dinâmica e prática da realidade. As ideologias de Supremacia racial necessitam tocar na realidade e construí-la a seu modo para que possam ser aceitas.

O combate ao racismo, portanto, exige uma política positiva por parte do Estado. O que não significa que tal ação tenha por base a raça, pois de fato não é a raça a causa do racismo. O racismo é um sistema de valores que impõe uma desigualdade social quanto à raça. O que se combate é esse sistema de valores. Uma política pública que tomasse como ponto de partida a raça seria inconstitucional. De fato, as políticas

⁵⁷ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, Raças e Democracia*. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.172.

⁵⁸ Como alerta o Ministro Nelson JOBIM, em primeiro lugar, na legislação brasileira, encontra-se, na maioria das condutas, uma “criminalização topológica”, preocupada mais em proteger locais do que impedir a disseminação do racismo. Em segundo lugar, criam-se “mecanismos linguísticos” capazes de impedir a criminalização. É o que ocorre com o apelo à idéia de “democracia racial” que, quando adotada como premissa, impede que se reconheçam os atos de discriminação. JOBIM, Nelson. A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira. Palestra com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

que tomaram como ponto de partida a raça empreenderam políticas de privilégio para determinados grupos, propuseram a eugenia como método de profilaxia social, chegando, em seus extremos, a defender o extermínio. Tais políticas foram abertamente racistas. O ponto de partida da ação estatal é o reconhecimento de valores racistas e seus efeitos (intencionais ou não) em dada sociedade. A ação do Estado numa política de ação afirmativa não tem por objetivo reconhecer a raça, mas aqueles que são discriminados por seu pertencimento racial.

As políticas de ação afirmativa e as cotas no Ensino Superior, partem do pressuposto de que a Desigualdades Raciais são uma forma de Desigualdade Social. De fato, a base de qualquer sistema discriminatório que justifique uma intervenção positiva do Estado é, em última análise, a Desigualdade Social. Ou seja, aquela Desigualdade que pode ser e que se quer ver modificada, pois fruto, em sua origem, de uma intervenção humana, ou melhor das opções individuais, coletivas e estatais ao longo da história.

A razão da discriminação positiva somente pode ser a existência de uma discriminação negativa. Como destaca o ilustre professor José Jorge de CARVALHO, ao analisar o espaço acadêmico:

“Proponho a utilização da expressão ação negativa para retirar da ação afirmativa sua dimensão de eufemismo e recobrar a literalidade conjuntural do seu significado. Se ação afirmativa surgiu para definir algo de novo, foi, justamente para contrapor-se à situação vigente contra os negros até uma geração atrás, qual seja, a de vítimas sistemáticas de ação negativa por parte dos brancos. Sobretudo, em um país como o Brasil, que se jacta ideologicamente de não praticar o padrão de segregação racial característico dos Estados Unidos e da África do Sul, o termo racismo é facilmente tergiversado de modo a tornar-se extremamente difícil sua aplicação, porque é associado a um incidente singular de abuso verbal ou físico a uma pessoa negra – e sua singularidade é justamente o alibi para que seja minimizado como algo da ordem da paranóia, do mal entendido, ou da mera intenção jocosa. Para complementar essa atitude racista brasileira quase sempre semanticamente amorfa, e que se define quase que exclusivamente pelo paroxismo da discriminação sem projeto ou precedentes, a idéia de ação negativa aponta mais claramente para o stress racial sistemático e consistente sofrido no cotidiano pelos pretos e pardos em sua convivência nos espaços sociais subentendidos (às vezes abertamente) como brancos no Brasil.”⁵⁹

⁵⁹ José Jorge de CARVALHO. Exclusão Racial na Universidade Brasileira: um caso de ação negativa. in: QUEIROZ, Delcene Macarenhas. (org) O Negro na Universidade. Salvador: Novos Toques, 2002. p. 93.

No Brasil, o preconceito têm por base a aparência, o fenótipo, o qual, embora dependa da descendência (da herança genética) para surgir, não faz recair sobre toda a ascendência a marca indelével da exclusão do indivíduo. Apenas aquela parte identificável da herança genética (negra) é que passa a ser determinante, de forma autônoma, do preconceito e da discriminação. Ela garante a permanência de desvantagens cumuladas ao longo das gerações e, ao mesmo tempo, a adesão aos valores que determinam a exclusão dos que não podem ser considerados brancos. Apesar da impropriedade da expressão “preconceito de cor”, ela é a mais comum para identificar sua manifestação. Sua impropriedade refere-se ao fato de que não há uma apreensão exclusiva de uma das características físicas humanas, mas a remição a noções históricas que a identificam como a característica de determinado grupo racial. Logo, a cor é captada no conjunto dos traços de aparência e de valores que construíram a idéia de negro como um “ser inferior” em nosso país pela aceitação de teses científicas, por sua identificação com o trabalho braçal e pela negação do valor da civilização às manifestações culturais dos povos africanos escravizados. .

A causa dos fenômenos raciais não é a aparência, mas o sistema de valores historicamente construído sobre as características físicas e suas conseqüências sociais na distribuição de bens (maiores ou meras oportunidades no trabalho, acesso à propriedade e à educação etc.). Ele possui certa força de inércia do passado, mas se encontra, sobretudo, vivo no presente, no tratamento seletivo, às vezes sutil, encontrado no sistema educacional, no mercado de trabalho, no acesso aos serviços públicos e privados etc. Não há uma Desigualdade Natural entre brancos e negros que justifique o tratamento preconceituoso que é dado ao grupo de negros ou as taxas sociais que lhe são desfavoráveis. Aliás, ela jamais existiu para além da crença social que justificou a sua transformação em uma dura realidade para aqueles que nascem com aparência negra. Como asseverou o Ministro Maurício CORRÊA:

“(...) a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do

Pentateuco ou Tora acerca da origem comum do homem.”⁶⁰

A base da Desigualdade que atinge o grupo negro (afro descendente) é social. Algumas características físicas naturais, tomadas em conjunto, que representariam uma diferença salutar da espécie humana, são utilizadas como base de discriminação, instaurando uma Desigualdade Social. Tal situação não é uma opção dos grupos discriminados, mas uma condição de sua existência. Os indivíduos pertencentes ao grupo negro (afro descendente) não podem se despir de suas diferenças naturais e da existência de um sistema negativo de valores que condiciona a distribuição de bens e a sujeição potencial ou real de todos os indivíduos pertencentes aquele grupo aos efeitos nocivos do racismo.

Em síntese, a permanência de tal sistema negativo de valores, a força da inércia das desigualdades históricas e as desigualdades raciais no presente justificam a existência de políticas públicas que ataque a situação fática (a discriminação negativa).

Neste contexto, é importante ressaltar que o Estado brasileiro tomou no curso de nossa história diversas medidas para garantir a Desigualdade para os negros. Como afirma Daflon BARROZO:

“A transição da sociedade escravocrata brasileira para o período pós-escravagismo arregimentou um conjunto de políticas ativas e omissivas, diretas e indiretas claramente identificáveis que garantiu a continuidade da substancia sob outra forma: de uma sociedade estatamental baseada na objetivação e propriedade dos membros do estamento escravo para um regime de criação regulada de uma classe social subalterna, subeducada e subempregada a cujo pertencimento foi avassaladoramente determinado pela cor. O efeito desses fatores com uma concepção delgada de igualdade como status normativo que sobrevive até hoje, foi a criação e o concomitante e sempre renovado engessamento de um semi-estamento, ainda hoje maciçamente demarcado pela cor, sobre a qual recai generalizados juízo de inferioridade e expectativa social de subordinação.”⁶¹

O liberal MARSHAL, já havia destacado que:

“As diferenças de *status* podem receber a chancela da legitimidade em termos de cidadania democrática, desde que não sejam profundas, mas ocorram numa população unida por uma civilização única; e desde que não sejam expressão de um privilégio hereditário. Isto significa que desigualdades podem ser toleradas numa

⁶⁰ Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p.23.

⁶¹ BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade e as ações afirmativas. In: Lua Nova N 63, 2004.

sociedade fundamentalmente igualitária desde que não sejam dinâmicas, isto é que não criem incentivos que se originam do descontentamento e do sentimento de que “este tipo de vida não me agrada”, ou “estou decidido a fazer tudo para que meu filho não passe pelo que passei.”⁶²

Nesse sentido, as políticas de ação afirmativa para o grupo negro, as quais não devem servir para substituir as demais políticas sociais genéricas, são essencialmente redistributivas. São redistributivas porque impedem a acumulação diferenciada de vantagens por aqueles que, independente de seu assentimento, são beneficiados pela existência de uma desvalorização dos indivíduos de aparência negra. Porém, mas não se pode querer negar-lhes o caráter reparatório. A reparação em questão não é, por certo, uma compensação individual a determinados indivíduos que já morreram para outros que estão vivos. Trata-se de uma reparação de toda a comunidade para com os valores que têm sido negados pelo racismo, entre eles a diversidade de nossa formação histórica. A reparação atinge, desse modo, os indivíduos que mesmo tendo aparência branca estão vinculados a antepassados negros ou adotam no presente formas de expressão culturais que são marginalizadas por conta de sua origem africana ou escrava, e, sobretudo, pela atribuição a seus portadores originários de uma inferioridade. Elas são, portanto, medidas capazes de reconstruir, inclusive, para os beneficiários do racismo, as possibilidades de novas formas de convivência humana que lhes são negadas por sua ignorância.

De outra parte, qualquer ponderação sobre os direitos de grupos discriminados não pode tomar como ponto de partida o argumento fundado no preconceito, que pode ser, inclusive, compartilhado por indivíduos discriminados e não discriminados, segundo o qual o destino dos indivíduos pertencentes a tais grupos está exclusivamente condicionado por sua força ou caráter individual. Para que se possa ponderar sobre qualquer fato relacionado à discriminação é indispensável que se pese as conseqüências para todo o grupo discriminado e, sobretudo, para o conjunto dos grupos socialmente discriminados. Isso porque os sistemas culturais de discriminação e o RACISMO, em particular, agem sobre grupos e não sobre indivíduos. Tal é o magistério de Noberto BOBBIO ao afirmar que: "O racismo se dirige não tanto para a pessoa singular, diante da qual se pode ter sentimentos de ódio, desprezo ou aversão, quanto para um grupo, ou para um indivíduo pertencente a um grupo."⁶³

Como completa o ilustre constitucionalista José Afonso da SILVA:

Disponível em www.scielo.br/pdf/In/63/a05n63.pdf. Acesso em Janeiro/2005. p. 123-124.

⁶² MARSHAL, T.H. Cidadania e Classe Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 108.

"A realização da igualdade perante a justiça, assim exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância adotados pelo legislador" ⁶⁴³

A universalidade das políticas de ação afirmativa para o grupo está radicada justamente no fato de que elas se dirigem contra os valores negativos que atingem diretamente esse grupo, mas, indiretamente, o conjunto da sociedade brasileira, pois como afirma o antropólogo José Jorge de CARVALHO, "Se o negro é pressionado para entrar paralisado no discurso hegemônico do branco, também o branco brasileiro sofre as conseqüências negativas de sustentar essa ambivalência em relação ao negro. " ⁶⁵

Não há, portanto, *prima facie*, violação do Princípio da Isonomia quando a própria Constituição pondera e reconhece a existência de grupos em situação de desvantagem social. Ademais, tão evidente é a situação do grupo negro que quando se inicia um debate sobre a discriminação em nosso país ele se torna uma referência de tal modo significativa que a idéia de racismo tende a se confundir com o reconhecimento da existência da discriminação racial contra os negros. É o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus em que os ministros do Supremo Tribunal Federal debateram longamente se o termo racismo deveria ficar restrito às hipóteses que tratavam dos negros ou deveria se estender aos judeus. Como afirmou o Relator Moreira ALVES: "O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a racismo o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." ⁶⁶ Embora a solução final que identificou a necessidade de tutela do grupo judeu tenha sido a mais acertada, ela permitiu inúmeras manifestações de reconhecimento da existência do racismo contra os negros no Brasil, demonstrando que, abstratamente, quando não está em jogo a possibilidade de concessão de direitos para esse grupo, a comprovação de uma Desigualdade fática não demanda maiores questionamentos.

⁶³ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 123.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 219.

⁶⁵ CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar Editorial, 2006. p.128.

⁶⁶ Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. — Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p.14.

Carlos Alberto MEDEIROS, em apertada síntese, apresenta os achados das pesquisas quantitativas sobre desigualdades raciais no Brasil:

“As desigualdades raciais constituem elemento-chave na determinação do status relativo dos indivíduos em nossa sociedade, influenciando-os desde o nascimento, como se constata pelos diferenciais de raça em termos de mortalidade infantil, até a morte, como se depreende da desigualdade em matéria de expectativa de vida.”⁶⁷

Tais argumentos corroboram a conclusão de Carlos HALSENBALG:

“Mais de um século depois da abolição da escravidão, o trabalho manual continua ser o lugar reservado para os afro-brasileiros. Em oposição ao que afirmaram as teorias sobre a modernização, a estrutura de transição fornecida pelo rápido crescimento econômico das últimas décadas não parece ter contribuído para diminuir de maneira significativa a distância entre os grupos raciais presentes na população.”⁶⁸

O estabelecimento de “cotas raciais” nas universidades públicas e sua adequação ao Princípio da Igualdade

Sob o prisma jurídico, o magistério de Celso Antônio Bandeira de MELLO tem sido o mais extensamente utilizado para a análise da Igualdade. Considerada a trajetória histórica da construção da Igualdade em nosso país, observadas as finalidades da tutela negativa da Igualdade Racial na Constituição e estabelecida a distinção entre Desigualdades Social e Natural, o pensamento do autor é absolutamente compatível com a criação de políticas públicas de acesso ao Ensino Superior que possuam critérios de sensibilidade à discriminação racial sofrida pelo grupo negro.⁶⁹

Segundo o magistério do autor, indispensável que se questione:

⁶⁷ MEDEIROS, Carlos Alberto. Na Lei e na Raça – Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos.

⁶⁸ HALSENBALG, Carlos. Os números da Cor. Rio de Janeiro: Centro de estudos afro-asiáticos, 1996, p.15.

⁶⁹ Algumas ressalvas ao raciocínio do autor são indispensáveis, pois as hipóteses em que ele aceita a diferenciação partem, infelizmente, de uma concepção de raça próxima da biologia, sem atentar-se para o fato de que ela é uma construção social. Nesse sentido, veja-se a seguinte: “Pode-se, ainda, supor que grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos público de enfermeiro, naquela área, os indivíduos pertencentes à raça refrataria à contração da doença que se queira debelar. É óbvio do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar.” Neste caso, a validade dependeria da existência de uma propensão genética que não respeita, necessariamente, as divisões entre os grupos humanos que se fundamentam nos processos de racialização, os quais são independentes de diferenças biológicas significativas. Embora em outros casos, o autor considere o fenômeno do preconceito, mas não em relação à sociedade brasileira, ao afirmar que: “De igual modo, não se adversará à regra da igualdade se for proibida a admissão, em dadas funções que requeiram contato com tribos primitivas, de pessoas portadoras de certa característica física, qual, *exempli gratia*, determinada cor de olhos, se as tribos em causa tiverem prevenção contra os possuidores de traço biológico desta ordem.” MELLO, Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.16-17.

“o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável — sem agravos à isonomia — que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? 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?”⁷⁰

O primeiro aspecto da Isonomia consiste em reconhecer a existência de uma diferença real e efetiva entre duas ou mais situações. O segundo, na seleção de um critério diferenciador apto a avaliar as diferenças e compatível com a razão de ser da diferenciação.⁷¹ Como interpreta Marçal JUSTEN FILHO: "O princípio jurídico da isonomia é incompatível com a escolha arbitrária ou inadequada de um critério de diferenciação. É fundamental que o critério de comparação seja vinculado à natureza do problema e à qualidade dos bens e direitos objetos da decisão."⁷²

Segundo Celso Bandeira de MELLO, o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se dividiria em três questões: “a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”

Portanto:

“(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”⁷³

De forma resumida:

“importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo

⁷⁰ MELLO, Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.11.

⁷¹ MELLO, Antônio Bandeira de. Op. cit.

⁷² JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.”⁷⁴

Na proposta de programas de ação afirmativa para negros no acesso ao Ensino Superior não há inconstitucionalidade por lesão ao Princípio da Isonomia porque:

Em primeiro lugar, a diferença entre negros (afro descendentes) e outros grupos raciais não está na raça, mas, tão somente, na discriminação social sofrida por indivíduos que possuem aparência negra.

Em segundo lugar, o critério de diferenciação não é a raça como uma essência, mas a raça como um fator que indica o pertencimento a uma comunidade de excluídos.

Em terceiro lugar, a finalidade da diferenciação não é valorizar a raça, mas compensar a discriminação sofrida pelos racialmente identificáveis e evitar os efeitos negativos dessa identificação em relação a todos os grupos sociais.

Em quarto lugar, elas são compatíveis com os valores constitucionais que pregam o combate ao racismo e rejeitam as desigualdades dele advindas, buscam promover o combate às causas da desigualdade material, reconhecem o caráter multirracial da sociedade brasileira e a trajetória concreta de exclusão de determinados grupos, defendendo a diversidade como um de seus elementos estruturantes.

Conforme declarou o ilustre Desembargador do TRF da 4ª Região, Luiz Carlos de Castro LUGON::

“É simplismo alegar, em relação ao tema sub examine, que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder. (...) Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca”⁷⁵

Enfim, as políticas de ação afirmativa não violam o mandamento de não-discriminação pela raça, pois os negros não estão sendo visados porque são “negros”, mas porque sofrem os efeitos do racismo em nossa sociedade.

Como esclarece a Ministra Carmem Lúcia Antunes da ROCHA:

⁷³ MELLO, Antônio Bandeira de. Op. cit. p.19.

⁷⁴ MELLO, Antônio Bandeira de. Op. cit. p.20.

“A definição jurídica da desigualdade dos desiguais histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram marginalizados e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.”⁷⁶

De igual modo, não se pode falar em “brancos pobres” atingidos pelas políticas públicas destinadas a combater o racismo pela simples razão de que os brancos nunca foram visados por políticas discriminatórias em função da sua aparência branca, mas, ao contrário, puderam beneficiar-se dos valores conferidos a “branquidade” em nosso país. Isso não quer dizer que indivíduos reconhecidos socialmente como brancos não sejam pobres. São pobres e merecem políticas públicas de combate à pobreza da mesma forma que as mulheres merecem políticas públicas de combate às desigualdades de gênero. Dito de outra forma, as políticas destinadas às mulheres não excluem o mérito das políticas destinadas aos pobres ou aos deficientes ou aos negros. Os pobres são vítimas da indiferença do Estado, mas não do reconhecimento da situação de desvantagem por outro grupo social. A tentativa de opor “brancos pobres” e negros revela apenas mais um capítulo triste do racismo em nosso país.

Como magistralmente assevera Carmem Lúcia Antunes da ROCHA:

“A ação afirmativa traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem se deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos e oportunidades para a obtenção das condições necessárias para cada qual segundo a sua vocação à competição e coordenação de todos-, a ação afirmativa reconstrói o tecido social introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna.”

⁷⁷

⁷⁵ Decisão de suspensão de liminar. Agravo de Instrumento 2005.04.01.006358-2

⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, n 15, 1996. p. 88.

⁷⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 99.

A compatibilidade com os valores constitucionais merece alguns apontamentos.

Em primeiro lugar, a palavra “raça” na Constituição Federal de 1988 é quase sempre mencionada como forma de afastar a criação de regimes jurídicos baseados na raça, tais como foram o regime do Apartheid ou da Alemanha Nazista.⁷⁸ Ela também indica que tais extremos da discriminação subsistem como uma forma latente de perversão de regimes que induzem das mais diversas formas a situações nas quais um grupo racial possa se tornar prevalente nas estruturas de distribuição do poder e da propriedade. O racismo, em suas formas mais perversas, resulta de processos sociais diversos que alocam paulatinamente determinados grupos nos piores “lugares” sociais. Constroem-se, no mesmo passo, valores que tendem a criar uma espiral contínua de degradação.

As políticas de ação afirmativa, ao tomarem por base a discriminação racial sofrida, impedem que a raça se torne um valor negativo utilizado como meta-regra nas políticas públicas universalistas ou até mesmo nas práticas policiais e jurídicas. Ao explicitarem a discriminação existente, elas se constituem num antídoto contra a idéia de supremacia racial que a proibição da consideração da raça visa evitar.

Segundo a Ministra Carmem Lúcia Antunes da ROCHA: “coube à doutrina o grande mérito de haurir o princípio negador da validade do preconceito como motivo de ação aceitável no Direito, o princípio maior da igualdade, alargando na terminologia do princípio o que não havia em seu conteúdo e nas normas jurídicas que lhe fixavam o conteúdo e a forma de aplicação.”⁷⁹

Em segundo lugar, de igual modo é absurdo asseverar que a Constituição não reconhece nossa história e, sobretudo, os efeitos da escravidão e do colonialismo. O art. 215, afirma que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, reconhecendo a existência de “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, de “grupos participantes do processo civilizatório nacional”, de “diferentes segmentos étnicos nacionais”. Já o art. 216 dispõe que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, determinado que em seu parágrafo quinto que “ficam tombados todos os

⁷⁸ Na adequada afirmação de Celso Bandeira de MELLO: “Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundamentadora de discrimen.” MELLO, Antônio Bandeira de. Op.cit. p.18.

⁷⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 86.

documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”

Tais artigos demonstram que o país foi construído com base numa diversidade histórica inexistente no contexto europeu e que tal diversidade não apenas é mera ilusão, mas realidade social e normativa. O exame de nossa realidade demonstra, infelizmente, que tal diversidade tem sido demarcada pela exclusão e convertida em Desigualdade. A diversidade não pode ser criada artificialmente pela lei, mas a Desigualdade pode ser atacada pelo Estado e por meio de instrumentos jurídicos.

Como alerta o Ministro Nelson JOBIM: “O que precisamos saber é o seguinte: existe ou não existe desigualdade socialmente considerada. Abram os dados existe. Ponto. Como trata-las? Questão Política. Devemos tratá-las ou não? Resposta: Sim. Devemos enfrentar o tema.”⁸⁰

Em terceiro lugar, além de um compromisso com os Direitos Sociais genéricos, a Constituição brasileira permite identificar a trajetória de construção de compensações e de redistribuição que garantam nossa identidade nacional. O garantia da posse das terras pelos indígenas e de suas tradições culturais justificam-se, por exemplo, porque eles são reconhecidos como uma comunidade moral e humana atingida ao longo de nossa história pela ação predatória do Estado e da sociedade tanto em suas terras quanto em seu patrimônio cultural. Tal garantia não significa que muitos de nós identificados como não-índios não sejamos índio-descendentes, mas, ao contrário, ela confere dignidade a essa nossa condição que é, não apenas biológica, mas sobretudo cultural. De igual modo, o reconhecimento do racismo contra o negros e a necessidade de implementar políticas que permitam a diversidade nas mais diversas esferas sociais, produzam uma redistribuição dos benefícios sociais e combatam as desigualdades raciais dignifica a nossa unidade. Elas dirigem-se, sobretudo, não aos negros especificamente, mas à comunidade moral que pretendemos constituir a partir do pluralismo e da adesão a um projeto democrático não racista.

Enfim, numa leitura sistemática da Constituição infere-se que o tratamento da socio-bio-diversidade presente no grupo semântico da palavra raça surge amparado por três grandes grupos de princípios:

Princípio da Não-discriminação que consiste no repúdio das teorias de supremacia racial;

Princípio do Pluralismo/Diversidade que consiste na defesa da diversidade como realização da Dignidade Humana e condição para construção da identidade

⁸⁰ JOBIM, Nelson. *A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira*. Palestra com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004.

nacional;

Princípio do Combate à Desigualdade que consiste na obrigação de combate às desigualdades reais que se estabeleceram historicamente entre os diversos grupos raciais.

Não discriminação, afirmação da diversidade e combate à desigualdade real resumem o cerne do tratamento dado ao tema "raça" no âmbito constitucional. Seguramente, ele transita no espaço conceitual do Direito à Igualdade. Todavia, a Igualdade construída nos termos do Estado Liberal ou do Estado Intervencionista é menos do que a Igualdade que emerge na Constituição de 1988 posto que fruto da democratização de uma sociedade periférica marcada pelo trauma da escravidão e pela heterogeneidade de populações.

Nenhum desses princípios pode ser interpretado de forma isolada, mas à luz da razoabilidade. Afirmar que a Constituição proíbe políticas de ação afirmativa para o grupo negro porque a raça não pode ser utilizada como padrão discriminatório é interpretar a Constituição sem considerar os demais princípios, dando interpretação às avessas às lutas sociais que conduziram ao repúdio do racismo legal em nosso país.

As medidas de reconhecimento da exclusão do grupo que estão sendo adotadas no país e, sobretudo, nas universidades públicas brasileiras, provocam otimismo em relação ao combate ao preconceito e ao racismo, pois demonstram que as opiniões preconcebidas e a exclusão não são fatalidades. Desde o período de redemocratização, o debate acadêmico de excelência tem se acentuado e a indiferença, para com as populações pobres, negras (afrodescendentes) e indígenas, rejeitada. Trata-se de um reconhecimento público e científico da existência das Desigualdades e, sobretudo, das Desigualdades raciais em nosso país.