

Bernardo Bichara Faria Coelho



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Inclusão do Negro e Ações Afirmativas

por

Bernardo Bichara Faria Coelho

ORIENTADOR: Prof. Alessandro Lucciola Molon

2010.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO – BRASIL

Inclusão do Negro e Ações Afirmativas

por

Bernardo Bichara Faria Coelho

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.
Alessandro Lucciola
Molon.

2010.1

Resumo

Cuida o presente ensaio do tema da exclusão do negro na sociedade brasileira e das ações afirmativas, como instrumento de combate a esta situação contrária ao direito. Este trabalho não pretende esgotar o vasto tema das ações afirmativas, tampouco se trata de uma monografia de cunho histórico ou sociológico. Na verdade, o que se busca é trazer à baila a discussão sobre um fato social, qual seja, a exclusão do negro, fato este que se afigura violador da ordem jurídica vigente, e que por isso reclama providências emergenciais no sentido de ser corrigido. Para caracterizar dita realidade social é que se recorrerá ao auxílio indispensável da história e da sociologia. Outrossim, pretende-se apresentar o instituto das ações afirmativas, como uma forma eficaz de construção da igualdade material e de superação dos desequilíbrios sociais provenientes da discriminação pela raça, que impedem o pleno gozo, pelos negros, dos direitos inerentes a todo cidadão. Enfim, almeja-se demonstrar que o debate que vem sendo travado em toda a sociedade, e que começa a bater à porta dos tribunais pátrios, representa uma valiosa oportunidade para o povo brasileiro, volvendo-se para o seu passado, e analisando o presente, ainda tão atrelado às desumanidades de outrora, reconciliar-se com uma parcela da população sobremodo responsável pela riqueza econômica, cultural e social da nação.

Palavras-Chave: Ação Afirmativa, Princípio da Igualdade, Discriminação racial.

Lista de Siglas e Abreviações:

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ART - Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

ONG – Organização não governamental.

ONU – Organização das Nações Unidas.

RE – Recurso Extraordinário.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário:

Introdução.

Capítulo 1 – A posição do negro na sociedade brasileira. De *res a indigente.*

1.1 – Considerações gerais.

1.1 – Os estigmas abertos pela escravidão.

1.2 – A abolição, o remédio que não cura.

1.3 – O pós-abolição. Do mito da democracia racial ao reconhecimento do racismo.

1.4 – Situação atual.

Capítulo 2 – Ações Afirmativas.

2.1 – Considerações gerais.

2.2 – Breve histórico.

Capítulo 3 - Necessidade das ações afirmativas como forma de integração social e reparação histórica do Negro.

3.1 – Considerações gerais.

3.2 – Justiça compensatória.

3.3 - Justiça distributiva.

3.4 – Diversidade.

3.5 – Políticas generalistas X políticas específicas.

Capítulo 4 – Constitucionalidade das políticas de ações afirmativas.

4.1 – Perspectiva da Igualdade.

4.2 – Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana.

4.3 – Perspectiva da Solidariedade.

4.4 – Perspectiva do Pluralismo.

4.5 – Perspectiva dos Direitos Humanos.

Capítulo 5 – Conclusão.

Bibliografia

Introdução:

“Dança guerreira, corpo do negro é de mola,
Na capoeira, preto embola e desembola.
E a dança que era uma festa do dono da terra,
Virou a principal defesa do negro na guerra,
Pelo que se chamou libertação.
E por toda força, coragem e rebeldia,
Louvado será todo dia,
Que esse povo cantar e lembrar o Jogo de Angola,
Da escravidão do Brasil”¹

Em julho de 2008, a capoeira foi alçada a Patrimônio Cultural Brasileiro. Este fato que a princípio parece não ter maiores significâncias é sobremaneira representativo. Na verdade, a capoeira, que já foi proibida², é uma das mais relevantes expressões da cultura negra; é uma dança, um jogo, uma luta, através da qual o povo negro³, por séculos, defendeu-se da tirania e da opressão da escravidão oficial e extra-oficial (que perdurou por décadas, mesmo após abolição).

Para marcar de forma definitiva esta conquista, no intuito de que a importância de que se reveste não permanecesse à sombra, mas fosse posta à vista e, principalmente, à reflexão de toda a sociedade, o cineasta João Daniel Tikhomiroff decidiu, por meio da sétima arte, reviver uma fantástica história sobre a capoeira. Assim é que, em novembro de 2009, estreou no circuito nacional de cinema, com ares de superprodução, o filme *Besouro*, que conta a história do maior capoeirista de que se tem notícia, o lendário *Besouro Cordão de Ouro*⁴.

¹ Trecho do samba “Jogo de Angola” de Mauro Duarte e Paulo César Pinheiro.

² O Decreto-Lei 487 de 11 de outubro de 1890 estabelecia que todo capoeira que fosse pego seria enviado para prisão em Fernando de Noronha por um período de 2 a 6 meses.

³ Oportuno salientar, desde já, que se adota neste trabalho o conceito de negro englobando pretos, pardos, morenos e demais classificações, com as quais não se concorda, como será explicitado no capítulo 1.

⁴ *Besouro Cordão de Ouro*, também conhecido como *Mangangá*, foi um capoeirista que viveu no Recôncavo Baiano, nas primeiras décadas do século XX, época em que o povo negro, apesar da abolição, ainda sentia o estalo das chibatadas rasgando seus dorsos curvados. *Besouro* foi uma importante liderança negra na luta pela liberdade e pela igualdade. Muitas histórias são contadas a seu respeito e diversos feitos extraordinários lhe são atribuídos. Homem ou mito, lenda ou fato histórico, é difícil saber o que há de veracidade em tudo isso. Contudo, o que, de fato, interessa é a imagem que *Mangangá* encarna. *Besouro* representa o que há de genuíno na cultura e na luta do povo negro. Nos dias atuais, o que se tem de notícia sobre este mestre capoeirista advém

O que até então parecia motivo de efusivo júbilo por parte daqueles que lutam pelo reconhecimento e concretização dos direitos dos negros, sobretudo, pelo fim da discriminação que, ainda, os amarra a um estamento social sempre inferior ao dos brancos, transformou-se em mais um triste exemplo da depreciação a que são submetidas a cultura e a identidade negra.

O que se pôde notar é que, se por um lado havia o interesse de divulgar a capoeira, por outro parecia que ela, por si só, não era suficientemente interessante. Desse modo, algumas adaptações foram feitas em sua história, mas o que, para alguns, estaria dentro do que se considera uma “licença poética” - admitida para dar vazão ao furor criativo do artista - parece ter extrapolado os limites que a balizam, implicando numa verdadeira desfiguração do que se buscava transmitir.

A cultura negra não foi somente matizada, ela foi ferida na sua própria essência. A musicalidade negra foi absolutamente esquecida e as peripécias de Besouro foram embaladas por um *Rock* totalmente dissonante da história - mas, talvez, bem condizente com o público pagante. A religiosidade negra foi tratada de forma superficial, perdendo-se uma boa oportunidade para elidir alguns mitos negativos que sobre ela pesam por ignorância sobre seus fundamentos. O próprio Besouro parecia mais um coadjuvante do que um protagonista e surgia no filme, de quando em vez, sem que muito se contasse sobre sua vida. Por fim, a capoeira, razão primaz da produção do filme, foi modificada e teve sua plástica redesenhada por um chinês, ator de *Hollywood*. A luta que, ao mesmo tempo, é jogo e dança, foi equiparada a uma arte marcial qualquer. As meias-luas, os aús, os rabos-de-arraia e demais golpes cederam espaço a voos incríveis, como se não importasse se ali estava Besouro, Bruce Lee ou o Super-Homem.

basicamente de tradição oral e de cantigas de capoeira, entretanto, há dois relatos escritos sobre ele presentes em obras de Jorge Amado. Nesse sentido ver: AMADO, Jorge. *Mar Morto*. 44ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 1978. p. 104/110 e AMADO, Jorge. *Tenda dos Milagres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p.14.

Nada disso, porém, foi tão chocante quanto a reação de grande parte da plateia que se deleitava, numa tola galhofa, ao assistir cenas em que coronéis, capatazes e capangas humilhavam os negros e lhes insultavam com grosseiras expressões, repetidas cotidianamente - que aqui se pede licença ao leitor para reproduzir, com o fito de mostrar a excrescência de semelhante atitude -, tais como “Preto quando não faz *merda* na entrada, faz na saída”.

Feitas tais considerações, é preciso indagar o motivo pelo qual, cento e vinte dois anos após a abolição da escravatura e vinte e dois anos após o advento de uma constituição que garante um rol de direitos fundamentais inigualável, o negro continua sem espaço para demonstrar sua cultura, para exercer seus direitos, para afirmar sua identidade, para ser um cidadão como outro qualquer. Urge descobrir o porquê dos brancos se apropriarem da cultura negra como bem lhes convém para dela tirar proveito e a razão pela qual ainda se regozijam com a humilhação do negro. Mais do que isso, impõe-se escancarar a razão de a sociedade brasileira insistir em negar o racismo incorporado no inconsciente coletivo, mesmo diante de condutas como as referidas.

Para entender como se travam, hodiernamente, as complexas relações sociais entre brancos e negros no Brasil, e assim descobrir as razões das constatações acima apresentadas, é imprescindível que o estudioso dessa problemática se despoje de alguns dogmas que, propalados por décadas, são internalizados e reproduzidos, ainda que de modo imperceptível, e se abra para um novo olhar sobre a realidade brasileira; principalmente, para o processo de construção do estágio atual da sociedade.

Todo aquele que deseje compreender, minimamente, as hierarquias de poder que presidem as condutas desenvolvidas no corpo social, deve partir da perspectiva histórica, buscando descobrir tudo o que representou o processo escravocrata brasileiro, sua abolição tardia e inacabada, bem como seus desdobramentos nas primeiras décadas do período republicano. É

preciso perceber que o negro foi a pedra de toque para o desenvolvimento econômico do país e, graças a isso, passou a ser encarado como um bem de produção de propriedade da elite. A mesma elite que se achava dona do país, do governo, do erário, e assim fez propagar um vergonhoso patrimonialismo, é aquela que se pensava – e, de fato, por séculos, foi – dona dos negros, e que para justificar este *status* difundia preconceitos raciais, incentivando um odioso racismo⁵.

De igual maneira, deve-se atentar para as implicações sociológicas, que ditos comportamentos, e a tentativa de negá-los, geram. O racismo que impera na sociedade brasileira requer uma análise à luz das condições peculiares em que se desenvolveu. Para que ninguém se curve, de forma desavisada e precipitada, a falácias como a de que no Brasil vige uma democracia racial e, portanto, não haveria racismo, é necessário dispensar o discurso fácil de que o problema do país é econômico-social e não racial. A todo tempo e por todo lugar verifica-se incontáveis demonstrações de que a questão racial, ainda que em alguns casos caminhe conjugada com a pobreza, age, por si só, como fator de exclusão dos negros.

Somente observando o racismo através dos prismas histórico, sociológico e econômico é que se pode entender suas consequências. E as consequências são a negativa de direitos aos negros. Não mais a negativa formal, devidamente espancada da ordem jurídica vigente com o advento da Constituição de 1988, que estabeleceu a igualdade substancial entre os homens como direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana. A negativa aqui é de ordem prática, concreta, social - e não jurídica. De todo modo, essa situação de desobediência à norma jurídica, esse

⁵ É bem de ver que a busca de um privilégio, no mais das vezes econômico, é inerente a própria conceituação de discriminação. Nesse sentido, cumpre observar a explicação que nos lega Joaquim Barbosa: “*Nas suas múltiplas manifestações, a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva de diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.*”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

descompasso entre a constituição formal e a constituição real⁶, essa não efetivação da igualdade e da plena cidadania é contrária ao Direito. Contrariedade que advém não do próprio ordenamento jurídico, mas da resistência da sociedade em obedecê-lo, negando-se a transpô-lo das leis para o agir social. Contrariedade que deriva da não efetivação dos direitos humanos, da manutenção de uma hierarquia de poder definida em tempos em que a igualdade, ou não existia, ou não se estendia a todos, ou não se pretendia efetiva. Contrariedade que não mais se coaduna ao modelo de Estado Democrático de Direito constituído no Brasil pela Constituição Cidadã.

A bem da verdade insta reconhecer que, ainda que de forma tardia, os bons ventos do neoconstitucionalismo sopraram nas terras brasileiras, marcando a transição do regime militar para a democracia⁷. Nesse sentido, trouxeram um novo paradigma, construído na Europa desde o pós-guerra, no qual se elevam os direitos fundamentais ao cume do ordenamento jurídico, a partir de uma concepção pós-positivista, de preponderância da constituição, de normatividade principiológica e de valorização da moral, fazendo com que do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana derive uma plêiade de direitos e outros princípios⁸.

⁶ Como nos ensina Ferdinand Lassale, nas sociedades, quaisquer que sejam, existe uma constituição real determinada pela atuação dos fatores reais de poder, que são os grupos capazes de influir na condução política, econômica, social, e de todos os demais aspectos da vida da nação. Tal constituição não é idêntica à constituição formal, escrita, própria da modernidade. Nas palavras do autor: “Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância -, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel. De fato, na maioria dos Estados modernos, vemos aparecer, num determinado momento da sua história, uma constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente.” LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 27.

⁷ Essa a reflexão elaborada por Luís Roberto Barroso em trabalho sobre o tema. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: nº 60, 2006, p. 157.

⁸ Antônio Maia em meticolosa análise sobre o neoconstitucionalismo sintetiza as questões centrais sobre as quais se debruça essa nova teoria do Direito Constitucional: “O neoconstitucionalismo representa um novo paradigma jurídico em formação que, entre outras coisas, reformula o problema clássico do conceito de direito e de seu valor moral a partir da análise de dois questionamentos: a carga axiológica do direito nos Estados constitucionais e o funcionamento e a estrutura particulares das normas sobre direitos fundamentais”. MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos

Dentro dessa nova ótica constitucional, a igualdade se afigura como um dos objetivos mais prementes a serem alcançados. Não aquela igualdade formal, própria dos tempos liberais⁹, mas uma igualdade substancial, concreta, ampla, extensiva a todo homem, independentemente de qualquer condição¹⁰. Nesse cenário atual, a discriminação racial torna-se ainda mais incongruente com o sistema jurídico, e completamente antagônica à axiologia social proposta pela Constituição.

Por conta dessa mudança de perspectiva ocorrida no Direito e, sobretudo, em decorrência da articulação do movimento negro¹¹, introduziu-se no país a discussão sobre as ações afirmativas, como instrumento jurídico de efetivação da igualdade¹².

Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 151.

⁹ Precisa e esclarecedora é a descrição de Joaquim Barbosa sobre a igualdade formal: “*Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi identificado, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.*” in GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3.

¹⁰ A definição do verdadeiro sentido da igualdade proposta pela Constituição de 1988 foi brilhantemente exposta por Cármen Lúcia Antunes Rocha, na seguinte passagem: “*não se aspira uma igualdade que frustrate e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único*”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118.

¹¹ A professora Joselina da Silva traz, em precioso trabalho, um relato sobre o desenvolvimento do Movimento Negro no Brasil, sua importância para o reconhecimento do racismo e seu papel fundamental na discussão a respeito das soluções para a inclusão do negro, acentuando, outrossim, que o debate relativo às ações afirmativas já vem, de longa data, sendo travado no Brasil. Ver: SILVA, Joselina da. *Movimento Negro: Uma História de Lutas pela Igualdade Racial*. In SANTOS, Ivanir dos e ROCHA, José Geraldo da (Orgs.). *Diversidade & Ações Afirmativas*. Rio de Janeiro: CEAP, 2007. p. 100/126.

¹² Sobre a relação de forma e conteúdo que liga a ação afirmativa ao Princípio da Igualdade, Cármen Lúcia Antunes Rocha pontifica: “*(...) a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito*

Dentre os diversos meios pelos quais se buscou realizá-las, o que mais se destacou, e que também causou mais polêmica, foi a instituição de cotas para ingresso nas universidades públicas, efetivada, pioneiramente pelo Estado do Rio de Janeiro, através de lei estadual e rapidamente espalhada por todo o país, por iniciativas legislativas ou das próprias universidades.

Não é preciso dizer que a grita da elite dominante foi estrondosa, ante tais medidas, uma vez constatada a possibilidade de, pela primeira vez na história, o país proceder a uma política séria de inclusão do negro e de estabelecimento de uma igualdade real, sepultando o que ainda resta de privilégios para os *donos do poder*¹³. Instaurado o embate, o assunto tomou conta das pautas de discussão. Até o momento o governo federal foi incapaz de construir uma política inclusiva de âmbito nacional, obstado pelas camadas sociais que se beneficiam da desigualdade reinante. Na esfera judicial a questão gerou algum alarde no momento inicial de implementação das políticas de cotas, restando um tanto quanto latente nos anos que se sucederam. Agora, porém, retorna o debate ao palco de discussões jurídicas, eis que no Supremo Tribunal Federal pende o julgamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁴ sobre o tema e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

segundo um sentimento próprio a ela atribuído pela sociedade". ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 90.

¹³ "Donos do poder" é uma expressão cunhada por Raymundo Faoro, em obra clássica sobre o patrimonialismo brasileiro, para identificar aqueles sujeitos integrantes de uma elite que domina, de modo opressivo, a sociedade brasileira, valendo-se da prática rançosa de apropriação do Estado - herança de um passado em que a terra, o negro, as riquezas, o governo, a fazenda pública, tudo sempre foi considerado *res* privada, e não pública. Os donos do poder são mais do que os sujeitos das classes sociais dominantes, são os que ocupam a máquina estatal a seu favor, os que exercem o patronato. Nas palavras do próprio autor: "*O patronato não é, na realidade, a aristocracia, o estamento superior, mas o aparelhamento, o instrumento em que aquela se expande e se sustenta. Uma circulação de seiva interna, fechada, percorre todo o organismo, ilhado da sociedade, superior e alheio a ela, indiferente à sua miséria. O que está fora do estamento será a cera mole para o domínio, enquanto esta, calada e medrosa, vê no Estado uma potência inabordável, longínqua, rígida*" e continua "*Por toda a parte, em todas as atividades, as ordenanças administrativas, dissimuladas em leis, decretos, avisos, ordenam a vida do país e das províncias, confundindo o setor privado ao público*". FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Formação do Patronato Político Brasileiro. 3ª ed.. Porto Alegre: Globo, 1976. p. 391 e 393.

¹⁴ O partido Democratas propôs a ADPF 186, com o fito ver declarados inconstitucionais atos administrativos emanados da Universidade Nacional de Brasília (UnB), que estabelecem cotas

Janeiro recentemente pronunciou-se de modo favorável às referidas políticas, em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹⁵.

Vislumbra-se, assim, um momento propício para o fomento de uma discussão fecunda sobre a temática proposta. É o que se pretende alcançar neste trabalho.

Nas linhas que se seguem, procurar-se-á demonstrar o descompasso existente entre a situação de exclusão do negro, aqui denunciada, e o Direito vigente, apontando-se como solução pertinente ao problema a ser enfrentado o instituto das ações afirmativas.

Objetivando traçar alguns limites metodológicos para o trabalho, partir-se-á da concepção tridimensional do Direito, proposta por Miguel Reale, segundo a qual o Direito é fato, valor e norma¹⁶; para através dela analisar em capítulos distintos: os fatos consubstanciados na exclusão social do negro (capítulo 1) e na discriminação positiva produto das ações afirmativas (capítulo 2), os valores de reprovação ao fato social excludente e de exaltação ao fato jurídico-social integrativo, decorrente do realinhamento social proposto pela ação afirmativa (capítulo 3), as normas constantes da constituição que fundamentam a juridicidade das políticas de ações afirmativas e consagram-nas como realizadoras dos valores eleitos pelo constituinte como pilares do Estado brasileiro (Capítulo 4). Após percorrer este longo caminho, demonstrar-se-á na conclusão (capítulo 5) que do ordenamento jurídico pátrio constam normas que, reputando

raciais a serem observadas no sistema de ingresso naquela instituição. Juntamente com ela, será julgado o Recurso Extraordinário 597.285/RS, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª região que, incidentalmente, declarou constitucional o sistema de cotas estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁵ Em 18 de novembro de 2009, o Órgão Especial do TJ/RJ, julgando a Representação por Inconstitucionalidade nº 2009.007.00009, declarou, por ampla maioria de votos (15 a favor e 5 contra e 1 parcialmente favorável), a constitucionalidade da Lei Estadual nº 5.346/08 do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu por dez anos, prorrogáveis, o sistema de cotas universitárias no âmbito daquele ente federativo.

¹⁶ Segundo o ilustre jurista: “a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta.” REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65.

inaceitável a situação de exclusão do negro e irretocáveis as discriminações pontuais pugnadas pelas ações afirmativas, são capazes de corrigir tais equívocos, na tentativa de alcançar os objetivos de construção de uma sociedade realizadora dos direitos de todo homem.

Pode-se dizer, em síntese, que partindo da verificação de dois fatos, um excludente e outro inclusivo, refletir-se-á sobre a carga axiológica inerente a cada um, para, ao fim, detectar no ordenamento jurídico as normas que, inspiradas pelas conclusões valorativas daí decorrentes, repudiam o fato exclusão social do negro, enquanto admitem e estimulam o fato inclusão por meio de ações afirmativas de grupo discriminado, no caso sob exame, os negros.

Deseja-se que, ao cabo da leitura, se nada houver que acrescente ao conhecimento do leitor, ao menos possa este ensaio ter alcançado o mérito de fazê-lo repensar seu comportamento perante os negros e a resistência social, injustificável, às medidas que visam a promover a sua igualação, postando-se ao lado dos que desejam reescrever a história do país redimindo-se das atrocidades de ontem, de hoje, mas que, espera-se, não sejam mais de amanhã.

Capítulo 1 - A posição do negro na sociedade brasileira. De res a indigente.

“Será que já raiou a liberdade?
Ou se foi tudo ilusão?
Será que a Lei Áurea tão sonhada,
Há tanto tempo assinada,
Não foi o fim da escravidão?
Hoje, dentro da realidade,
Onde está a liberdade?
Onde está que ninguém viu?
Moço, não se esqueça que
O negro também construiu
As riquezas do nosso Brasil”¹⁷

Pensar a sociedade brasileira nos remete a algumas constatações inusitadas. A principal delas é a de que a sua formação desconsiderou, quase por completo, os primeiros habitantes deste território, resultando da mescla de grupos oriundos de outras sociedades.

A sociedade brasileira, portanto, teve de se inventar e se construir a partir da reconstrução dos diversos “micro-sistemas” sociais que para cá acorreram ou que aqui já se encontravam, voluntária ou compulsoriamente, estruturando-se de acordo com a capacidade que cada um desses grupos detinha para influir na formação desse novo povo.

Logicamente, a influência que um negro, escravo, poderia ter neste cenário é nenhuma, ou muito pouca; ao menos, no que toca a uma influência direta capaz de garantir os seus direitos. Nesse sentido é que, desde a concepção da sociedade brasileira, o negro foi subjugado, o que, como se verá, não se modificou ao longo do tempo até os dias atuais.

1.1 - Evolução histórica.

A análise da posição do negro na sociedade brasileira mostra de modo bastante emblemático que a evolução da mesma no que tange à

¹⁷ Trecho do samba de enredo “100 anos de liberdade, realidade ou ilusão” dos compositores Hélio Rodrigues Neves (Hélio Turco), Jurandir Pereira da Silva (Jurandir) e Álvaro Luiz Caetano (Alvinho) cantado pela Estação Primeira de Mangueira em 1988.

questão racial foi ínfima. O que a história escancara é que o escravo de outrora é o indigente dos dias atuais. A relação que os une não é a de mera coincidência. O fato de tanto a pele do cativo quanto a do miserável ser negra não é obra do acaso, como muitos pretendem fazer crer, mas do homem. Ao contrário do que se pensa as feridas abertas pela escravidão ainda não cicatrizaram e demandam soluções competentes, em lugar de ineficazes medidas paliativas.

1.1.1 – Os estigmas abertos pela escravidão.

Os mais de trezentos e cinquenta anos de regime escravocrata que vigoraram no Brasil deixaram marcas indeléveis em nossa sociedade. A hierarquia social outrora definida ainda se faz sentir de modo bastante arraigado no comportamento coletivo. O tratamento dispensado ao negro pela sociedade brasileira não escapa a essa influência, ao revés, explica-se por meio de sua análise. É preciso, então, desvendar o significado deste período tenebroso para a formação da atual conjuntura social.

Em verdade, a escravidão não foi um fenômeno uniforme e seus desdobramentos variaram de acordo com vários fatores como a região do país em que se desenvolveu, a época, o ambiente (rural ou urbano), dentre outros. Tendo em vista ser impossível observá-la, neste trabalho, por todos os seus vieses, proceder-se-á à análise de algumas de suas características básicas e, de certa forma, constantes, que guardam pertinência com a formação do comportamento racial da sociedade brasileira.

A primeira característica é a identificação do escravo como fonte de riqueza. O escravo era considerado uma mercadoria, um bem, e isto não é uma metáfora. É possível constatar, com Kátia Mattoso, essa triste realidade, quando ela nos revela, por exemplo, como se dava a venda de escravos nos portos nacionais, onde eram expostos ao comércio após terem

passado por uma “recauchutagem” para esconder os resultados do sofrimento da captura na África e da travessia nos tumbeiros¹⁸.

Mas a questão não se esgota neste aspecto. A desumanização do escravo, e a sua transformação em bem de produção, não decorre simplesmente do trato que lhe davam. Origina-se, na realidade, do sistema econômico então implementado. A economia fundava-se nele. O Brasil se construiu pautado na exploração da terra - mesmo durante o ciclo do ouro, a atividade agrária manteve-se fundamental -, entretanto, a terra, naquela época, nada valia; o que contava era o que ela produzia. É dizer, o que o escravo nela produzia¹⁹. Por isso, há que se atentar para o fato de que o Brasil não tinha apenas um modo de produção agrário, mas sim um modo de produção escravista. Isto é de extrema relevância, pois, no primeiro, o valor está na terra, no segundo, ele reside no escravo.

O escravo era a fonte de riqueza, era a garantia que possibilitava a circulação da riqueza, era enfim, a própria riqueza²⁰. A relação entre o escravo e a produção era tão íntima que chegava a ser paradoxal. A sua valorização era a glória e a ruína do seu proprietário. Isto porque, se por um lado o senhor aumentava sua possibilidade de obtenção de créditos para a expansão da produção, lastreado no escravo, por outro, os valores devidos

¹⁸ “O negro deve ser apresentado ao comprador no seu melhor estado físico e até mesmo moral, pois trata-se de comércio, uma transação séria com aquela mercadoria que pode mudar de aparência e cuja saúde é o terreno em que se jogam os dados da avaliação, todo o processo de fixação do seu preço. Assim o cativo é sempre bem cuidado e posto à engorda antes de ser vendido”. MATTOSON, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 65/66.

¹⁹ José Martins de Souza leciona em livro clássico sobre a questão fundiária no Brasil que o capital do fazendeiro, durante a escravidão, não era investido na terra em si, mas no escravo que a trabalhava. O escravo era a “moeda” com a qual se barganhava com os traficantes para a obtenção de créditos para aumentar a mão de obra trabalhadora. Toda a negociação era feita fundada em cálculos de probabilidade sobre rendimento do escravo. Em precisa lição, o autor assevera: “O fazendeiro comprava a capacidade do escravo criar riqueza. De fato, a terra sem trabalhadores nada representava em termos econômicos; enquanto isso, independentemente da terra, o trabalhador era um bem precioso”. MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. São Paulo: Hucitec, 1996. p.26.

²⁰ Novamente é José Martins de Souza quem ensina: “O escravo tinha dupla função na economia da fazenda. De um lado, sendo fonte de trabalho, era o fator privilegiado da produção. Por esse motivo era também, de outro lado, a condição para que o fazendeiro obtivesse dos capitalistas (emprestadores de dinheiro), dos comissários (intermediários na comercialização do café) ou dos bancos o capital necessário seja ao custeio, seja à expansão de suas fazendas. Por isso, praticamente todo o capital de custeio provinha de hipotecas lançadas sobre a escravaria das fazendas”. MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. São Paulo: Hucitec, 1996. p.26.

aos traficantes pelos escravos necessários ao crescimento da produção elevavam-se ainda mais.²¹

Numa análise comparativa, tudo o que foi dito torna-se mais palpável. No período de 1650 a 1703, por exemplo, o preço de um escravo cresceu 192,3% e o da arroba de açúcar 145,5%²². Já em 1888, o preço médio de um escravo era de 400.000 réis, enquanto o da arroba de açúcar era de 4.195 réis e o da arroba de café 9.600²³. O que estes números demonstram é que o escravo possuía uma importância incomparável na economia brasileira. Seu valor é superior ao das mais relevantes *commodities*. Além do mais, ele é quem permite a exploração seja do açúcar, seja do café, ou mesmo do ouro, os três grandes sustentáculos da economia do Brasil durante a colônia e o império. Talvez tais constatações é que tenham levado Raymundo Faoro a considerar o escravo como tendo sido a *res* mais valiosa do país, durante o período colonial²⁴.

Uma segunda característica da escravidão é a nulificação social do negro. O negro não era nada, aliás, era um bem, mas bens não integram a sociedade. O fato é que o escravo não era enxergado como um ser, um

²¹ Uma vez mais recorre-se ao magistério de José de Souza Martins: “a elevação do preço do escravo incrementava a base de obtenção de empréstimos hipotecários ao mesmo tempo em que a expansão dos empreendimentos cafeeiros ficava na dependência de uma maior imobilização de capital, sob forma de renda capitalizada, na pessoa do cativo. Essa situação, portanto, não beneficiava o fazendeiro, mas sim o traficante, incrementando o tributo que a produção devia pagar ao comércio”. MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. São Paulo: Hucitec, 1996. p.27/28.

²² Ver: MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 91.

²³ Ver: MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 95.

²⁴ “Através do quadro da escravidão não se esconde apenas a tirania, a dureza de costumes e o aviltamento do homem. (...) Na empresa convergem os dois pilares da economia portuguesa – o comércio e a agricultura –, com a sanção, o proveito e os interesses da camada politicamente dominante. Nos dois e meio ou quatro milhões de escravos que entraram no Brasil durante a colônia haverá um negócio global em torno de 100 milhões de libras, mais a importância do tráfico interno, o que levará a um aumento de cinquenta a cem por cento. O valor dos volumes empregados será, desta sorte, equivalente aos do ouro, o segundo maior valor da colônia, abaixo do açúcar. Vinte por cento das importações empregam-se no escravo, num comércio sem paralelo pela lucratividade. Esta desdenhada circunstância explica muitos enigmas da história brasileira: a dependência à burguesia portuguesa, por sua vez enfeudada à européia, a centralização política decorrente de um homogêneo núcleo de interesses, a submissão do agricultor ao vendedor e financiador de escravos, a pouca mobilidade da empresa colonial, arraigada, até a morte, aos seus investimentos de escassa lucratividade, agrilhoada às dívidas sempre renovadas e crescentes. Do centro da “mercancia diabólica” se irradia, depois de conjugados o Estado e os negociantes, uma ordem social, que entra em todos os poros da colônia, e infunde vento às metropolitanas combinações econômicas. O açúcar e o ouro explicam muito da vida colonial, mas nada explicam sem o escravo, considerada mercadoria mais valiosa”. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª Ed.. Porto Alegre: Globo, 1976. p.218.

agente social, de quem se poderia extrair experiências e saberes e com quem seria possível interagir.

A escravidão se pautou em interesses econômicos, porém sua justificação teve de ser de outra ordem. Diversas teorias se prestaram a tal papel, tais como a de que a escravidão já era uma realidade na África, portanto, havia apenas uma transferência de mão-de-obra, ou a de que os negros seriam seres biologicamente inferiores.²⁵

Seja qual fosse a justificativa, todas desconsideravam o negro a ponto de despersonalizá-lo, para que, então, pudesse ele servir ao papel de motor da economia brasileira. Mais uma vez é Kátia Mattoso quem destrincha esta incômoda realidade e demonstra que o violento processo de captura do negro em sua pátria lhe desvestia de sua condição de pessoa, na medida em que lhe subtraía todas as referências que compunham a sua identidade²⁶.

Diante de semelhante situação, ao negro cabia a difícil escolha de resistir, sem ter meios para tanto, e, por isso, sucumbir, ou resignar-se, passando a identificar-se na pessoa de seu senhor, para, a partir de então, tentar recriar sua personalidade²⁷.

²⁵ É o que leciona Bóris Fausto. In FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. p. 52.

²⁶ “No ponto de partida o negro africano é um “capturado” extraído do seu meio social, e como tal permanecerá até ser metido na sociedade escravista, e essa inserção será tanto mais difícil porquanto a captura foi violenta, brutal, rompeu todo o seu relacionamento anterior, todas essas ligações que formam o indivíduo social, como os laços familiares, de clã e comunidade. Ficou dito que o escravo se torna em coisa, objeto, mercadoria. Para ele é um estado, uma condição que não só lhe toma o que possuía antes, mas lhe rouba também o ser que ele era em sua sociedade africana de origem e o transforma num cativo totalmente desarmado. O comprador o deseja modelável, maleável em todos os domínios, econômicos e sociais, a fim de poder utilizá-lo na labuta que irá vinculá-lo unilateralmente a seu senhor. Este laço unívoco interdita ao escravo qualquer personalidade jurídica e pública. (...) Disso resulta que a relação entre o escravo e a sociedade, tomada em seu conjunto, se define sempre pela referência, implícita ou explícita, a seu dono e senhor. É o senhor quem estabelece normas e regras dessa relação”. MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p.101.

²⁷ Seja consentido uma vez mais transcrever o magistério de Kátia Mattoso que sabiamente descreve o dilema vivenciado pelos escravos despedidos de si mesmos: “Finalmente, a nova personalidade do escravo é criada por essa inserção, numa sociedade dominada por um modelo branco, de homens pretos, ainda sob a inspiração de padrões africanos. São as tensões continuadas dessa integração difícil que obrigam a própria vida do escravo a adaptar-se às relações de tipo escravista e o levam a todos os esforços, todas as humildades, todas as obediências e fidelidades para com os senhores infalíveis. Humildade, obediência, fidelidade: sobre este tripé vai ser encenada a vida desses homens, mercadorias muito particulares pois, apesar de tudo, os compradores-proprietários terminam sempre por se aperceberem de que os

Certo é que o processo de reconstrução da personalidade era tarefa das mais árduas e muitos obstáculos se colocavam à sua frente. O sujeito imediatamente identificável com o cativo era, sem dúvida, um outro cativo. Entre estes, porém, existiam enormes diferenças. Havia os escravos estrangeiros e os nascidos no Brasil, os antigos e os novos, e mesmo entre os africanos percebia-se diversas peculiaridades. Era prática consagrada, inclusive para dificultar a organização dos escravos, a mistura de negros de diferentes etnias, com diferentes culturas, línguas, estágios civilizatórios, por vezes inimigos.

Mesmo quando o escravo, aceitando a submissão integral, conseguia de seu amo algum reconhecimento, o que se percebe é que não passava de algo absolutamente fugaz, *“esse equilíbrio era, freqüentemente, precário e um pequeno nada poderia rompê-lo. Acontecem então os suicídios, as fugas, as revoltas individuais ou coletivas”*.²⁸

O que se extrai de tudo isso é que uma vez ferido de morte em sua dignidade pela escravização, ao negro só restava uma única saída para ser minimamente considerado na sociedade brasileira, era negar a sua negritude, a sua origem, e buscar os padrões da civilização branca, principalmente aqueles observados por seus donos²⁹. Só assim o negro poderia almejar algum pequeno tipo de reconhecimento; talvez até atrever-se a sonhar com a conscientização de que era um homem, porém, ciente, a todo tempo, de que jamais poderia ser um sujeito de direitos.

escravos também são homens e uma certa espécie de intimidade se pode estabelecer com eles, se são fiéis, obedientes e humildes”. MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p.102.

²⁸ MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p.103.

²⁹ A respeito da submissão do negro diante dos brancos, ainda hoje uma tônica nas relações sociais, Kátia Mattoso entende-a como uma forma de proteção e não como uma resignação, quando ensina: *“Para o escravo, como se vê, a obediência não é totalmente fruto da necessidade gratuita. Certamente que satisfaz ao senhor, mas o escravo vê nela, uma necessidade que o leva bem adiante do gesto cotidiano. O horizonte é mais limitado para o escravo dos campos do que para o das minas ou da cidade. Contudo, seja onde for, trata-se da única estratégia possível, pois o negro, para subir na escala social e conquistar sua parcela de vida privada, precisa utilizar os valores da sociedade branca de adoção. Resguardado na obediência, ele poderá recriar seu mundo destruído, um universo novo com as cores da terra brasileira, mas bem seu. Uma vez aceita como necessidade tática, a obediência precisa ser moeda sonante no dia-a-dia”*. MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p.111/112.

Percebe-se, assim, que a sociedade brasileira foi concebida sob um modelo onde os negros, escravos, não a integravam, porquanto não eram tidos por gente. E a forma única de saírem da invisibilidade era converter-se. Não apenas à religião do senhor branco, mas a tudo o quanto estivesse ligado à cultura, à ideologia, ao modo de ser e viver do homem branco; na verdade, o único homem, já que negro, naquela época, era coisa e não pessoa. Eis o massacre racial a que foram os negros submetidos. Aqui está revelado o ponto de partida do racismo que, como um pecado original, marcará cada indivíduo da sociedade brasileira, que só se curará se o infortunado, reconhecendo-se como tal, readequar o seu comportamento, evitando a repetição inconsciente de uma práxis internalizada como natural.

Uma terceira e última característica da escravidão que se relaciona diretamente ao preconceito racial é a conceituação jurídica dos escravos. Durante todo o período escravocrata, o Direito português e, posteriormente, o brasileiro, consideraram o escravo como um objeto de direitos.

As Ordenações Manuelinas de 1514 traziam em seu bojo dois títulos relativos aos escravos³⁰, um deles regulava o direito de o comprador de escravos ou bestas demandar em face do vendedor dos mesmos, quando estes houvessem sido adquiridos mancos ou com alguma doença. Nota-se, com vergonhosa clareza, a equiparação legal entre um escravo e um animal.

Em 1603, aquela compilação legislativa foi substituída pelas Ordenações Filipinas, onde se encontravam cinco títulos com referências aos escravos³¹. Uma vez mais a legislação comparou animais e escravos, ao estabelecer, por exemplo, que aquele que encontrasse escravos, aves, ou outras coisas perdidas deveria devolvê-los a seu dono.

³⁰ Nas Ordenações Manuelinas há os seguintes títulos referentes aos cativos: Livro 4, Título 16: *“Como se podem enjeitar os escravos, e bestas, por os acharem doentes ou mancos”* e no Livro 5, Título 99: *“Que todos os que tiverem escravos de Guiné os batizem”*.

³¹ Nas Ordenações Filipinas há os seguintes títulos referentes aos cativos: Livro 4, Título 17: *“Quando os que compram escravos, ou bestas, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueiras”* e no Livro 5, Título 41: *“Do escravo, ou filho, que arrancar arma contra seu senhor, ou pai”*, Título 62: *“Da pena que haverão os que acham escravos, aves, ou outras coisas e as não entregam a seus donos nem as apregoam”*, Título 63: *“Dos que dão ajuda aos escravos cativos para fugirem ou os encobrem”*, Título 70: *“Que os escravos não vivam por si e os Negros não façam bailos em Lisboa”*, Título 99: *“Que os que tiverem escravos da Guiné os batizem”*.

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, não fez qualquer alusão a eles, entretanto, ao explicitar quem eram os cidadãos brasileiros, referiu-se aos nascidos no Brasil, ingênuos ou libertos. Ou seja, por via transversa o que se conclui é que os cativos não eram considerados cidadãos³².

Releva observar que nestes documentos legais não existe uma menção direta estabelecendo ser o escravo um objeto. Mas não é de se estranhar tal omissão. Para a sociedade da época, isto era algo tão natural, que não havia necessidade de ser normatizado. De todo modo, não restam dúvidas de que frente ao ordenamento jurídico os escravos eram objeto sobre o qual recaíam direitos e não sujeitos dos mesmos.

Conclui-se, portanto, que o negro, uma vez escravizado era submetido a um processo de nulificação social, transmudando-se, sob o prisma econômico, em bem de produção e no plano jurídico em objeto de direitos.

1.1.2 – A abolição, o remédio que não cura.

Por incrível que possa parecer, reina no Brasil, mais por hipocrisia do que por ignorância, a opinião de que a abolição resolveu o problema dos negros, igualando-os aos demais cidadãos. Cumpre, então, aclarar as tristes verdades que retiram o brilho da Lei Áurea.

Antes de tudo, há que se ter em mente que a abolição não foi fruto de uma simples lei de dois artigos. Ela foi um processo construído ao longo do século XIX e decorreu, sobretudo, das contingências imposta pela conjuntura político-econômica da época, não sendo produto de um despertar de humanidade na consciência dos indivíduos de então.

Desde que a Inglaterra proibiu o tráfico negreiro e passou a empenhar-se no combate à escravidão, o Brasil se viu mercê das exigências feitas por seu principal parceiro econômico, de quem era extremamente

³² “Art. 6. *São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.*”

dependente. Tal circunstância restringiu a oferta de mão-de-obra tornando os custos já elevados do modo de produção escravocrata ainda maiores, passando este modelo a ser desinteressante e anacrônico³³ - ³⁴.

Nesse contexto, sucessivas leis foram editadas no sentido de progressivamente extinguirem a escravidão³⁵. À exceção da Lei Eusébio de Queirós, as demais comungavam do mesmo vício, a frustração prévia da sua efetivação. Ditas leis eram arquitetadas para não terem aplicabilidade³⁶.

Enquanto a sociedade postergava a abolição³⁷, buscava, no mesmo passo, preparar a manutenção do *status quo* em vigor. O objetivo era livrar-se dos inconvenientes gerados pelo modelo escravocrata, que se tornara arcaico, sem, contudo, perder o domínio sobre a mão de obra trabalhadora. A solução encontrada para tanto foi o incentivo à imigração. O imigrante vinha com a expectativa de alcançar melhores condições de vida e via no regime de “parceria” proposto uma esperança. Os latifundiários os esperavam, a fim de substituírem seus trabalhadores por outros mais qualificados, sem necessidade e, principalmente, os custos do controle, porém, quase tão submissos quanto os antigos³⁸. E os negros? Esses perderam a serventia e foram descartados.

³³ Bóris Fausto bem alerta sobre este fato e também ensina que a reboque do mesmo vem a perda de legitimidade da escravidão, pois não havia como interditar o tráfico e permitir a manutenção da própria estrutura, ainda mais perversa. FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. p. 196.

³⁴ Sérgio Buarque de Holanda sustenta que o processo de extinção do tráfico negreiro foi fundamental para as posteriores mudanças experimentadas pelo país. Segundo o autor, o processo gradual de abolição da escravatura esteve intrinsecamente ligado a uma reestruturação econômica do Brasil, principalmente pelo fato de ter ocorrido um deslocamento de capital que era reservado ao tráfico, então proibido, que passou a servir à construção de um modelo capitalista no país. HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 74/79.

³⁵ Lei Eusébio de Queirós, em 1850, Lei do Ventre Livre, em 1871, e Lei dos Sexagenários, em 1885.

³⁶ A Lei do Ventre Livre permitia ao senhor de escravos explorar o futuro liberto até os 21 anos. A Lei dos Sexagenários atingia um número pouco expressivo de beneficiários, pois os escravos não possuíam tanta longevidade, e também não poderiam recomeçar a vida nessa idade tão avançada.

³⁷ Como lembra José Murilo de Carvalho, o Brasil foi o último país de tradição cristã ocidental a abolir a escravidão. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 47.

³⁸ José de Souza Martins traz à luz um fato por vezes olvidado em nossa história, qual seja, a edição da Lei de Terras de 1850, como um astuto ardid empregado pela elite dominante, no intento de reservar para si o meio de produção, a terra, e assim garantir o controle sobre o modo de produção, os trabalhadores. Eis sua denúncia: “*A Lei de Terras de 1850 e a legislação subsequente codificaram os interesses combinados de fazendeiros e comerciantes, instituindo as garantias*

Quando proclamada a abolição, em 1888, o modo de produção escravocrata não era mais tão interessante³⁹. O destino dos escravos não foi uniforme em todo o país. Dependendo da região e do ambiente em que se encontravam, conseguiram melhores ou piores oportunidades. O que importa nisso tudo é que não foram inseridos na sociedade, foram, isto sim, abandonados à própria sorte⁴⁰.

É claro que uma realidade como esta não poderia ser modificada repentinamente. A função do escravo era gerar riquezas, e este passou a gerar prejuízos. Não se pode esquecer, jamais, que a abolição não foi focada no escravo, ser socialmente anulado, não foi feita por ele, nem para ele. A Lei Áurea foi uma necessidade do sistema e não uma conquista dos negros.

1.1.3 – O pós-abolição. Do mito da democracia racial ao reconhecimento do racismo.

O período posterior à abolição inaugura-se, regra geral, do seguinte modo: inalterado em alguns locais, onde o negro permaneceu escravizado, ou com o negro desempregado, ou em ocupações subalternas e degradantes

legais e judiciais de continuidade da exploração da força de trabalho, mesmo que o cativo entrasse em colapso. Na iminência de transformações nas condições do regime escravista, que poderiam comprometer a sujeição do trabalhador, criavam as condições que garantissem, ao menos, a sujeição do trabalho. Importava menos a garantia de um monopólio de classe sobre a terra, do que a garantia de uma oferta compulsória de força de trabalho à grande lavoura". MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. São Paulo: Hucitec, 1996. p.59. Na mesma linha de raciocínio, ver: FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. p. 196/197.

³⁹ Bóris Fausto revela que nessa época, somente nas zonas cafeeiras do Vale do Paraíba ainda se mantinha a importância desse modelo produtivo. FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. p. 220.

⁴⁰ Oportuna a lição de Bóris Fausto, quando escreve: “*Apesar das variações de acordo com as diferentes regiões do país, a abolição da escravatura não eliminou o problema do negro. A opção pelo trabalhador imigrante, nas áreas regionais mais dinâmicas da economia, e as escassas oportunidades abertas ao ex-escravo, em outras áreas, resultaram em profunda desigualdade social da população negra. Fruto em parte do preconceito, essa desigualdade acabou por reforçar o próprio preconceito contra o negro. Sobretudo nas regiões de forte imigração, ele foi considerado um ser inferior, perigoso, vadio e propenso ao crime; mas útil quando subserviente*”. FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. p. 221.

em outros. Não houve nem por parte do governo, nem da sociedade, a preocupação de possibilitar a inclusão social dos ex-escravos, ao contrário.

A solução mais óbvia, de transformá-los em trabalhadores assalariados, não foi cogitada. O historiador Bóris Fausto informa que o preconceito da classe dominante impediu essa transformação, aliado à pouca disposição da mesma em alterar as condições de trabalho, tornando essa possibilidade desinteressante para os negros. E lembra que mesmo os imigrantes tiveram de protestar pelo fim da exploração do trabalho que era reproduzida como no tempo da escravidão⁴¹.

Não se pode perder de vista que, durante mais de 350 anos, houve um processo de inculturação do preconceito racial na sociedade brasileira, ainda em formação. O racismo já houvera sido internalizado psicologicamente nos indivíduos e mudar isso não é algo que se alcança da noite para o dia.

As práticas típicas da escravidão ainda perduraram por décadas⁴². A sociedade manteve-se, a todo tempo, discriminando o negro, agora marginalizado. E contava com a complacência do Estado para tanto. O governo não empreendia qualquer medida em benefício da população negra, tampouco se esmerava na sua proteção⁴³.

Nada obstante, a partir da década de 30, semeou-se no Brasil o mito da democracia racial. Essa ideologia, de inspiração, dentre outros, de Gilberto Freyre⁴⁴, propunha a tese de que a miscigenação ocorrida na

⁴¹ FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. p. 205.

⁴² Cabe recordar que no Rio de Janeiro, capital da República, epicentro político, social e cultural da época, ocorreu, em 1910, a Revolta da Chibata, episódio em que integrantes de baixa patente da marinha, negros, em grande parte, liderados por João Cândido, tomaram uma embarcação e ameaçaram bombardear a cidade se não fosse decretado o fim dos castigos corporais, recorrentemente aplicados no âmbito daquela instituição.

⁴³ Apenas em 1951, e de maneira não convincente nem eficaz, o racismo recebeu o repúdio estatal, ocasião em que passou a ser considerado contravenção, pela Lei Federal nº 1390/51.

⁴⁴ Muito embora ele nunca tenha se utilizado dessa expressão, a ideologia que posteriormente recebeu esta alcunha foi difundida em sua obra “Casa-Grande & Senzala”. Nela, Gilberto Freyre descreveu a relação entre o senhor e o escravo como sendo, de certo modo, benevolente. O retrato que pintou das relações sociais no Brasil propunha que o negro tivera espaço para externar sua identidade, sendo, inclusive, protagonista na construção da sociedade e da cultura brasileira. A casa-grande e a senzala teriam se aproximado, sobretudo, pela inserção das negras nas atividades domésticas, mormente a amamentação dos sinhôs e das sinhás – o que teria criado figuras negras a

sociedade brasileira fez nascer um indivíduo mesclado, tipicamente brasileiro, nem preto, nem branco. Por força de tal circunstância não haveria no Brasil qualquer tipo de discriminação pautada na raça. Era como se no Brasil não se olhasse a cor da pele. A ausência de episódios explícitos de violência, a exemplo dos que, na mesma época, se multiplicavam nos Estados Unidos, impulsionou a crença em tal teoria⁴⁵.

Acontece que esse mito, forjado em período bastante peculiar da história do país, quando se buscava construir uma identidade nacional, nunca se provou real. Ao contrário do que se apregoava, o racismo permanecia como um vício coletivo e continuava a determinar as hierarquias sociais. Não se explicitava pela violência⁴⁶, mas se manifestava de forma “cordial”⁴⁷, tal qual tantas das mazelas brasileiras.

quem se devotava grande respeito e obediência e de quem se recebia ensinamentos -, e pelas relações sexuais entre senhores e escravas, das quais teriam nascido sujeitos miscigenados, que alcançaram o apreço do senhor, tornado pai, e quebraram os paradigmas raciais então vigentes – esses sujeitos teriam, por vezes, conseguido educar-se e até mesmo herdar propriedades, subindo na hierarquia social. Não é por outro motivo que o autor reservou quase metade de sua obra à análise do papel do escravo na vida sexual da sociedade brasileira e as consequências daí decorrentes. No prefácio à 1ª edição de seu livro, ele afirma que “*A escassez de mulheres brancas criou zonas de confraternização entre vencedores e vencidos, entre senhores e escravos. (...) A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que de outro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala*”. FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006. p.33

⁴⁵ Oportuna a lição de Hasenbalg que ao referir-se a ausência de discriminação legal e de conflito racial aberto ensina que: “*a comparação freqüente dessas realidades com a situação racial de outras sociedades, particularmente os Estados Unidos, ajudava a moldar a auto-imagem favorável dos brasileiros com referência às relações sociais*”. HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 242.

⁴⁶ A ausência de conflitos raciais no Brasil tem diversas explicações, sendo relevante, contudo, destacar duas delas. A primeira decorre do discurso abolicionista que, como detecta Florestan Fernandes, na preocupação de não atentar contra as classes dominantes, para que não parecesse que desejavam um conflito racial, restou por não subverter a estrutura racial vigente e não emancipar o negro, mantendo os privilégios e regalias dos brancos. Era uma retórica pautada numa possível harmonização social. Não se desejava retirar nada dos brancos, ainda que fossem benesses indevidas, apenas intentava-se oferecer algo aos negros, principalmente liberdade. Ver: FLORESTAN, Fernandes. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 258/259. Por outro lado, houve, segundo nos informa Hasenbalg, a perpetuação de um clientelismo que jungido a falta de competitividade econômica e de ameaça de poder tornou desnecessária a criação de um sistema de segregação racial, porquanto a própria organização social já impusesse a exclusão dos negros. HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 242.

⁴⁷ Para Sérgio Buarque de Holanda, a “cordialidade” é uma característica do povo brasileiro que, no entanto, não significa civilidade. Ela resulta, isto sim, de uma carga emotiva inerente a ele, que o faz comportar-se de maneira a evitar conflitos. HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 1995. p. 146/147. Nesse sentido, Florestan Fernandes enfatiza o aspecto de a principal responsabilidade do branco pela exclusão do negro se dar por sua omissão, por sua inércia na alteração do *status quo ante*, e não por ações que visassem abertamente

Na década de 50, a escola sociológica paulista, liderou o combate a esta falácia⁴⁸, muito conveniente para a manutenção dos privilégios⁴⁹ de uma elite acostumada, desde sempre, a explorar os negros, e demonstrou que as relações sociais no Brasil eram fortemente, influenciadas pelo fator racial⁵⁰.

A crítica à democracia racial estampava os equívocos que inquinavam as premissas sobre as quais ela se pautou. Denunciava a manutenção da hostilidade em relação à igualdade do negro e à concessão de seus direitos, revelando que a sociedade não consentia lhe fosse destinado nada além de um tratamento paternalista, não com o intuito de prejudicar o negro, mas objetivando conservar os privilégios das elites. Assinalava que se impunha ao negro galgar sozinho o seu sucesso e só aquele que se mostrasse capaz de inserir-se nos círculos dominantes seria aceito. A “paz social” dependia de uma assimilação gradual do negro à sociedade. Disso resulta a feroz crítica de Florestan Fernandes:

“Como não podia deixar de suceder, essa orientação gerou um fruto espúrio. A idéia de que o padrão brasileiro de relações entre “brancos” e “negros” se

a confrontação racial. FLORESTAN, Fernandes. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 250.

⁴⁸ Dentre os combatentes da democracia racial o que mais se destacou foi Florestan Fernandes. Em precioso trabalho sobre a integração social do negro, o sociólogo acentuou que aquele mito foi gestado por longo tempo no seio da sociedade brasileira, sem possuir sentido, eis que a própria legitimação da escravidão exigia uma discriminação que desigualasse senhor, escravo e liberto. Porém, quando da abolição, os entraves jurídicos, morais e psicossociais a esta teoria desapareceram. Contudo, anota Florestan que, do mesmo modo que no passado os valores cristãos não impediram a escravização do negro, os novos valores republicanos não foram fortes o bastante para repudiar a manutenção da exclusão do negro, disfarçada pelo ideário de democracia racial. FLORESTAN, Fernandes. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 253/254.

⁴⁹ Florestan Fernandes não poupa críticas à democracia racial e em sua implacável denúncia relata: *“as circunstâncias histórico-sociais apontadas fizeram com que o mito da “democracia racial” surgisse e fosse manipulado como conexão dinâmica dos mecanismos societários de defesa dissimulada de atitudes, comportamentos e ideais “aristocráticos” da “raça dominante”*”. FLORESTAN, Fernandes. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 263.

⁵⁰ Em sua augusta sabedoria o sociólogo paulista já prenunciava que a superação das desigualdades sociais no Brasil só seriam suplantadas quando não mais houvesse discriminação racial: *“O atraso da ordem racial ficou, assim, como um resíduo do antigo regime e só poderá ser eliminado, no futuro, pelos efeitos indiretos da normalização progressiva do estilo democrático de vida e da ordem social correspondente. Enquanto isso não se der não haverá sincronização possível entre a ordem racial e a ordem social existentes. Os “brancos” constituirão a “raça dominante” e os “negros” a “raça submetida”*”. FLORESTAN, Fernandes. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 268/269.

conformava aos fundamentos ético-jurídicos do regime republicano vigente. Engendrou-se, assim, um dos grandes mitos de nossos tempos: “o mito da democracia racial brasileira”⁵¹.

A formação desse pensamento crítico da escola sociológica paulista foi fundamental para que anos mais tarde, na década de 90, Fernando Henrique Cardoso, então presidente da República, discípulo de Florestan Fernandes, fizesse com que o governo brasileiro assumisse oficialmente que o racismo era um problema crônico da sociedade brasileira⁵².

1.2 – Situação atual.

Atualmente, o que se verifica, no Brasil, é um reconhecimento maior do racismo, conquanto insatisfatório e incompreendido⁵³. Há, ainda, um número expressivo de vozes que se alevantam para defender a democracia racial e a ausência de racismo, mas já não bradam tão alto como outrora.

Um dado interessante demonstra que 89% da população reconhece a existência do racismo na sociedade brasileira, mas 96% não se assume

⁵¹ FLORESTAN, Fernandes. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 253.

⁵² Em discurso proferido quando da assinatura do decreto que instituía um grupo interministerial para a valorização da população negra, por ocasião da comemoração dos 300 anos da morte de Zumbi dos Palmares, assim manifestou-se Fernando Henrique: “*Os que aqui estão sabem tão bem quanto eu que não é por falta de leis que as coisas não funcionam de forma mais adequada no Brasil, mas por falta de prática. As leis aí estão, a Constituição aí está, e prescrevem leis de igualdade. O problema vem da pesada herança escravocrata, de uma cultura que dissimula a discriminação em certas formas aparentes de cordialidade, e que não fazem mais do que repetir, reproduzir, formas de discriminação*”. CARDOSO, Fernando Henrique. *Construindo a democracia racial*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/RACIAL1.HTM>. Acesso em 01 mar. 2010. O evento foi precedido pela “Marcha Zumbi”, manifestação organizada pelo movimento negro, que reuniu milhares de seus adeptos na capital federal para entregar ao presidente da República um documento que relatava a difícil situação social do negro no Brasil, inferiorizado em todos os indicadores de desenvolvimento. No aludido manifesto constavam medidas que deveriam ser implementadas para o combate à discriminação do negro, dentre elas ações afirmativas no âmbito educacional. A íntegra do documento encontra-se disponível em <http://www.eliagonzalez.org.br/material/Marcha_Zumbi_1995_divulgacaoUNEGRO-RS.pdf>. Acesso em 01 mar. 2010.

⁵³ Daniela Ikawa, baseando-se em trabalhos de Antônio Sérgio Guimarães e Edward Telles, identifica 5 fases do racismo no Brasil, quais sejam: da supremacia branca, da democracia racial, do reconhecimento de desigualdades raciais, do ressurgimento da democracia racial e da denúncia do racismo (fase atual). IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 107.

como racista⁵⁴. O que esse quadro revela é que se por um lado o preconceito começa a se tornar algo incômodo e “politicamente incorreto”, por outro ele representa a manutenção de uma sociedade estamentária, contemplativa dos anseios de parte da população, que não deseja mudar isso. Ou seja, sabe-se que a discriminação existe, mas ninguém sabe quem a pratica (será?), e por isso nada muda.

Outro aspecto relevante que marca o atual estágio da sociedade brasileira é o reconhecimento racial da população⁵⁵. Segundo o censo realizado em 2000⁵⁶, os pretos no Brasil equivaleriam a 6,2% da população. Esses dados, evidentemente, não correspondem à realidade e basta ir às ruas para constatar isso. O mesmo censo aponta os pardos como sendo 38,5% da população. A grande dúvida é quem são os pardos⁵⁷?

No mais das vezes os pardos são os pretos que não se reconhecem como tal e demais indivíduos que, carregando fortes características negróides, porém em menor grau, costumam se autotransclassificar como escuros, morenos, mulatos etc. Os negros tendem a se declarar como mais claros do que realmente o são numa tentativa de serem melhor aceitos socialmente⁵⁸. O fato é que, como bem aponta Daniela Ikawa, existem

⁵⁴ Pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo conjuntamente com a Fundação Rosa de Luxemburgo Stiftung. In IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 117.

⁵⁵ Edith Piza e Fúlvia Rosemberg ressaltam que a classificação racial, muitas vezes, não encerra apenas critérios fenotípicos, mas abarca, outrossim, critérios sociais, culturais e de ascendência e demonstram que a classificação é influenciada pela preocupação com o “olhar do outro”, ou seja, mesmo na autotransclassificação existe uma influência da expectativa da heterotransclassificação. Todos esses fatores resultam, em inúmeros casos, numa autodeclaração de cor incompatível com a realidade. PIZA, Edith e ROSEMBERG, Fúlvia. *Cor nos Censos Brasileiros*. In: CARONE, Iray e BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). *Psicologia Social do Racismo. Estudos sobre Branquitude e Branqueamento no Brasil*. 2ª ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. p. 91/ 120.

⁵⁶ Informação disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=892. Acesso em 01 mar. 2010.

⁵⁷ Edith Piza e Fúlvia Rosemberg apontam a classificação “pardo” como representativa de um dos mais sérios problemas sobre coleta de dados referentes à cor em países multirraciais como o Brasil, porquanto seja um conceito fluido e amplo, onde os valores sociais da classificação racial costumam se sobrepor às características fenotípicas. PIZA, Edith e ROSEMBERG, Fúlvia. *Cor nos Censos Brasileiros*. In: *Psicologia Social do Racismo. Estudos sobre Branquitude e Branqueamento no Brasil*. 2ª ed. (Orgs.) CARONE, Iray e BENTO, Maria Aparecida Silva. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. p. 100.

⁵⁸ Hasenbalg adverte que o ideal de embranquecimento da população fora sustentado desde antes da abolição, e embasou em grande parte o discurso pela vinda de imigrantes. Segundo o estudioso, isso era uma forma de fragilizar a identidade racial, fragmentada por um contínuo de cor. A

“estudos baseados no censo que indicam ser a principal clivagem na aferição de direitos aquela entre brancos e não brancos, e não entre pretos e não pretos”⁵⁹.

Portanto, devido à imprecisão do conceito de pardos e levando-se em conta que a discriminação racial os atinge tanto quanto aos pretos, para o presente trabalho tal distinção afigura-se irrelevante e, por isso, pretos e pardos são tratados como negros. De todo modo, não se há de minimizar essa tentativa de branqueamento do negro, pois ela é reveladora de que, na atual conjuntura social brasileira, o negro ainda não encontra espaço para manifestar sua identidade tal como ela é, necessitando amoldá-la ao gosto das elites, mesmo que, como dito, isto não seja suficiente para livrar-lhe dos malefícios da discriminação.

Sob essa ótica, imaginando serem verídicas as informações prestadas ao censo, e supondo que nenhum negro - preto ou pardo – se declarou branco, chega-se a constatação de que 44,7% da população brasileira é submetida a uma organização social que lhes desprestigia e lhes discrimina, dificultando, ou até impossibilitando, a realização dos seus direitos.

Essa realidade se comprova empiricamente e se corrobora pela análise de indicadores sociais. Os negros ocupam as piores posições em indicadores relativos à saúde, à educação, à renda, à expectativa de vida, à taxa de mortalidade infantil, à violência, à taxa de desemprego etc.⁶⁰.

consequência do enfraquecimento racial foi a de estimular o negro a buscar reconhecer-se como branco. Exemplos disso seriam: o “branqueamento pelo dinheiro”, quando o alcance de uma superioridade econômica faz com que a sociedade releve a negritude do indivíduo e este acabe, ao assumir valores dos brancos, entrando em conflito com os não brancos; e o anseio de encontrar companheiros mais claros, na esperança de embranquecer a prole e, assim, permitir-lhe melhores condições de se ambientar na sociedade. HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 237/241.

⁵⁹ IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 127.

⁶⁰ A título de exemplo, veja-se: em março de 2009 a renda média habitual dos negros era de R\$847,70, enquanto a dos brancos era de R\$1.663,90, o índice de escolaridade média era de 7,6 anos de estudo para os negros contra 9,1 para os brancos, a taxa de desocupação dos negros é de 10,1% dos negros, enquanto a dos brancos era de 8,2% dos brancos. Dados extraídos do sítio eletrônico do IBGE. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/. Acesso em 15 mar. 2010.

Talvez pela contundência desses indicadores, aliada ao trabalho da sociologia brasileira, ambos demonstrando de forma inequívoca a “sub-cidadania” a que os negros são submetidos, eis que despojados dos meios e instrumentos básicos que lhe garantam a fruição plena de seus direitos, a sociedade tem admitido que os negros encontram-se numa posição social desfavorável em relação aos brancos. A dificuldade atual é de conscientizar a população de que esta situação de desigualdade é fruto de um racismo estrutural que acompanha o povo brasileiro desde o seu nascimento.

A imensa maioria da sociedade mantém-se atrelada ao pensamento falacioso de que o que há no Brasil é uma desigualdade econômico-social e não racial. O fato dos negros serem os maiores atingidos por ela se explicaria por serem eles os componentes mais numerosos das camadas pobres da população. Por isso tem-se optado mais pela adoção de medidas de cunho social – que auxiliam o negro, mas não resolvem o problema – do que por medidas que se fundamentem no fator racial.

Se é verdade que a pobreza constitui um óbice à conquista de cidadania pelos negros, não é menos verdadeiro que ela é um empecilho secundário. Ela existe, mas foi gerada por um preconceito racial que impôs ao negro este lugar inferior na sociedade, e continua agindo por si só. Há, outrossim, pesquisas que revelam que mesmo entre negros e brancos cuja posição social se equivalha, estes ainda recebem mais benefícios do que aqueles⁶¹. E assim pesam sobre o negro o jugo do preconceito e da pobreza.

A realidade pujante da desigualdade racial obrigou a sociedade a reconhecer sua existência, mas como advertido antes, essa ordem não isonômica interessa à elite dominante, que procura evitar sua alteração escamoteando as razões dessa desigualdade, no intuito de impedir as competentes soluções que venham a corrigi-la.

⁶¹ Carlos Ari Sundfeld informa que, conforme consta de estudos do IBGE, o salário percebido por um branco com até quatro anos de estudo é da ordem de 2,2 salários mínimos, em média, enquanto um negro na mesma condição, recebe 1,6 salários mínimos. Quando os anos de estudo são maiores ou iguais a doze, os brancos passam a receber, em média, 9,2 salários mínimos e os negros, 8 salários mínimos. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Igualdade Étnico-Racial. In. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade-Étnico Racial*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 114.

Capítulo 2: Ações Afirmativas.

“Um sorriso negro,
Um abraço negro,
Traz felicidade.
Negro sem emprego,
Fica sem sossego,
Negro é a raiz da liberdade.”⁶²

2.1 – Considerações Gerais:

As ações afirmativas, ou discriminações positivas⁶³, são um instituto jurídico recente e em construção, que se desenvolve de maneira sobremodo enriquecedora e variada nos diversos cantos do mundo, graças a seu amplo espectro de atuação no combate às desigualdades fundadas em discriminação. Em precisas palavras, Joaquim Barbosa assevera que:

*“como ponto culminante de uma evolução constitucional caracterizada por avanços e retrocessos, as ações afirmativas constituem o mais ousado e inovador experimento concebido pelo Direito no século XX, como instrumento de promoção da igualdade e de combate às mais diversas formas de discriminação”*⁶⁴.

Elas afiguram-se como instrumento próprio da modernidade na consecução da realização dos direitos fundamentais inerentes ao homem. São um mecanismo de efetivação da igualdade, princípio ao qual se vinculam umbilicalmente. São a invenção resultante de uma revolução no pensamento jurídico-político da atualidade que produziu a consciência de que a mera concessão de direitos é insatisfatória à defesa da dignidade humana e à garantia da liberdade necessária para que o homem desenvolva, em plenitude, a sua personalidade e crie, por si mesmo, a sua identidade.

⁶² Trecho do samba “Sorriso Negro” de Dona Ivone Lara.

⁶³ O primeiro nome é usado pelo Direito norte-americano, o segundo pelo Direito europeu, como informa Joaquim Barbosa. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5.

⁶⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

Ao invés da postura classicamente concebida no auge do liberalismo de um Estado inercial e imparcial⁶⁵, passou-se a optar por um modelo de Estado atuante e atento às demandas sociais⁶⁶. O Estado desceu da sua posição de mero expectador e uniu-se à sociedade na tarefa de construção de uma nação humanista.

Sob a inspiração venturosa dessa redefinição política do papel a ser desempenhado pelo Estado Democrático de Direito, aliada às mutações constitucionais ocorridas no pós-guerra, com a ascensão irrefreável dos direitos fundamentais ao ápice do ordenamento jurídico, teve início um movimento de fomento à assunção de atitudes pró-ativas por parte dos

⁶⁵ O liberalismo surgiu como reação ao antigo regime, onde imperavam os privilégios de classe. Portanto, ao pregar a igualdade, o fazia desejando interditar a concessão de benefícios por parte do Estado. Este deveria manter-se distante da sociedade, garantindo apenas que uns não receberiam nada além dos outros, nem seriam prejudicados por qualquer motivo. Não havia, porém, um anseio pelo resgate social dos oprimidos. Não havia um desejo de igualação social, senão uma busca de igualdade de tratamento legal que permitisse aos homens desenvolverem-se conforme suas capacidades, independentemente de considerações outras, como raça ou origem. A reboque do liberalismo veio o individualismo; como todos eram livres, cada um deveria fazer o que bem entendesse e arcar com as consequências de suas escolhas. O mérito determinava o sucesso ou o fracasso dos indivíduos. Para os liberais a concessão de benefícios, ainda que fosse para os necessitados, era justamente a antítese do que pregavam. Se não havia mais privilégios ou proibições discriminatórias, consagrada que estava a igualdade perante a lei, não existiam razões a justificar a posição inferior de um grupo ou indivíduo, senão a sua incapacidade de superá-la. O temor de um Estado interventor na esfera da liberdade e da igualdade, estabelecendo diferenciações entre os homens, era tamanho que impedia os liberais de enxergarem a própria realidade e perceber que a distribuição de bens e oportunidades era desigual, não bastando a proibição da discriminação, ou seja, um comportamento negativo, para efetivar a igualdade. Nem mesmo a fraternidade que completava a tríade do ideário francês “*liberté, égalité, fraternité*” apontava para uma solidariedade social, senão para uma mesquinha caridade a representar um auto-elogio da piedade pequeno-burguesa. MONTEBELLO, Marianna. As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: *Revista Ciências Sociais*. Vol. 1, n.1 (nov. 1995). Rio de Janeiro: Gama Filho, 1995. p. 39/40. Por sua absoluta ineficiência no combate aos disparates sociais, Joaquim Barbosa chega a referir-se a essa neutralidade estatal como um “formidável fracasso”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36/37.

⁶⁶ A crença liberal de que as desigualdades sociais deveriam ser conservadas, pois só assim dava-se a cada um conforme sua capacidade, sendo necessária apenas a igual liberdade de fazer o que se desejasse, produziu resultados catastróficos. As desigualdades sociais foram aprofundadas oprimindo a imensa maioria de excluídos. Paulatinamente, estes passaram a demandar novos direitos e prepararam a mudança para o Estado Social, onde a igualdade material ganhou relevo. Entretanto, neste estágio a liberdade que antes era extremada, foi um tanto quanto sufocada pela igualdade, que se mostrava homogeneizante. Somente com o advento do Estado Democrático de Direito é que se alcançou um equilíbrio entre igualdade e liberdade. O Estado passou a se preocupar em garantir a igualdade de acesso às oportunidades e aos meios necessários a que cada indivíduo se desenvolvesse plenamente, porém da forma que o próprio escolhesse. SILVA, Celso de Albuquerque. Ação Afirmativa no Ensino Superior. Uma Análise da Constitucionalidade da Política de Cotas para Ingresso em Universidades Públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 13, Jan/mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 193/197.

governos, no sentido de produzir mudanças sociais capazes de concretizar os valores eleitos como luminares em seus documentos fundantes. Isso sem prejuízo de a própria iniciativa privada, autonomamente, optar pela adoção de medidas com este escopo, seja para alcançar um objetivo meramente utilitarista - a criação de um ambiente plural dentro de suas instituições, com vistas a cada vez mais se aproximar da cultura e dos anseios dos diversos segmentos sociais, no intuito de ampliar seus espaços de atuação -, seja pela conscientização de que a inserção de um grupo social, anteriormente excluído, na sociedade a todos aproveita na medida em que o convívio humano torna-se mais harmonioso e uma parcela maior de indivíduos trabalha para o progresso da sociedade, em vez de representar um custo social.

Surgiram assim, as ações afirmativas⁶⁷, que nada mais são do que a materialização da opção sincera da sociedade pela concretização de sua própria vontade soberana estampada nas cartas constitucionais. Consubstanciam-se num gesto de solidariedade social que oferece mais a quem, por motivo injusto, qual seja, a discriminação, tem menos, no anseio de que todos possam ter na mesma medida. São políticas públicas ou privadas que intentam corrigir os resultados nefastos da discriminação, através da proteção e estímulo aos segmentos sociais inferiorizados pelo preconceito. Como bem definiu Cármen Lúcia Antunes Rocha: “*A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias*”⁶⁸ – lembrando que

⁶⁷ Joaquim Barbosa, em livro sobre o tema, demonstra que no início a ação afirmativa era um mero encorajamento para que o gestor público atuasse em prol dos grupos enfraquecidos, mas este pensamento foi alterado pela percepção da necessidade premente de se conquistar a igualdade plena. Assim, ele anota que: “*atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego*”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39/40.

⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 88.

minoria aqui não é quantitativa, mas qualitativa, como adverte a própria autora em sua obra⁶⁹.

A sua fundamentação se desenvolve sobre três ordens de razões, a saber: justiça compensatória – também referida como reparação -, justiça distributiva e diversidade⁷⁰. Elas não precisam estar conjugadas, bastando a existência de umas delas a respaldar uma política de ação afirmativa. Na verdade, cada uma dessas razões ganha maior ou menor relevo em determinada sociedade, pelos valores nela preponderantes, ou são mais marcantes dependendo do grupo a que se destinam. Também são caracterizadas por uma evolução intelectual, sem que isso signifique necessariamente a superioridade de uma em relação à outra, mas sim um acúmulo de percepções sobre o embasamento filosófico de tais medidas. A primeira razão foi a justificativa inaugural utilizada pelos defensores iniciais das ações afirmativas, a segunda veio contemplar os anseios de alguns adeptos das mesmas que, no entanto, enxergavam vícios naquelas, a terceira surgiu como uma vertente que retirava o foco do favorecimento a um determinado grupo para exaltar a questão do beneficiamento de toda a sociedade⁷¹.

Com o objetivo de verdadeiramente concretizar direitos pré-existentes⁷², notadamente o direito à igualdade, é que as ações afirmativas

⁶⁹ Confira-se nota de rodapé 3 da obra citada: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 87.

⁷⁰ A doutrina é uníssona em apontar esses três fundamentos como sendo embaixadores de políticas de ações afirmativas. SILVA, Celso de Albuquerque. Ação Afirmativa no Ensino Superior. Uma Análise da Constitucionalidade da Política de Cotas para Ingresso em Universidades Públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 13, Jan/mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 192. e NETO, Cláudio Pereira de Souza; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 346.

⁷¹ Os três argumentos apresentados serão melhor desenvolvidos no capítulo 3.

⁷² Adota-se aqui o pensamento do qual comungam Ricardo Lobo Torres e Manuel Gonçalves Ferreira Filho cujos magistérios caminham no sentido de vincular os direitos fundamentais à própria natureza humana, pelo que existiriam antes mesmo de sua positivação jurídica, sendo apenas declarados pelo Estado por meio das leis. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16ª ed.. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 63 e FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A Cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 244.

foram pensadas. Orquestradas para servirem de “balanceador social”, corrigindo as diferenças de oportunidade entre grupos, geradas por falhas no interior das sociedades, elas se prestam primeiramente a garantir a isonomia quebrada, e de modo subsidiário, mas não menos importante, a subverter a ordem social e cultural para dela extirpar o germe da discriminação; ao passo que, em relação aos contingentes discriminados, intentam oferecer exemplos de sucesso e superação que lhes resgatem a auto-estima e denunciem a inexistência de razões que justifiquem a sua inferiorização⁷³.

Justamente pelo fato de as situações de discriminação serem as mais variadas possíveis, com diferentes razões, consequências, tempo de duração etc, as ações afirmativas não possuem uma caracterização hermética, própria dos institutos jurídicos tradicionais, extremamente amarrados e aprisionados na descrição legal que os cria e os dirige. Distinguem-se, isto sim, por certa fluidez que as permite amoldar-se a cada situação diferente, desdobrando-se em plúrimos mecanismos de atuação, que variam conforme as peculiaridades dos desafios que têm de enfrentar. Entretanto, há duas características que lhes são intrínsecas: A pontualidade e a temporariedade.

As políticas de ação afirmativa devem ser pontuais, é dizer, devem dirigir-se a uma minoria, a um determinado contingente social vitimado por uma discriminação que lhe obste o desfrute dos direitos a ele assegurados. Políticas de caráter universalista tendentes à melhoria de toda a sociedade não são identificáveis como ações afirmativas. Estas exigem, por sua natureza, a diferenciação de grupos sociais. Se o fator discriminatório não for bem diagnosticado e se o grupo por ele atingido não for corretamente

⁷³ São esses os objetivos das ações afirmativas apontados por Joaquim Barbosa. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44/48. Com palavras diversas, porém no mesmo sentido, é o que defende Carlos Roberto Siqueira Castro, quando leciona: “*Dessa forma, pretende-se não só a concretização da igualdade de oportunidade a todos, deve-se destacar, dentre os objetivos almejados com as políticas afirmativas, a indução às transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, com aptidão para subtrair do imaginário coletivo, idéias de supremacia e de subordinação de qualquer espécie*”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 364/365.

identificado, o objetivo das ações afirmativas restará frustrado. Isso porque ou não se atenderá convenientemente aqueles que realmente delas necessitam, ou além deles se beneficiará quem não é merecedor, constituindo-se regalias⁷⁴.

Também a temporariedade é marca que acompanha o desenvolvimento de políticas afirmativas. Ao serem implementadas, estas permitem um realinhamento social libertador do seguimento da sociedade discriminado, que, então, terá condições de exercer seus direitos com independência, tal qual os demais cidadãos. Neste momento, se continuar a receber auxílio por uma política que o beneficia, ele estará sendo privilegiado e a ação afirmativa acabará ferindo a sua própria essência. A quantificação do tempo de duração, porém, varia conforme cada caso. Não é por outra razão que políticas dessa natureza devem ser reavaliadas periodicamente, para que se atualizem as balizas temporais que as delimitam, aumentando-as ou diminuindo-as⁷⁵.

Cumpre esclarecer, por fim, que a ausência de previsão constitucional expressa atinente às ações afirmativas não obsta a sua

⁷⁴ Sidney Madruga é um dos que enumera a definição de um grupo destinatário como uma característica das ações afirmativas. MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 64. A especificação do grupo a ser beneficiado é fundamental por dois motivos: Determinação do titular do direito à ação afirmativa e verificação da conformação da mesma ao princípio da proporcionalidade. O primeiro deriva da noção de sujeito de direito. Todo direito deve ser exercido por quem dele seja titular ou por quem, por força de uma razão especial, por exemplo, uma determinação legal, possa substituí-lo no desfrute do mesmo. Cuida-se aqui de uma questão de legitimidade. Se o grupo ou indivíduo favorecido por uma ação afirmativa não for titular do direito a esse benefício, por não estar dentro dos parâmetros definidores do segmento social discriminado, então haverá uma inconstitucionalidade, pois estar-se-á diante de uma discriminação ilícita. Se ações afirmativas são um instituto jurídico destinado a tutelar direitos de minorias sociais, então é preciso que, ao serem implantadas, se dirijam tão somente a elas, e não à sociedade em geral, ou a grupos que compõem a maioria. O segundo motivo respeita ao fato de as ações afirmativas implicarem, de certo modo, em uma restrição a direitos fundamentais dos não beneficiados e, inevitavelmente, numa colisão de princípios e que por isso demandam uma averiguação da sua proporcionalidade. Nesse sentido, impõe-se verificar se a medida afirmativa eleita é adequada, necessária e proporcional estrito senso. Para tanto é indispensável a definição precisa do grupo beneficiado, sob pena de se incorrer numa inconstitucionalidade, pela falta de obediência ao Princípio da Proporcionalidade.

⁷⁵ Corroborando o que se disse, eis o pensamento de Daniel Sarmento: “*As políticas de ações afirmativas devem ser temporárias, e têm de cessar quando não estiverem mais presentes as razões que ensejaram a sua criação. Do contrário, estar-se-ia criando um sistema de castas, em que as pessoas teriam direitos diferentes sem qualquer razão plausível para isso*”. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 164. No mesmo sentido manifesta-se Leila Bellintani. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ações Afirmativas e os Princípios do Direito: a Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 49/50.

realização. Assim o é porquanto derivam da própria lógica do sistema constitucional. Elas nada mais são do que a concretização do que está firmado nas constituições democráticas. Não representam nada além daquilo que já se estabeleceu, mas afiguram-se como um direito implícito que nasce para os sujeitos discriminados, a partir do momento em que o sistema social lhes impede de gozar os direitos extensivos a todos; direitos estes que encontram seu fundamento na humanidade dos indivíduos. Ademais, se o povo entregou o seu poder soberano ao Estado, é para que este atue em prol de todos, do contrário, o contrato social perderia seu objeto. Se o Estado deve atuar de acordo com o que estabeleceu o povo por seu poder constituinte, conclui-se que deve agir com vistas a concretizar os objetivos para os quais foi criado. Deve promover os direitos que a própria sociedade se reservou, e não se omitir para que cada um cuide de assegurar o que é seu, pois atuar não constitui outra coisa senão um comando ativo⁷⁶.

Por serem as ações afirmativas um mecanismo de efetivação de direitos fundamentais, têm elas a mesma natureza destes. É um direito fundamental subjacente a outros. Por força dessa circunstância, independem de alusão normativa explícita, pois existem antes do Direito. Não nascem da Lei, mas derivam da própria natureza humana e apenas são positivadas, se o legislador desejar, não dependendo de tal procedimento para existir⁷⁷.

⁷⁶ Cármen Lúcia Antunes Rocha e Marco Aurélio de Mello, em trabalhos distintos, apresentam raciocínio segundo o qual seria possível extrair-se a previsão de ações afirmativas diretamente do texto constitucional brasileiro pela interpretação do seu artigo 3º, cujos incisos são construídos com verbos que indicam atitudes ativas que o Estado deve assumir para perseguir os objetivos que o inspiram. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 91/92 e MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Fórum Administrativo*: Belo Horizonte, v. 3, n. 29, jul. 2003. p. 2493-2494.

⁷⁷ Manuel Gonçalves Ferreira Filho sustenta semelhante ponto de vista, e torna-o evidente quando, ao tratar dos direitos fundamentais assenta: "(...) não são esses direitos criados pelo Estado. Na realidade, o reconhecimento desses direitos por escrito ou num documento qualquer é apenas uma forma de educar o povo, de lhe dar conhecimento daquilo que ele pode ou que ele não pode fazer". FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A Cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 245.

2.2 – Evolução histórica:

Segundo anota Cármen Lúcia Antunes Rocha, o surgimento das ações afirmativas se deu em 1965, quando o então presidente norte-americano Lindon Johnson editou a *Executive Order* nº 11.246/65, estabelecendo que as empresas empreiteiras a serem contratadas pela Administração Pública deveriam possuir programas de contratação de representantes de minorias sociais^{78 - 79}.

Conquanto este tenha, de fato, sido o marco formal do surgimento das ações afirmativas, oportunidade primeva em que se lhe deu contorno de um instituto jurídico autônomo, insta reconhecer que medidas identificáveis como ações afirmativas já haviam sido implementadas antes. Daniel Sarmento, em trabalho sobre o tema, revela que em 1951, na Índia, o Poder Legislativo daquele país editou uma emenda à constituição promulgada em 1950 – que extinguiu o sistema de castas – fazendo constar daquele documento menção expressa sobre a validade de medidas concernentes a beneficiar indivíduos pertencentes a segmentos sociais inferiorizados⁸⁰.

De todo modo, há que se reconhecer que a experiência mais frutífera desse novel instrumento de realização de direitos ocorreu nos Estados Unidos, onde se produziu grande acervo doutrinário, bem como diversos paradigmas jurisprudenciais sobre o assunto.

⁷⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 87. No mesmo sentido caminha Joaquim Barbosa, que ressalta o aspecto de haver conjuntamente àquela a obrigação de garantir aos beneficiários dos programas possibilidades reais de ascensão na carreira. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 54.

⁷⁹ Daniel Sarmento destaca que a primeira vez que essa nomenclatura foi utilizada oficialmente se deu quando da edição, em 1961, de uma *Executive Order*, pelo presidente Kennedy (referia-se a *Executive Order* 10.925/61 “Equal Opportunity Employment Committee”). SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 158.

⁸⁰ A emenda foi uma reação por parte do Legislativo à declaração de inconstitucionalidade, pela Suprema Corte daquela nação, no caso *State of Madras v. Champakan Dorairajan*, de uma lei estadual que estabelecia reserva de vagas em universidades de Medicina e de Engenharia. Ver: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 156.

Até os dias atuais o tema suscita acalorados debates na academia e nos tribunais norte-americanos. A primeira tem se mostrado mais firme na defesa das ações afirmativas, mesmo porque já vivenciou e testemunhou as benesses dessas políticas inclusivas⁸¹ e tem como baluarte ninguém menos que Ronald Dworkin, que entusiasmado se manifesta sobre elas:

*“Assim, segundo as melhores provas até este momento disponíveis, a ação afirmativa não é contraproducente. Pelo contrário, parece muito bem-sucedida. Nem é injusta: não transgride os direitos individuais nem compromete nenhum princípio moral.”*⁸²

Nos tribunais há um movimento pendular ora de aceitação mais abrangente, ora mais restritiva de tais medidas, que variam de acordo com a composição da Suprema Corte. Fato incontroverso é que desde o *leading case Bakke v. Regents of the University of California*⁸³, ocorrido em 1978,

⁸¹ Dois ex-reitores das Universidades de Princeton e Harvard, Willian G. Bowen e Derek Bock escreveram o Livro *“The Shape of the River”*, onde relatam a rica experiência dessas duas instituições com a adoção de políticas de ações afirmativas. A partir de uma vasta pesquisa estatística sobre a trajetória tomada por estudantes beneficiados por políticas de ações afirmativas raciais, os autores demonstram quão profundas e benéficas se revelaram as mesmas para a construção de uma sociedade mais plural nos Estados Unidos e para a superação das desigualdades raciais que infligem os negros daquela sociedade. Este primoroso estudo serviu de base ao famoso trabalho escrito por Ronald Dworkin intitulado *“Affirmative action: does it work?”*. Nele se encontra um excerto do livro de Bowen e Bock que merece transcrição: *“Se no fim das contas, a pergunta é se as faculdades e as universidades mais exigentes tiveram êxito na formação de um grande número de alunos pertencentes a grupos minoritários, que já alcançaram considerável êxito e parecem ter probabilidade de, com o tempo, vir a ocupar cargos de liderança em toda a sociedade, não temos dificuldade para responder à pergunta. Com certeza... No geral, concluímos que as faculdades e universidades academicamente exigentes tiveram muito êxito no uso das políticas de admissão sensíveis à raça para promover metas educacionais importantes para todos”*. BOWEN, Willian G.; BOCK, Derek. *apud* DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 551/552.

⁸² DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e A Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 578.

⁸³ Neste caso um candidato branco foi preterido no ingresso na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, perdendo sua vaga para um candidato negro que obteve pontuação inferior. É que o programa estabelecido naquela instituição reservava 16 de suas 100 vagas para candidatos pertencentes a minorias étnicas. A Suprema Corte entendeu que a impossibilidade absoluta de um branco preencher aquelas vagas tornava o critério escolhido demasiadamente rígido e, por isso, inconstitucional. Na mesma toada explicitou que não havia comprovação de uma discriminação pretérita relativamente aos negros naquela faculdade. O julgamento foi profundamente dividido, terminando com um placar de 5 votos pela inconstitucionalidade e 4 pela constitucionalidade. Nessa oportunidade a Suprema Corte evidenciou que outras espécies de ações afirmativas de cunho racial poderiam ser aceitas com base na ideia do pluralismo. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 228/229. e SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 158/159. A decisão sobre o caso pode ser encontrada em GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento

quando o programa de ações afirmativas daquela universidade foi declarado inconstitucional, até o caso *Grutter v. Bollinger*⁸⁴, julgado em 2003, oportunidade em que a Corte maior assentiu com a política afirmativa da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, nunca houve uma declaração de inconstitucionalidade do instituto das ações afirmativas, em si. O que em alguns casos concretos a Suprema Corte reconheceu foi um vício pontual na construção das políticas afirmativas adotadas, que as desvirtuavam e por isso as tornavam inconstitucionais. Contudo, a possibilidade de se promover uma desigualação visando à integração de um indivíduo socialmente estigmatizado, para assim conferir-lhe um benefício que o permita fruir os seus direitos tal qual qualquer cidadão, é aceita pelo Tribunal de cúpula dos Estados Unidos⁸⁵.

de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 245/295.

⁸⁴ O caso em tela tratava da política afirmativa de cunho racial utilizada pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan na seleção de seus alunos. Foi julgado em conjunto com o caso *Gratz v. Bollinger*, referente à Escola de Literatura, Ciência e Artes da mesma universidade, que previa um sistema de seleção onde cada candidato poderia atingir um máximo de 150 pontos, sendo que os que fossem pertencentes a minorias étnicas receberiam 20 pontos por isso; oportunidade em que a Suprema Corte, considerando o critério extremamente rígido, optou, por 6 votos a 3 pela inconstitucionalidade do mesmo. A importância do caso *Grutter* se dá pela circunstância de, apesar de ao tempo de seu julgamento as ações afirmativas estarem sofrendo uma forte resistência nos EUA, inclusive por parte do governo republicano de George Bush, que se declarou publicamente contrário a elas, a política ter sido referendada pela Suprema Corte. O governo americano interveio no feito como *amicus curiae*, pleiteando a inconstitucionalidade da política afirmativa. Em sentido contrário, mais de 60 instituições como grandes conglomerados empresariais, renomadas universidades e mesmo um importante estabelecimento militar intervieram como *amici curiae* insistindo na constitucionalidade da mesma, tendo em vista o benefício que a diversidade no âmbito acadêmico proporciona aos estudantes, que necessitam de uma mentalidade pluralista quando ingressam no mercado de trabalho. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ações Afirmativas e os Princípios do Direito: a Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 209/213 e NETO, Cláudio Pereira de Souza; FERES JÚNIOR, João. *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 351/353.

⁸⁵ Os estreitos limites deste trabalho não permitem uma análise aprofundada sobre a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana em relação ao tema. Pode-se afirmar, contudo, que, em diversas oportunidades, políticas de ações afirmativas de cunho racial no setor de emprego foram consideradas constitucionais como nos casos *United Steelworkers of America v. Weber*, *United States v. Paradise* e, também, *Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission*, consoante nos informa Daniel Sarmento. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 159. No âmbito educacional aquela corte se mantém mais reticente, pois, como explica Daniela Ikawa, o sistema de ingresso em universidades americanas é baseado numa comparação detalhada entre os candidatos, por isso as reservas de vagas pelo só fato da pertença a uma raça não foram vistas com bons olhos, sendo declaradas inconstitucionais. Informa a autora que: “a política de ação afirmativa em universidades americanas pauta-se, portanto, na conservação da individualidade

Nesses mais de 45 anos de desenvolvimento das ações afirmativas, diversos países conduziram experiências no manejo do aludido instituto como meio de combate às desigualdades presentes em suas sociedades, originadas de processos históricos ou atuais de discriminação⁸⁶. De países desenvolvidos como a Alemanha e Austrália, até países subdesenvolvidos como Nigéria e Sri Lanka, vários já sorveram desta fonte de onde brota o anseio pela igualdade. Alguns de modo tão decisivo que optaram por explicitar através de normas jurídicas a indiscutível possibilidade de utilização das mesmas, a exemplo de Canadá e África do Sul⁸⁷.

No Brasil, embora a própria Constituição de 1988 já prevesse algumas ações afirmativas, sem assim nominá-las⁸⁸, e o ordenamento infraconstitucional também as contemplasse⁸⁹, elas ainda não haviam sido

pela comparação entre indivíduos e não entre grupos". O fator racial deveria no entender da Suprema Corte ser conjugado a fatores outros. De todo modo, a Corte sempre acentuou, ainda quando, *in casu*, entendeu por inconstitucional determinada política afirmativa, que o discrimen raça serve de fundamento às ações afirmativas, deixando claro que não foi o mesmo que tornou determinada política inconstitucional, mas algum outro motivo. Foi o que fez nos casos *Bakke v. Regents of the University of California* e *Gratz v. Bollinger*. Ver: IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 228/231.

⁸⁶ Informação trazida por Daniel Sarmento. Ver: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 161.

⁸⁷ Artigo 15 da *Charter of Rights* do Canadá: "15.(2). *A subsecção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental*" e artigo 9.2 da constituição sul-africana: "9.(2). *A igualdade [perante a lei] inclui a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas*". SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 161. e MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 127/ 134.

⁸⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha identifica nos arts. 37, VIII e 170, IX, 227 e §§ e 230 da CRFB/88 - que tratam, respectivamente, de reserva de vagas na Administração Pública para deficientes físicos, de tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, de proteção especial para crianças e adolescentes e para portadores de deficiências e idosos – formas de ação afirmativa. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 94/96. Já Daniel Sarmento enxerga, além do art. 37, VIII, o art. 7º, XX da CRFB, que trata da proteção do mercado de trabalho da mulher como manifestações de adoção de ação afirmativa pelo constituinte originário brasileiro. Ver: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 162.

⁸⁹ O exemplo mais significativo do ordenamento infraconstitucional é a Lei 9.504/97 que, em seu art. 10, § 3º, estabelece limites mínimos de 30% e máximo de 70% para cada sexo na composição de chapas de partidos políticos ou coligações para eleições, mas existem outros mais, como a lei 8.666/93, que, em seu art. 24, XX, traz hipótese de dispensa de licitação para a contratação de associações de portadores de deficiência física. MONTEBELLO, Marianna. *As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. In: *Revista Ciências*

devidamente exploradas em toda a sua potencialidade. Somente a partir de 2001 a questão ganhou força no país e passou a objeto de um grande debate nacional⁹⁰. Com a Conferência Mundial de Durban, ocorrida naquele ano, houve o reconhecimento por parte do governo brasileiro de que a discriminação racial era sim um problema a ser séria e urgentemente enfrentado pela sociedade⁹¹. Não só, o Brasil ainda se comprometeu perante a comunidade internacional a adotar medidas de combate ao racismo, inclusive de cunho afirmativo⁹².

A partir de então algumas medidas tendentes a beneficiar os negros foram tomadas pelo poder público, cumprindo destacar dentre todas: a contratação pelo STF de empresa de comunicação social que tivesse o quadro de funcionários preenchido por um percentual mínimo de negros⁹³, dado o seu ineditismo, bem como a reserva de vagas em universidades públicas, a serem preenchidas por beneficiários de cotas raciais e sociais, dentre outras, em virtude da amplitude que alcançou no país.

O assunto ainda é muito pouco discutido no Brasil, as ações nesse sentido são escassas e têm se identificado quase sempre com a política de cotas – que é apenas uma modalidade de ação afirmativa. O debate em

Sociais. Vol. 1, n.1 (nov. 1995). Rio de Janeiro: Gama Filho, 1995. p. 45/46. e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 96/97.

⁹⁰ A discussão em torno do tema ingressou no âmbito acadêmico, em 1996, por obra da hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha que elaborou um brilhante artigo intitulado “Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade”. Todavia, na prática ainda não se notava qualquer medida concreta na direção da aplicação desse instituto. Mas ganhou novo fôlego em 2001 quando da publicação do livro “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA” do também Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, eis que aquele era considerado o ano internacional de combate ao racismo e demais formas de discriminação, estando o tema bastante em voga.

⁹¹ A Conferência Mundial de Durban foi um encontro internacional promovido pela ONU, visando o combate ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e intolerância correlata. Os países participantes, dentre eles o Brasil, reconheceram a permanência, ainda hoje, não só das conseqüências, mas da própria discriminação como um entrave social a ser vencido. É o que se nota com clareza nos “considerandos” que introduzem a Declaração de Durban, documento oficial do mencionado encontro, do qual o Brasil é signatário.

⁹² Outrossim, a Declaração de Durban, especificamente em seus itens 107 e 108, propõe, peremptoriamente, a adoção de ações afirmativas em benefício de contingentes sociais vítimas de racismo e demais formas de discriminação.

⁹³ Em 2001, o STF lançou o edital de licitação nº 3/01 para a contratação de serviços de comunicação social, exigindo que as empresas observassem o requisito de possuírem o mínimo de 20% do seu quadro de jornalistas preenchidos por negros.

torno da questão, também tem sido marcado pela superficialidade e pelos preconceitos. Há uma manipulação da grande massa - que não compreende bem o que representa a ação afirmativa -, pela elite conservadora, que distorce os objetivos do instituto e falseia a realidade social, na busca de manutenção dos privilégios.

Para o que ora interessa, as políticas afirmativas de cunho racial, talvez tenham elas sido as que mais avançaram no país, contudo, ainda são desenvolvidas de modo bastante incipiente e esparso. Não há uma política nacional nessa direção, a iniciativa privada, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, não compreendeu a importância das ações afirmativas e não abraçou a causa; mesmo nos Estados em que foram editadas leis prevendo ações afirmativas, muitas vezes não houve um interesse real em promovê-las da forma adequada, senão de fazer uso político das mesmas.

Ainda não é possível ter uma ideia precisa dos resultados dessas políticas em relação à modificação do enquadramento social do negro no Brasil. Mas há indicativos de que elas possam sim estar gerando bons frutos. A par dos defeitos na concretização de determinadas políticas e do curto período de tempo em que estão sendo levadas a efeito, já revelam progressos e desbancam mitos sobre elas e, principalmente, sobre os negros⁹⁴.

⁹⁴ Observando-se, por exemplo, a experiência do Rio de Janeiro, a mais antiga do país, o que se vislumbra é uma integração harmoniosa entre os estudantes universitários cotistas e não cotistas, a desbancar argumentos como os de que essa política afirmativa instigaria um ódio racial inexistente (inexistente só para os adeptos da equivocada tese da democracia racial). No mais, pesquisa realizada pela ONG Educafro, a partir de dados colhidos pela UERJ, revelaram que o desempenho dos cotistas era, na maioria dos cursos, maior ou igual ao dos não cotistas e que o índice de abandono do curso também era inferior.

Capítulo 3: Necessidade das ações afirmativas como forma de integração social e reparação histórica do Negro.

“Fazenda velha, cumeeira arriou.
Levanta negro, cativo acabou.
Se negro soubesse o talento que ele tem.
Não aturava desaforo de ninguém.”⁹⁵

“E o samba corre,
Nas veias dessa pátria mãe gentil.
É preciso a atitude,
De assumir a negritude,
Pra ser muito mais Brasil.”⁹⁶

3.1 – Considerações Gerais:

Esclarecidos os fatos sobre os quais repousam as reflexões contidas nesse trabalho, ou seja, a exclusão social do negro e a possibilidade de inclusão social de grupos discriminados por meio de ações afirmativas, é possível, agora, proceder-se a determinados juízos de valor sobre tais situações e cotejá-las no intuito de demonstrar como uma se presta justamente a superar os problemas apresentados pela outra.

No capítulo 1 ficou evidenciado que a sociedade brasileira, sobretudo por conta da escravidão, desenvolveu um sistema social de exclusão e exploração da comunidade negra, sejam os africanos cativos, sejam os seus descendentes. Também foi comprovado que esse modelo de organização discriminatório é, ainda hoje, a forma pela qual a sociedade brasileira se rege, não obstante a ordem jurídica repudiar esse tipo de conduta. Igualmente restou confirmado que a alteração dessa situação enfrenta inúmeras agruras, basicamente por três motivos: O interesse da elite branca⁹⁷ em manter a sociedade estamentária, a crença ultrapassada de que no Brasil impera uma democracia racial, a confusão do problema da discriminação do negro com o problema da miséria.

⁹⁵ Trecho do samba “Pedro e Tereza” de Tereza Cristina.

⁹⁶ Trecho do samba “Nas veias do Brasil” de Luiz Carlos da Vila.

⁹⁷ Ressalta-se, desde logo, que a referência à elite branca como grupo opressor dos negros não importa numa generalização que estende a cada indivíduo branco tal característica, apenas aborda-se a questão sob a perspectiva das coletividades, como será melhor explicado à frente.

No capítulo 2 foi anunciado o instituto das ações afirmativas como um instrumento jurídico, concebido a partir de uma mudança de mentalidade sobre o papel do Estado na garantia de efetivação dos direitos fundamentais, que é capaz de, beneficiando um determinado contingente social vitimado pelo preconceito, com políticas especificamente a ele dirigidas, restabelecer a igualdade de tratamento deste em relação ao resto da sociedade. Assentou-se, outrossim, que tais políticas originam-se de três fundamentos jusfilosóficos: a reparação histórica ou justiça compensatória, a justiça distributiva e a diversidade.

Pois bem. Sendo a exclusão social do negro um problema que reclama imediata e efetiva solução, porquanto está, mais do que nunca, em profundo descompasso com os valores morais presentes na Constituição, além de gerar um caos social, cada vez maior, por uma discriminação que atinge quase metade da população; impõe-se buscar o remédio ideal a curar a sociedade brasileira e fazê-la dobrar-se aos direitos humanos, reverenciando-os, ao invés de apenas bradá-los.

Um olhar superficial já permite a constatação de que a aplicação do instituto das ações afirmativas ao problema da exclusão social do negro é uma solução competente a essa questão. Nas linhas vindouras, ver-se-á, à luz dos argumentos de justificação das ações afirmativas, como elas se amoldam com perfeição à problemática sob exame, permitindo a inclusão desse segmento populacional tão expressivo no país, e o porquê de serem necessárias políticas afirmativas e não universalistas.

3.2 – Justiça compensatória.

O argumento da justiça compensatória, o primeiro a impulsionar os desejosos da igualdade a defenderem políticas de ação afirmativa, baseia-se num raciocínio simples, segundo o qual uma parcela da sociedade que historicamente progrediu à custa da exploração de outra parcela, deve, no

presente, compensá-la pelas perdas do passado que obrigam esta a ocupar uma posição social inferior àquela⁹⁸.

Essa motivação é alvo de inúmeras críticas, mesmo entre os defensores de ações afirmativas⁹⁹, mas até hoje continua sendo evocada por muitos e o será, também, neste ensaio. As principais objeções que se faz a semelhante justificativa são as seguintes: para haver uma compensação é preciso que haja um dano definido, um elo de ligação direto entre o dano e um ato ou fato causador do mesmo, a delimitação precisa dos causadores e das vítimas. Como a justiça compensatória avalia os prejuízos causados a um grupo social ao longo do tempo, tornar-se-ia dificultoso preencher os requisitos enumerados, eis que inúmeros outros fatores poderiam interferir nas análises das situações fáticas. Assim, vítimas do preconceito poderiam não ser contempladas e outras pessoas que nada sofreram poderiam ser injustamente compensadas. De igual modo, poderiam receber menos ou mais do que o efetivamente merecido¹⁰⁰.

É fato incontroverso que o argumento da justiça compensatória não se amolda confortavelmente à conceituação clássica da responsabilidade civil. Por outro lado, também não é com ela de todo incompatível. Uma postura menos conservadora se impõe para o deslinde desse impasse, pois a sociedade não pode esperar o tempo do Direito e a mudança deste começa a partir da adaptação dos antigos institutos às novas demandas sociais¹⁰¹.

⁹⁸ A propósito cumpre transcrever lição trazida por Joaquim Barbosa segundo a qual: “*ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma ‘reparação’ ou ‘compensação’ pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante*”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 62.

⁹⁹ Ronald Dworkin, por exemplo, repudia expressamente esta argumentação, quando afirma: “*a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo*”. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.605/606.

¹⁰⁰ São as lições de Leila Bellintani e Sidney Madruga. BELLINTANI, Leila. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a Questão das Quotas raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 61/63 e MADRUGA, Sidney. *Discriminações Positivas: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 94.

¹⁰¹ Reconhecendo que existem falhas na teoria da justiça compensatória, Joaquim Barbosa entende que: “*tais incongruências, exacerbadas pelo dogmatismo outrancier típico da práxis jurídica*

Ademais, a doutrina vem crescentemente pugnando por um novo modelo de interpretação e aplicação deste instituto, mais consentâneo aos novos paradigmas do Direito, onde a coletividade tem ganhado relevo¹⁰². Exemplos disso são: o reconhecimento do dano moral coletivo¹⁰³, a desimportância que a culpa vem acumulando no âmbito da definição da responsabilidade¹⁰⁴, a indeterminação das vítimas¹⁰⁵, e flexibilização da teoria da causalidade adequada¹⁰⁶. Todas são mudanças tendentes a

ortodoxa, findam por enfraquecer a tese compensatória como argumento legitimador das ações afirmativas". GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 65. Por sua vez, Sidney Madruga critica essa reclusão intelectual a qual se aprisionam diversos juristas e adverte que: *"partindo-se de tais premissas, porém, estar-se-ia aniquilando quaisquer providências baseadas na noção de justiça compensatória e, por conseguinte, desconsiderando-se, diante de visão tão estreita, todos os alicerces constitucionais em torno do princípio da igualdade material, volvendo-se ao status quo ante"*. MADRUGA, Sidney. *Discriminações Positivas: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 94.

¹⁰² Demonstrando que a ótica liberal da responsabilidade civil não mais atende aos anseios sociais de socialização dos danos e não mais se coaduna ao modelo constitucional de solidariedade social, Anderson Schreiber atenta para o fato de hoje haver maior preocupação com o dano sofrido do que com o dano causado. E afirma: *"Faz-se necessário repensar a responsabilidade civil como instrumento que transcenda os limites asfixiantes da ação de reparação, historicamente individualista e polarizada entre o autor e o réu. Mais que os mecanismos recentes de ampliação do pólo ativo (ações coletivas de reparação) e do pólo passivo (expansão das hipóteses de responsabilidade solidária), urge refletir sobre outros instrumentos que assegurem a necessária diluição do ônus reparatório entre os múltiplos agentes lesivos que contribuem tanto quanto ou, muitas vezes, mais que o réu para a produção do dano"*. SCHREIBER, Anderson. *A Responsabilidade Civil como Política Pública*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 751.

¹⁰³ A Lei da Ação Civil Pública prevê na cabeça do seu artigo 1º a possibilidade de reparação por dano moral coletivo, o Código de Defesa do Consumidor também o faz em seu artigo 6º, VI e VII. BESSA, Leonardo Rosco e. *Dano Moral Coletivo*. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano, 15, nº 59, Jul/Set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 87.

¹⁰⁴ Cumpre destacar as palavras de Maria Celina Bodin que vem ao encontro do que se disse: *"A flexibilidade do instrumento da responsabilidade civil permitiu superar o objetivo, freqüentemente inalcançável, da individualização de um culpado. Substituiu-se o ideal inquisitório da responsabilização do ofensor pela perspectiva (solidarista) de reparação da vítima, independentemente da individualização de qualquer conduta culposa"*. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 879.

¹⁰⁵ O exemplo mais clássico e extremado da indeterminação das vítimas vem do Direito Ambiental que tutela a gerações futuras o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, o que decorre da ideia de uma solidariedade intergeracional. O próprio art. 225 da CRFB/88 o prevê. MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.123/124. Não se há de olvidar que o artigo 81, § único, I do Código de Defesa do Consumidor conceitua os direitos difusos como sendo da titularidade de um grupo indeterminado de pessoas.

¹⁰⁶ Exemplo de não aplicação da teoria da causalidade para a configuração da responsabilização civil é a lei 10.744/03, que, em seu artigo 1º, prevê a possibilidade de a União indenizar as vítimas de atentados terroristas em transportes aéreos. Ou seja, um terceiro assume a responsabilidade pelo

socializar e reduzir riscos e prejuízos individuais – o que deriva de maior solidariedade e, portanto, espírito coletivo -, ou a tutelar o conjunto de indivíduos como um universo independente, um organismo autônomo.

Mas, ainda para os que não admitem que tais mudanças, delineadoras de uma nova tendência, mais elástica, na interpretação da responsabilidade civil, possam chegar ao ponto de abarcar a problemática da justiça compensatória, releva acentuar que do caso em tela - a exclusão social do negro - é possível extrair elementos que preenchem as exigências conceituais permissivas da aplicação da compensação. Não de forma individual, mas coletiva¹⁰⁷.

A questão do dano é patente. Como já demonstrado, é incontroverso que pertencer à raça negra foi transformado, no Brasil, em algo pernicioso, o que gerou um estigma social impeditivo da fruição dos direitos comuns a todos por parte dos que têm essa qualidade. O dano, pois, é a estigmatização impossibilitadora de pleno gozo dos direitos fundamentais por parte dos negros, em razão de uma ordem social que os discrimina. Não é a ocorrência da escravidão e posterior opressão social do negro. Isto é a causa do mencionado dano, já que a discriminação por ela produzida foi a sua fonte geradora. Não se pretende compensar um dano pretérito, encerrado no passado, cuja titularidade era dos escravos ou dos antepassados negros. Deseja-se, isto sim, compensar um dano pretérito originado de condutas passadas, mas que, sem dúvida, estendem seus efeitos até hoje e vitimam os negros contemporâneos.

dano sem que qualquer ato ou fato seu tenha sido causador do mesmo, e sem guardar qualquer vínculo jurídico com causador ou vítima que o obrigue a tanto.

¹⁰⁷ Paulo Lucena de Menezes destaca o fato de a exigência de individualização de causadores e vítimas da discriminação ser por demais severa, restringindo muito os sujeitos participantes dessas relações discriminatórias e danosas, o que faz com que o argumento da justiça compensatória tenha servido mais aos críticos do que aos defensores das ações afirmativas. Nada obstante, acentua: “*De qualquer forma, muitos dos defensores da ação afirmativa não apenas reconhecem como justificam uma faceta compensatória desta com fulcro no argumento de que as discriminações existentes não se limitam tão-somente a atos isolados, nem se direcionam apenas a um número indeterminado de pessoas. Elas representam um processo sistemático que atinge a todos os indivíduos que estão inseridos nas classes discriminada. (v. g. os negros), embora em graus diferentes. Daí não ser obrigatória a individualização de vítimas nem dos agressores*”. MENEZES, Lucena Paulo de. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35/36.

No que tange à configuração dos sujeitos, causadores e vítimas do dano, também parece não haver grandes dificuldades em defini-los. Análises históricas, sociológicas e estatísticas apontam na mesma direção. Há um segmento social branco que compõe a quase totalidade da elite do país, desde sempre, e que construiu sua riqueza à custa da exploração do trabalho dos negros. Há um contingente de brancos que ocupam camadas intermediárias e baixas da sociedade, mas que não foram postos nestas posições em decorrência de discriminações, mas por causas outras. Há um grupo representativo de quase metade da população brasileira composto de negros que são alijados dos estamentos superiores da sociedade, ocupando a base da pirâmide social, lugar onde foram despejados, desde que chegaram capturados da África, e de onde nunca lhes foi permitido sair. Frise-se, não se disse que não foram capazes, mas que não tiveram meios para tanto. Ora, eis os grupos definidos. Os brancos como tendo uma dívida histórica por terem alcançado sua posição subjugando os negros e sendo os únicos beneficiários desta odiosidade. Os negros como vítimas de uma organização societária discriminadora que impede a sua integração social¹⁰⁸.

Deslocando-se o exame da questão da perspectiva individual e analisando-a à luz das coletividades – tendência contemporânea do Direito – ficam vencidos os óbices ao reconhecimento da justiça compensatória como fundamento das ações afirmativas¹⁰⁹. Há que se reconhecer que o

¹⁰⁸ Não seria exagerado repetir a advertência de que negros e brancos devem ser encarados como grupos sociais e não como uma generalização que importaria em dizer que todo branco se beneficiou da exploração dos negros e que todo negro é necessariamente vítima dessa discriminação passada.

¹⁰⁹ Em abono ao que foi defendido, Daniel Sarmiento bem ressalta que: “*a afirmação da injustiça dessa compensação se lastreia numa premissa excessivamente individualista, que ignora a possibilidade de existência de relações entre grupos, que podem inclusive assumir uma dimensão intergeracional e dar margem ao surgimento de direitos coletivos, titularizados também por grupos. Por isso o argumento de justiça compensatória parece-nos, no mínimo, uma razão coadjuvante para a adoção de medidas de discriminação positiva*”. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 154/155. No mesmo sentido posiciona-se Daniela Ikawa ao lecionar: “*mesmo quando pautado em um princípio compensatório, o direito às ações afirmativas apresenta um caráter coletivo. Esse caráter coletivo se coloca tanto na classificação de indivíduos beneficiários de acordo com o grupo ao qual pertencem (e não de acordo com as ações ou omissões específicas desse indivíduo), quanto na resposta exigida do Estado*”. IKAWA, Daniela. *Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383.

encaixe da justiça compensatória nos limites institucionais da responsabilidade civil não é perfeito, mas nem por isso o argumento perde a sua propriedade, dado o conteúdo moral – que merece tutela jurídica – que traz consigo e que se coaduna de modo sublime à axiologia constitucional proposta pela Lei Maior.¹¹⁰

3.3 – Justiça distributiva.

Como uma alternativa aos que refutam o argumento da justiça compensatória, ou como um reforço a este, exsurtiu a fundamentação da justiça distributiva como mais uma razão a servir de cabedal para as ações afirmativas.

Para a justiça distributiva a questão da discriminação passada não é relevante, sua preocupação se debruça sobre a questão de uma desigualdade atual no interior da sociedade. Sendo assim, o que este argumento propõe é uma redistribuição proporcional dos bens da sociedade de modo a que se possa, através dela, superar as desigualdades que opõem determinados segmentos sociais em extremos tão diversos quanto injustos. Em síntese, a justiça distributiva visa a restabelecer um equilíbrio entre os grupos sociais, partindo de uma situação atual de desigualdade¹¹¹.

Embora menos polêmica do que a justificativa compensatória, esta argumentação pautada na justiça distributiva também não está imune a críticas. Sobre ela, o que mais se questiona é a dificuldade de se

¹¹⁰ Vale transcrever interessante observação feita por Marco Aurélio Mello: “*Em face de um conflito de interesses, deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Só teremos a supremacia da Carta quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade*”. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Fórum Administrativo*: Belo Horizonte, v. 3, n. 29, jul. 2003. p. 2495.

¹¹¹ Nas palavras de Joaquim Barbosa: “*A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que o indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça*”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

diagnosticar no corpo social quais as injustiças advindas de discriminações e quais são atribuíveis a fatores outros¹¹².

Uma vez mais se objeta esta crítica por, ao menos no caso brasileiro, não ser verídica. O racismo no Brasil pode ser, e já o foi, comprovadamente uma razão preponderante da inferiorização social do negro. Novamente se reitera que a questão em debate não há de ser encarada do prisma individual, mas sob o viés coletivo. E os negros enquanto contingente social são, com toda a certeza, subjugados por força de um preconceito massacrante da sociedade brasileira.

Os indicadores sociais evidenciam a necessidade da redistribuição¹¹³. É flagrante que a posição de desprestígio social dos negros opera como uma constante caracterizadora de todas as pesquisas a respeito dos mais variados aspectos da sociedade brasileira. Talvez possa haver negros que estejam incluídos dentre as camadas marginalizadas da população por problemas individuais, que nada tenham a ver com a discriminação. Pode até mesmo ser que lhes tenham sido ofertadas todas as oportunidades. Entretanto casos individuais não infirmam a constatação à vista de todos, qual seja, a de que os negros, enquanto grupo social, não estão colocados no substrato inferior da sociedade por vontade própria, tampouco por serem incapazes de progredir, mas por lhe faltarem meios idôneos a prosperar. Falta essa que,

¹¹² Esta a falha mais apontada pelos críticos da justiça distributiva como informam Leila Bellintani e Sidney Madruga. BELLINTANI, Leila. Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a Questão das Quotas raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 65. e MADRUGA, Sidney. Discriminações Positivas: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 97.

¹¹³ Flávia Piovesan, em artigo doutrinário onde sai em defesa das ações afirmativas no Brasil, ressalta que, segundo dados do IPEA, os negros compõem 64% da população pobre do Brasil e 69% dos indigentes. E mostra ainda, amparada em pesquisa realizada por Marcelo Paixão, que o índice de desenvolvimento humano (IDH, 2000) indicava o país na 74ª posição, ao passo que, considerada somente a população negra, passaria a 108º lugar, e analisado somente o contingente social branco, subiria ao 43º posto. PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: ALMEIDA, João Batista de (Org.). *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v.2, n.2, jan./jun., 2007. p.142/143. Já Sérgio Abreu, após minucioso estudo sobre as estatísticas da desigualdade racial, elaborado em livro sobre o tema, é categórico ao afirmar: “A reflexão sobre os dados estatísticos leva-nos a concluir que as nossas iníquas estruturas sociais relegam aos afro-brasileiros posições subalternas, tanto no campo ocupacional quanto no educacional. Assim a concentração racial da riqueza é um sintoma mais do que significativo da inexistência da propalada e mitológica democracia racial”. ABREU, Sérgio. *Os Descaminhos da Tolerância: o Afro-Brasileiro e os Princípios da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999. p.43.

sendo atribuível a problemas econômico-sociais, não deixa de sê-lo, também e principalmente, fruto podre de um sistema social racialmente excludente.

E por isso é que não pode prosperar o argumento de invalidade da justiça distributiva por não se saber as causas precisas da exclusão dos negros. Elas são conhecidas, são enunciadas, são comprovadas, só não são admitidas, mas isto não diz com a integridade da fundamentação, mas com a falta de integridade da elite preconceituosa.

Ocorre que, como destaca Nancy Fraser, cada vez mais estão presentes no mundo demandas por justiça social pautadas na necessidade de reconhecimento. Quando a injustiça social está afeta a casos de desigualdade oriundos de processos sociais discriminatórios, a mera redistribuição de bens não se mostra suficiente. Por conta disso ela propõe uma nova visão sobre o conceito de justiça social que abarca tanto a redistribuição quanto o reconhecimento¹¹⁴.

Como já foi dito antes, a exclusão social do negro não se deve apenas a questões de ordem econômico-social, o preconceito tem autonomia na determinação da subordinação dos negros. Nancy Fraser referenda este pensamento e esclarece:

“Além do mais, nenhuma dimensão do racismo é completamente um efeito indireto da outra. Para ser exata as dimensões de distribuição e de reconhecimento interagem uma com a outra. (...) Nenhuma pode ser solucionada indiretamente, portanto, mediante remédios dirigidos exclusivamente para a outra. A superação das injustiças do racismo, em suma, requer tanto a redistribuição quanto o reconhecimento. Nenhuma será suficiente sozinha”¹¹⁵.

Desse modo, é bem de ver que a justiça distributiva não deve ser tomada apenas como a redistribuição de bens, mas também de valores, de cultura, de espaço para expressar-se, de oportunidade de externar as

¹¹⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167/168.

¹¹⁵ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 176.

individualidades, de viver conforme as escolhas pessoais. Não basta apenas agraciar os negros com bens e oportunidades de desenvolvimento econômico, é preciso, conjuntamente, presentear-lhes com a liberdade de serem negros, de serem reconhecidos como negros, de serem igualados ao resto da sociedade sem que isso importe na subtração da sua identidade de negros.

Se a justiça distributiva não for matizada com essas considerações essenciais feitas por Nancy Fraser, ela não será um suporte suficiente à política de ações afirmativas. Servirá para embasá-las, mas pecará na abordagem da questão em sua inteireza.

Importa registrar ainda que muitos defendem o argumento da justiça distributiva partindo de uma visão meramente utilitarista, segundo a qual o progresso de parcela da sociedade, antes relegada a uma posição marginal, presta serviço a toda a coletividade na medida em que diminuem-se os atritos sociais¹¹⁶. Tal visão, embora válida como motivação adicional à política afirmativa falha ao não colocar no centro da questão a problemática da discriminação.

3.4 – Diversidade.

Seguindo essa linha de raciocínio privilegiadora do bem-estar geral, ao invés de grupos pontuais, exsurge o terceiro argumento dentre os mais relevantes e exaltados como justificção das ações afirmativas, a diversidade. Ele decorre da moderna concepção de sociedades multiculturais, onde a congregação das manifestações culturais experimentadas e propagadas pelos vários grupos sociais que as compõem

¹¹⁶ Leila Bellintani e Joaquim Barbosa dão conta da existência desta vertente de pensamento a respeito da justiça distributiva. BELLINTANI, Leila. Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a Questão das Quotas raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 64 e GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 68/69.

avulta como um valor a ser protegido e mesmo buscado, sempre que em consonância com os direitos humanos universais¹¹⁷.

Tal motivação desconhece tanto a existência de uma discriminação e conseqüente desigualdade do passado quanto do presente. O seu enfoque está na organização contemporânea da sociedade. O argumento da diversidade não visa a proteger especificamente um grupo discriminado, mas a toda a coletividade social. Ele opera sob a perspectiva de que a promoção da diversidade se impõe por ser comportamento benfazejo a todos e não a alguns.

Inegavelmente, esta é uma razão com uma carga de rejeição social bastante diminuta, mormente em comparação com as outras¹¹⁸. O objetivo de beneficiar a todo o corpo social apascenta os ânimos e constrange os indivíduos que não são alvo das políticas afirmativas a se mostrarem propensos a tais medidas, porquanto sua recusa pode parecer odiosa, eis que também eles desfrutarão de suas benesses. Entretanto, não tem a virtude de

¹¹⁷ Adota-se neste trabalho a concepção de multiculturalismo liberal, consentânea às novas conquistas de efetivação dos direitos humanos, e não a concepção tradicional de multiculturalismo, por vezes antagonica à ideia da existência de direitos humanos universais. A busca pela isonomia levou inicialmente ao surgimento de concepções segundo as quais a igualdade deveria ser imposta a toda a sociedade de forma homogênea, sem considerar as diferenças características de seus componentes. O multiculturalismo tradicional, em reação a essa igualação sufocante, propôs que as sociedades buscassem respeitar as culturas das minorias que as compõem, permitindo a elas que manifestassem livremente suas práticas tidas por tradicionais ou autênticas. A ideia é que cada qual pudesse expressar-se da maneira que lhe conviesse, sem considerar a cultura alheia. Por isso o multiculturalismo chegou a ser considerado inimigo da universalização dos direitos humanos. O multiculturalismo liberal, entretanto, veio demonstrar que uma e outra concepção podem, e devem, caminhar juntas. Ele preconiza a aceitação e proteção das culturas das minorias em tudo o que elas não contrariarem direitos humanos universais, para que a liberdade cultural de um grupo não afrente a do outro. Nas palavras de Will Kymlicka: “*o multiculturalismo liberal no ocidente pode ser entendido como um processo de “cidadanização”, no jargão sociológico. Historicamente, a diversidade étnico-cultural e religiosa foi caracterizada por uma escala de relações não liberais e não democráticas (...). O desafio para todas as democracias liberais tem sido transformar esse catálogo de relações incivis em relacionamentos de cidadania liberal-democrática, tanto em termos de relacionamento vertical entre os membros das minorias e o Estado, quanto de relacionamento horizontal entre os membros de diferentes grupos*”. KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 229.

¹¹⁸ Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior afirmam que a diversidade dilui a ideia de reparação, porque se refere a um tempo incerto, no mais das vezes apontando para um progresso futuro, razão pela qual essa justificativa tem conquistado, de modo crescente, o gosto dos defensores das ações afirmativas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 176.

escancarar uma situação de discriminação que clama por ser denunciada, reconhecida e solucionada¹¹⁹. A diversidade como único argumento a respaldar as ações afirmativas parece não ter o condão de atacar por completo o problema do preconceito, porquanto não pretende enfrentá-lo abertamente, mas de forma velada. Em decorrência disso, melhor se coaduna a uma posição de justificativa complementar e não de fundamento principal. Nada obstante, é mais um argumento que indubitavelmente respalda a necessidade de políticas afirmativas de inclusão dos negros.

A grande miscigenação ocorrida no Brasil e o espírito agregador do povo brasileiro criaram a falsa ideia de que o Brasil é um país plural onde a convivência de grupos sociais diversos é pautada pelo respeito à diferença. Deveras, esse cenário não passa de um estereótipo falacioso que não resiste a um olhar mais aprofundado sobre as relações sociais no Brasil. Para o que ora interessa, a situação dos negros, é evidente o repúdio social a este tipo de diversidade.

No plano cultural, percebe-se que a história dos negros é pouco difundida e parece resumir-se ao relato da escravidão, ainda assim de modo a não denunciar o que realmente foi feito contra eles. A religiosidade negra é desconhecida e rejeitada, ficando submetida a uma certa clandestinidade que lhe nega os direitos legados às demais religiões. Os cultos afro são frequentemente tachados de práticas ligadas ao mal. A musicalidade negra, uma das marcas do Brasil mundo a fora, é vista como algo menor, não se lhe atribuindo seus devidos méritos, nem se buscando preservá-la. Como bem dito por Nelson Sargento, o samba “agoniza, mas não morre”, porém se dependesse da elite branca dominante, já estaria enterrado. O carnaval, festa popular sem comparação no mundo, é produzido durante o ano inteiro

¹¹⁹ Compartilhando esse entendimento, Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior ensinam que: “Essa concepção se coaduna muito bem com a defesa de direitos humanos, com a intervenção de organismos internacionais e com a ajuda humanitária, mas não foi ainda devidamente articulada com os conceitos de república e de nação. De fato, em sua versão abertamente relativista, o argumento da diversidade preserva seu caráter avesso à valorização da história e do passado”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 176.

pela população pobre, majoritariamente por negros, para, no momento de desfrutar da beleza e da alegria do desfile, ser apropriado pela elite branca detentora do poder aquisitivo capaz de adquirir ingressos e fantasias vendidos a preços exorbitantes.

No âmbito político a influência da camada negra da população é irrisória. Não se veem negros, ou se conhecem muito poucos, ocupando cargos dos altos escalões de nenhum dos três poderes. Não se dá espaço aos movimentos sociais negros. A escolaridade insuficiente que os atinge de modo tão avassalador os impede de assumir posições políticas mais conscientes, principalmente em relação às eleições.

O aspecto social caracteriza-se por negros alijados de carreiras tradicionais, mais aristocráticas, como medicina, direito e diplomacia. Por negros impedidos de ingressar no ensino universitário. Por negros ocupando posições subalternas e não de comando¹²⁰. Por negros vivendo em favelas e tendo seus filhos cooptados e/ou vitimados pela violência. Por negros identificados como perigosos, como bandidos¹²¹.

No campo econômico o que se tem são negros com limitado ou nenhum poder aquisitivo. Muita veze participando apenas da economia informal. Negros incapazes de ter acesso aos bens de consumo e aos serviços mais básicos.

Tudo isso remete inexoravelmente à conclusão de que em tais condições é impossível influir na vida social. Não há como estando submetido a tantas restrições o negro autodeterminar-se e expressar

¹²⁰ Carlos Ari Sundfeld traz a informação de que, segundo pesquisa do Instituto Ethos, a discrepância entre negros e brancos que ocupam posições de destaque na iniciativa privada é alarmante. Enquanto 96,5 % dos cargos executivos são ocupados por brancos, apenas 1,8% o são por negros. Do mesmo modo, os cargos de gerência são destinados num percentual de 89% aos brancos e 8,8% aos negros. Os cargos de chefia seguem na mesma linha, num percentual de 84,2% para os brancos e 13,5% para os negros. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Igualdade Étnico-Racial*. In. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 113/114.

¹²¹ Sérgio Abreu demonstra através da análise de resultados de pesquisas estatísticas que a segregação racial está intimamente vinculada à criminalidade, pois os negros têm menos acesso à educação e ao mercado de trabalho, não lhes sobrando muitas opções para sobreviver. ABREU, Sérgio. *Os Descaminhos da Tolerância: o Afro-Brasileiro e os Princípios da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999. p. 41/43.

livremente o seu modo de viver. Por todas essas constatações o que se apercebe é que no Brasil não há uma ideologia pautada na diversidade, pelo menos no que respeita aos negros. Certamente mais uma herança da escravidão e do modelo de exclusão racial que ela gerou.

3.5 – Políticas generalistas X políticas específicas.

Por fim, cabe uma breve nota sobre a necessidade de o combate a desigualdades decorrentes de processos sociais discriminatórios se dar através de políticas específicas, afirmativas, e não por meio de políticas generalistas.

As políticas generalistas são capazes de gerar uma melhora no *status* social do sujeito discriminado, desde que, é claro, ele não seja excluído também de seu público alvo; contudo não são aptas a erradicar a desigualdade social. Na verdade, quando se dirige uma política pública a toda a sociedade ou a um contingente social não delimitado pelo critério da discriminação, mas que abarca os discriminados, o que ocorre é um progresso social generalizado. Nada obstante, a nova configuração social distingue-se tanto por um avanço em relação à situação primitiva, quanto pela manutenção da desigualdade entre os grupos sociais beneficiados. É dizer, se, antes, por exemplo, negros e brancos eram miseráveis e depois passaram a pobres, do mesmo modo, se os brancos eram menos miseráveis que os negros, posteriormente tornaram-se menos pobres. Ambos obtiveram uma melhoria no *status*, mas os negros permaneceram em desvantagem¹²².

¹²² Daniela Ikawa apresenta um exemplo exato sobre este fenômeno de perpetuação da discriminação com a adoção de políticas generalistas. Baseada em pesquisa elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, ela demonstra que em 1999, apurou-se que políticas universalistas no campo da educação ampliaram o número médio de anos de estudos de negros e brancos nascidos entre 1929 e 1974, que era, respectivamente, de pouco menos de 2 anos para negros e pouco mais de quatro anos para brancos e passou a ser de pouco mais de 6 anos para negros e pouco menos de 8,5 anos para brancos. O que se deduz é que brancos e negros conquistaram uma melhoria educacional, porém os brancos mantiveram vantagens em relação aos negros. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 12/13.

Como se nota, o combate às desigualdades provenientes de discriminação exigem políticas específicas, de cunho afirmativo, que não apenas proporcionam uma melhora de *status*, mas, conjuntamente, possibilitam um reequilíbrio, uma igualação entre os segmentos sociais discriminado e discriminador.

Não se está a defender a não implementação de políticas de cunho generalista, ao revés. Estas são indispensáveis, pois são complementares às políticas afirmativas¹²³. O que se intenciona é esclarecer que nem uma, nem outra, é suficiente para isoladamente retirar um grupo discriminado da posição social inferior que ocupam e, ato contínuo, o colocar num nível superior, em pé de igualdade com o restante da sociedade¹²⁴.

¹²³ Daniela Ikawa, defendendo a necessidade de implementação conjunta de políticas generalistas e afirmativas, elenca cinco razões fundamentais que compatibilizam a adoção de ambas, afastando a crítica de que uma exclui a outra. São elas: 1- tanto uma quanto outra possui a finalidade de concretizar o Princípio da Dignidade. 2- O Princípio da Igualdade serve de fundamento às duas. 3- Devido à escassez de recursos do contexto político-econômico atual, as políticas universalistas tendem a se revelar insuficientes para sozinhas promoverem a imprescindível redistribuição econômica e de reconhecimento. 4- As políticas universalistas não guardam em si um conteúdo reparatório. 5- As ações afirmativas são insuficientes para sozinhas efetivarem mudanças estruturais. IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 155/156.

¹²⁴ A respeito de semelhante questão, Celso de Albuquerque Silva referenda o pensamento exposto sobre a incapacidade de políticas universalistas e afirmativas alcançarem isoladamente os objetivos de igualação de um segmento social discriminado e afirma peremptoriamente que é um equívoco opor umas a outras. SILVA, Celso de Albuquerque. Ação Afirmativa no Ensino Superior. Uma Análise da Constitucionalidade da Política de Cotas para Ingresso em Universidades Públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 13, Jan /mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p 201/202.

Capítulo 4: Constitucionalidade das políticas de ações afirmativas.

“Quem cede a vez não quer vitória,
Somos herança da memória,
Temos a cor da noite,
Filhos de todo açoite,
Fato real de nossa história.
Se preto de alma branca para você,
É o exemplo da dignidade,
Não nos ajuda, só nos faz sofrer.
Nem resgata a nossa identidade.”¹²⁵

No capítulo anterior foram valorados os fatos expostos nos capítulos 1 e 2, quais sejam, a exclusão social do negro e a inclusão de grupos discriminados por meio de ações afirmativas. Através do cotejo dos dois, apontou-se a adoção de medidas afirmativas como instrumento eficaz de inclusão dos negros, porquanto atendem a imperativos de justiça compensatória, justiça distributiva e diversidade.

A partir de agora, é possível proceder à análise do Direito positivo, notadamente dos cânones constitucionais que abraçam o direito às ações afirmativas. Estabelecidas as bases sobre as quais elas se assentam, é dizer, os valores de que estão imbuídas, torna-se fácil examinar o texto constitucional em busca de princípios que deem sustentação à axiologia proposta por elas.

Nesta tarefa é preciso não perder de vista que a hermenêutica constitucional segue regras próprias que dão coerência à interpretação extraída do texto constitucional. Por conseguinte, impõe-se atentar para o fato de a Constituição ser um sistema normativo a exigir uma interpretação sistemática e unitária, com dispositivos que se sobrepõe a qualquer outro constante do ordenamento infra-constitucional, e que devem ser aplicados de molde a deles extrair-se a maior efetividade possível. Também não se há de esquecer que toda interpretação constitucional deve partir dos princípios elencados pela Constituição, e uma eventual colisão entre eles deve

¹²⁵ Trecho do Samba “Identidade” de Jorge Aragão.

resolver-se pela ponderação a partir da aplicação do Princípio da Proporcionalidade¹²⁶.

Expende-se tais considerações, pois a problemática relativa às ações afirmativas envolve, não raro, limitações a direitos fundamentais e conflito de princípios, razão pela qual, os seus opositores procuram desqualificá-la pondo-lhe a pecha de inconstitucional, entretanto, o olhar que lançam sobre o texto constitucional é obtuso e a leitura que fazem não observa as regras de hermenêutica acima relacionadas, daí resultando uma interpretação bastante superficial.

Procurando conduzir-se por sendas mais seguras, proceder-se-á, a seguir, a análise das normas jurídicas em que encontram amparo as ações afirmativas, a partir de cinco perspectivas fundamentais que animam os preceitos a serem examinados. A primeira delas é a dignidade da pessoa humana, erigida a categoria de princípio e de fundamento do Estado brasileiro pela atual Constituição. A segunda é a perspectiva da igualdade, princípio constitucional que ganhou novas e imprescindíveis matizes a partir de 1988. A terceira é a solidariedade, valor moral positivado como princípio e que conquista, a cada dia, mais importância dentro das sociedades coletivistas, a exemplo da brasileira. A quarta é o pluralismo, que se afigura como ideal inestimável à coordenação harmônica das modernas sociedades multiculturais. A quinta e última é a perspectiva dos compromissos internacionais de direitos humanos que integram a ordem constitucional brasileira e ampliam significativamente a proteção aos direitos fundamentais.

Ressalta-se, por fim, que estas perspectivas eleitas se interpenetram e mutuamente se infundem significado. De forma que se optou por analisar mais amiúde aquelas de caráter mais genérico e das quais as demais sorvem

¹²⁶ Luís Roberto Barroso elenca como princípios específicos condutores da interpretação constitucional os seguintes: supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade dos atos públicos, interpretação conforme a constituição, unidade da constituição, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 266.

seu conteúdo. Sendo assim, é necessário que no exame de cada uma delas não se olvide as considerações a respeito das anteriores.

4.1 - Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana.

Malgrado toda vez que venha à tona a discussão sobre ações afirmativas o princípio ao qual mais se faça referência seja o da igualdade, por razões lógico-sistemáticas é fundamental que antes dele e de qualquer outro, se trate do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Isso porque é a partir dele que se deve interpretar tudo o mais no ordenamento jurídico. Não só, é em sua direção que todo comportamento social deve se dirigir. É sobre ele que está construído o próprio Estado brasileiro, conforme consta do art. 1º, III da CRFB/88.

4.1.1 – Considerações gerais:

A dignidade humana, hoje, vive um momento de absoluta essencialidade no pensamento do homem¹²⁷, embora ainda não tenha moldado de forma satisfatória o agir da humanidade. A conscientização do homem sobre ela é, talvez, a expressão maior da sua evolução. O entendimento sobre a dignidade representa o auto-reconhecimento pelo indivíduo da sua condição de ser humano.

¹²⁷ Ana Paula de Barcellos sustenta que hoje em dia, o valor do ser humano tornou-se um consenso universal, não sendo mais possível cogitar de ideias tendentes a negá-lo ou a diminuí-lo, se não na esfera prática, ao menos na seara retórica. Tal situação seria decorrência de um longo processo de evolução moral e racional dos seres humanos. Nesse processo há quatro marcos sobremaneira importantes, por seu potencial transformador do pensamento vigente à sua época, que transferiram o homem da periferia para o centro de sua própria vida, são eles: o surgimento do Cristianismo, o iluminismo-humanista, a filosofia kantiana, a repercussão trágica da segunda guerra mundial. BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p.121/126.

O conceito de homem e o de dignidade são indissociáveis¹²⁸, pois esta é justamente a característica precípua que o distingue dos demais seres. Não há homem sem dignidade. Por mais que se lhe negue todas as condições de que necessita para preservá-la, chegando-se a apelidar-lhe indigno, isto não significa que esteja despido dela, senão que a preserva mesmo violentada. A dignidade é algo de especial e indefinido que transporta o homem da matéria ao transcendental. É a chama que anima o ser humano a não apenas viver, como fazem os outros seres, mas a conferir significado à vida.

Por força dessa circunstância, a dignidade humana passou a receber a tutela do Direito sendo inserida em cartas constitucionais e revolucionando os ordenamentos jurídicos que a ela se entregaram¹²⁹. No Brasil não foi diferente e a Constituição de 1988 pela primeira vez a consagrou, positivando-a como princípio. Mas, não um princípio qualquer. Conquanto a doutrina mais autorizada refute a ideia de hierarquização de princípios, é forçoso reconhecer que a dignidade humana empresta significado e confere conteúdo a todos os demais princípios. Sendo certo que um princípio que se

¹²⁸ Daniela Ikawa partindo da ideia de que dignidade é uma característica comum aos indivíduos, pelo bastante fato de todos serem dotados de humanidade, defende que o princípio da dignidade humana deve ser examinado sob duas perspectivas, a saber: elementos já acordados ou em debate no processo democrático constitucional (seriam normas constitucionais já positivadas) e elementos não explicitados e de cunho moral, que podem advir de uma moral convencional (aceita pela maioria) ou não convencional ou crítica (não necessariamente aceita pela maioria). A importância disso é que a análise da moral não convencional pode conferir maior densidade ao preceito protetivo da dignidade da pessoa humana, muito vago do ponto de vista do dispositivo constitucional puro ou da tradicional leitura que a coletividade costuma lhe conferir. De tal sorte que autora procura, inspirada em Charles Taylor, articular elementos de moral não convencional para propor um conceito de ser humano que seja capaz de explicitar mais claramente em que consiste a dignidade humana e o que o Direito deve tutelar com vistas à sua preservação. Assim é que ela chega à seguinte formulação: “*o ser humano é caracterizado pelo potencial para fazer articulações morais individual e intersubjetivamente, seguir um conceito de bem, conhecer a si mesmo e agir moralmente sobre a própria condição empírica, sobre sua própria identidade*”. IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 367/369.

¹²⁹ Carlos Roberto Siqueira Castro, com entusiasmo, bem retrata este aspecto, demonstrando que a partir da ideia de um humanismo ultrapluralista, solidarista e internacionalizado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi insculpido nas constituições, abrindo espaço para que nelas ingressassem uma série de novos direitos. O autor chega a referir-se a um “*arrastão do princípio da dignidade humana*”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.15/16.

chocasse com a dignidade estaria a se chocar com ele próprio, eis que não há significação possível de um princípio que confronte com a dignidade (paradigma segundo o qual todo princípio deve ser interpretado)¹³⁰. Não se há de falar em igualdade ou liberdade, por exemplo, sem dignidade, porquanto, como já ressaltado, não se estaria a falar em princípios aplicáveis aos homens. Por certo a liberdade dos animais não é substancialmente igual à liberdade humana, sendo distinguidas exatamente pela dignidade inerente a um e estranha a outro.

Pois bem. Apesar da dificuldade em traduzir por meio de ideias concatenadas e palavras suficientemente expressivas o valor dignidade humana, enquanto conceito jurídico é preciso buscar-se alguma definição. Nesta tarefa alguns doutrinadores empreenderam seus melhores esforços e conseguiram, de algum modo, construir noções mais substanciais sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Maria Celina Bodin de Moraes, amparada em Kant, assevera que a dignidade da pessoa humana compõe-se de quatro dimensões, a saber: igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica¹³¹. Trilhando a mesma direção, Ingo Sarlet desdobra este pensamento em diversa linguagem e reconhece que onde não há espaço para a liberdade, a igualdade, a autonomia e os direitos fundamentais, não há de haver dignidade humana¹³². Ana Paula de Barcellos, por sua vez, é categórica ao

¹³⁰ Ingo Sarlet, debruçando-se sobre a questão do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana, reconhecendo ser esta a posição majoritária da doutrina, elenca situações em que, na vida prática, se apresentam conflitos entre a dignidade de um sujeito e a dignidade de outro, e cita como exemplo o encarceramento de um homicida, em uma prisão com condições de total precariedade. Desenvolvendo a discussão, o autor ampara-se em Alexy para, como ele, reconhecer que a dignidade da pessoa humana, tal qual qualquer princípio, está sujeita a uma relativização. No entanto, não se furta em reconhecer que ela possui uma prevalência no confronto com os demais princípios e regras constitucionais. Sustenta Ingo, em síntese, que a dignidade, na qualidade de norma princípio, pode, num caso concreto, ser relativizada, não se garantindo que se a realize em seu maior grau de efetividade; contudo, não é possível cogitar-se de sua relativização para compatibilizá-la com interesses outros que a ela se contraponham. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 130/131.

¹³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 59.

vincular o respeito ao Princípio da Dignidade à observância dos direitos fundamentais¹³³.

Constata-se, portanto, que direitos fundamentais e dignidade humana estão unidos em tudo e por tudo¹³⁴. E a razão é simples. Ao longo da história, à medida que o homem toma consciência sobre sua essência e sua distinção dentre os seres vivos, e na proporção em que intenta expandir autonomamente suas potencialidades, ele empreende batalhas pela conquista de uma série de direitos que supram suas necessidades momentâneas de construção da própria identidade. Quanto mais se aprofundava na descoberta de si mesmo, mais o homem ansiava por novas espécies de direitos. Assim é que, pouco a pouco, foram conquistados, respectivamente, direitos civis e políticos (direitos da liberdade), direitos sociais, econômicos e culturais e direitos coletivos - que atualmente estão em vias de implementação -, correspondentes às três primeiras gerações de direitos¹³⁵.

A conclusão a que se chega é que cada nova descoberta do homem sobre um aspecto da sua dignidade gerava por consequência a sua proteção pela consagração de novos direitos a ela atinentes. E esses direitos assecuratórios de determinadas dimensões da dignidade humana foram ao longo do tempo se acumulando e sendo positivados nas constituições sob a forma de direitos fundamentais. Donde se deduz que os direitos

¹³³ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 128.

¹³⁴ Jorge Miranda entende que o Princípio da Unidade Valorativa da Constituição repousa no liame existente entre todas as normas constitucionais pela vinculação das mesmas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A partir dessa perspectiva, sacramenta o constitucionalista lusitano: “*Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, as liberdades, e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana*”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos fundamentais. Tomo IV. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 167.

¹³⁵ Jorge Miranda adverte que essa tricotomia se justifica no plano da identificação do advento desses direitos ao longo da História, contudo, não seria exata do prisma conceitual, porquanto alguns direitos indicados como pertencentes a uma determinada geração possuem um caráter pertinente a outra. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. Tomo IV. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 24.

fundamentais nada mais são do que expressões de parcelas da dignidade humana.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois, é uma cláusula geral de tutela dos indivíduos que se decompõe em direitos fundamentais consubstanciadores de exigências prestacionais e de limites que devem ser observados pelo Estado e pelos particulares nas relações que travam hodiernamente com cada ser humano¹³⁶. Mas não são apenas os direitos fundamentais explicitados no texto constitucional¹³⁷, senão todo e qualquer direito que se volte à proteção da condição humana de cada indivíduo, ainda que implícito, porquanto, como visto, todo direito fundamental representa uma expressão da dignidade da pessoa humana.

4.1.2 – A ação afirmativa como instrumento de proteção da dignidade dos negros, pela garantia de efetivação de seus direitos fundamentais.

Ora bem, conjugando estas breves considerações expendidas sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a questão tratada no presente ensaio, é possível assentar-se duas relevantes conclusões, são elas: a exclusão social do negro, impeditiva do pleno gozo dos direitos fundamentais a que fazem jus, é afrontadora da dignidade da pessoa humana, e o direito fundamental a tratamento diferenciado de cunho afirmativo (direito à ação afirmativa), enquanto consectário do Princípio da

¹³⁶ Ingo Sarlet, com propriedade, ensina que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui essa dimensão dúplice, impondo ao Estado e aos particulares a abstenção de qualquer conduta que importe em afronta ao indigitado princípio, bem como a promoção real, a assunção de posturas efetivas que se dirijam a realização do mesmo. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 110/115.

¹³⁷ Ingo Sarlet lembra que a Constituição brasileira, seguindo tendência do constitucionalismo moderno, contempla uma abertura material do rol de direitos fundamentais, sendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana o norte que dirige o intérprete na revelação de novos direitos fundamentais, explicitados em outras partes da Constituição, em tratados internacionais, ou mesmo implícitos. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98/101.

Dignidade da Pessoa Humana é albergado implicitamente pelo ordenamento constitucional pátrio.

Os estreitos limites do presente trabalho não permitem um exame exaustivo de todos os direitos fundamentais que os negros brasileiros tem aviltados por conta do sistema racialmente excludente em que, consoante já demonstrado, se organizam as relações sociais no país. Entretanto, cumpre destacar de forma ilustrativa, algumas agressões alarmantes e facilmente identificáveis a que são submetidos.

Logo na cabeça do art. 5º da CRFB/88, vislumbra-se os direitos fundamentais à igualdade e a liberdade. O primeiro será tratado mais a frente em tópico próprio. Quanto ao segundo, é preciso afirmar que, sem dúvida, a capacidade de autodeterminar-se¹³⁸ é componente principal do seu núcleo essencial¹³⁹. Acontece que os negros no Brasil, por todas as circunstâncias oportunamente relatadas, sobretudo devido ao racismo estrutural e estruturante da sociedade, não são dotados da capacidade plena de autodeterminar-se. E não o são por duas ordens de razões. A uma porque não lhes é assegurado o mesmo respeito e a mesma consideração deferidos aos brancos. É dizer, porque não lhes é assegurada igualdade de tratamento, que será tanto menor, quanto maior for a sua conformação física e cultural com a identidade negra. Em francas palavras, o negro não tem a liberdade de ser negro, sem que isso importe em cerceamento de direitos. A duas, porque devido ao fato de os negros serem historicamente excluídos, o que os aprisionou nos estamentos inferiores da sociedade, no mais das vezes

¹³⁸ Jorge Miranda sustenta ser a autodeterminação dos indivíduos em relação ao Estado e aos terceiros um pressuposto da dignidade humana. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos fundamentais. Tomo IV. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 169.

¹³⁹ José Afonso da Silva ao conceituar liberdade se vale de uma definição de Jean Rivero para, incorporando a ela um elemento essencial, qual seja, a felicidade, construir sua própria definição. Assim é que nos lega o seguinte magistério: “É boa sob esse aspecto, a definição de Rivero: ‘a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal’. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: *Liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*”. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 233.

lhes faltam os meios necessários a uma definição consciente e uma construção autônoma e exitosa da própria identidade.

A violação a este aspecto componente do direito à liberdade se desdobra em outra dirigida ao direito à imagem¹⁴⁰. Isto porque o direito à imagem se consubstancia na garantia de que o indivíduo possa preservar a integridade de sua personalidade, sobretudo a sua representação exterior, deixando-a a salvo de ataques despropositados à sua identidade. Ocorre que os negros, pelo simples fato de serem negros, já são rotulados, inferiorizados, discriminados. Portanto, a salvaguarda à imagem, estabelecida no art. 5º, X da CRFB/88 é mais um dos direitos fundamentais negados aos negros.

Acontece, porém, que também integra o direito à liberdade, a capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais, de expandir seus horizontes, de buscar o suprimento de seus desejos, de sonhar ilimitadamente, de viver segundo as próprias opções, sem depender da chancela de ninguém. Em resumo, trata-se da possibilidade de se fazer ou deixar de fazer tudo o que não seja vedado ou imposto por lei (art. 5º, II da CRFB/88). É dizer, cuida-se da potencialidade não apenas de definir seu conteúdo interior, mas também de orientar sua atuação perante a coletividade. Uma vez mais, o que se constata é que aos negros não é assegurado tal direito. A opressão social que sobre eles pesa constitui um óbice, em muitos casos, intransponível, à realização dos seus anseios mais

¹⁴⁰ Carlos Affonso Pereira de Souza assinala o aspecto dilargado com que o direito à imagem foi tratado pelo novo Código Civil. Nesse sentido, manifesta-se ele: “*paralelamente à ostensiva exploração da fisionomia, surge no senso comum a significação de imagem como atributo peculiar de uma pessoa. Assim, através do comportamento reiterado do indivíduo em suas relações, adere ao mesmo um amálgama de características que vem a compor a exteriorização de sua personalidade no âmbito social. Convencionou-se denominar ‘imagem’ tais atributos da pessoa percebidos em sua conduta particular ou em sua atividade profissional. (...) O entendimento de que a imagem tutelada pelo Direito apenas compreende a representação gráfica particulariza em excesso o escopo da proteção, deixando a descoberto uma série de hipóteses em que a imagem da pessoa é violada sem que se elabore uma reprodução gráfica da mesma. (...) Assim, a fisionomia e a sua reprodução, bem como os atributos comportamentais da pessoa, devem ser entendidos como proteção pelo Direito*”. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *apud* TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2ª ed.. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 51.

recônditos. A discriminação racial retira dos negros o direito de conquistarem seus objetivos dependendo apenas de seus esforços. Ela lhes impõe a subserviência e a dependência¹⁴¹. E assim o faz, pois os impede de ter acesso aos meios materiais necessários à concretização de suas metas e, quando eles conseguem vencer este empecilho, os arrebatam com os sórdidos e obscuros mecanismos de descarte social supostamente em conformidade com o Direito.

Essa questão nos remete ainda a negativa de efetivação dos direitos fundamentais de cunho social de que também são titulares os negros¹⁴². A leitura do art. 6º da CRFB/88 põe às escâncaras essa realidade cruel. Como dizer que os negros têm assegurado o direito à educação se eles compõem a maioria dos analfabetos, a minoria dos estudantes universitários, a minoria dos estudantes das escolas consideradas de qualidade? Como acreditar que os negros têm garantido o direito à saúde se são a camada da população

¹⁴¹ Carlos Ari Sundfeld, identificando determinadas situações que impedem a ascensão social dos negros, aponta a existência de diversas barreiras que lhes prejudicam no acesso ao mercado de trabalho. Na esfera privada, um grande problema seria o excesso na regulamentação profissional, que, muitas vezes, ao revelarem exigências inúteis ou puramente formais, alijam-nos de determinadas profissões, já que não tem condições de preencher os requisitos impostos. Já no âmbito do setor público, o autor, fundado na discrepância entre a proporção de negros na população e a quantidade de negros no serviço público, procura assinalar possíveis condicionantes dessa situação, que seriam: a exacerbação das exigências feitas em concursos públicos (muitas delas não essenciais e de difícil observância pelos negros), a excessiva contratação para cargos em comissão (onde a discricionariedade do administrador é ampla dando margem à discriminação), a homogeneidade das bancas de concurso público (que na fase oral podem se deixar influenciar por algum tipo de preconceito. A solução seria uma diversificação dos examinadores), as dificuldades de ascensão na carreira do servidor público (já que os negros, em geral, compõem os setores menos qualificados do serviço público, e têm mais dificuldade em preencher os requisitos necessários ao progresso na carreira). Ressalta, contudo, que seria benfazejo um censo da Administração Pública, para que realmente se conferisse maior certeza a essas constatações. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Igualdade Étnico-Racial*. In. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 117/119 e 126/144.

¹⁴² Interessante notar que os três direitos sociais mais clamorosos elencados no art. 6º da CRFB/88, a saber, a educação, a saúde e a assistência social; compõem, juntamente com o acesso à justiça, os quatro elementos nucleares da dignidade humana, segundo a concepção proposta por Ana Paula de Barcellos. Ela chega a essa definição a partir de uma análise sistemática da Constituição brasileira que em diversos dispositivos busca dar concretude ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, a jurista defende que saúde e educação são requisitos mínimos a propiciar a existência e a construção autônoma de uma identidade ao ser humano, a assistência aos necessitados representa a salvaguarda de condições mínimas de sobrevivência nos momentos de desamparo por que este pode passar, e o acesso à justiça seria o instrumento pelo qual ele poderia pleitear a garantia dos elementos materiais anteriormente citados, caso venham a faltar-lhe. BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 286/289.

mais atingida pela falta de saneamento básico e pela dificuldade de acesso a hospitais e postos de saúde, bem como a medicamentos? Como insistir em dizer que têm direito à moradia se compõem a parcela majoritária dos moradores de favelas e da população sem teto? Como sustentar que têm direito ao lazer se não possuem as condições básicas de vida? Como pensar em direito à segurança se são o alvo preferido da violência policial? Como falar em direito à previdência social se constituem o maior percentual de desempregados e de trabalhadores informais? Como cogitar de proteção à maternidade e à infância se figuram como o maior destaque nos índices de mortalidade infantil? Como fingir que são assistidos no desamparo, se ao contrário de solidariedade social o que recebem, como visto, é o repúdio preconceituoso da sociedade racista?

Enfim, pela simples análise dessas violações aos direitos fundamentais dos negros, que não são as únicas, mas as mais significativas, resta evidenciado que a sua dignidade é deixada a descoberto. Os direitos que se prestam a assegurar sua integridade não são observados. É exatamente nesse ponto que a ação afirmativa exsurge como instrumento de tutela da dignidade humana.

A partir do momento em que um determinado grupo social, no caso os negros, tem o gozo dos seus direitos fundamentais impedidos por força de uma discriminação determinante das condutas sociais, é necessário que haja um reajustamento do equilíbrio social ideal, onde todos são destinatários dos mesmos direitos. Nesse sentido é que a ação afirmativa intervém na ordem social para garantir aos negros a fruição dos seus direitos independentemente de qualquer fator obstrutivo da realização material da norma constitucional protetiva da sua dignidade. Por intermédio dela os negros passam a ter acesso aos meios de que necessitam para exercerem como qualquer cidadão os seus direitos, como, por exemplo, à educação e ao emprego. Passam a ser beneficiados num ambiente onde são tradicionalmente prejudicados e com essa compensação de forças são substancialmente equiparados aos brancos.

É justamente por garantir a efetividade dos direitos fundamentais que a ação afirmativa se dirige à proteção da dignidade humana. E é por servir a esta que pode ser encarada como um direito fundamental, pois como visto os direitos fundamentais são direitos arquitetados para assegurar determinados conteúdos da dignidade humana. Sendo assim, está fora de dúvida que a Constituição de 1988, ao estabelecer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, traz implicitamente o direito fundamental às ações afirmativas.

4.2 - Perspectiva da Igualdade.

O Princípio da Igualdade tem se revelado, ao longo dos séculos, um desafio permanente para os homens, sempre em direção à sua efetivação e, por vezes, tão distante dela. As primeiras dificuldades apresentam-se de imediato ao se tentar conceituar igualdade, e seguem se multiplicando ao se cogitar a forma pela qual alcançá-la, quais os seus limites, qual a sua finalidade, qual a sua justificativa etc.

Por todas essas indagações que sempre provocaram forte inquietação em corações e mentes dos homens, o que se observa ao longo da história é uma constante mutação sobre a igualdade e suas implicações. Nessa evolução contínua a igualdade foi acumulando significados que intentam torná-la cada vez mais aferível e menos ilusória.

4.2.1 – Considerações gerais.

A igualdade sempre foi e - ainda o é – um valor a permear o espírito humano determinante de uma equivalência de direitos, tratamento, consideração e respeito entre indivíduos possuidores de mesmo *status*, de mesmo quilate. A igualdade, portanto, existe desde sempre, mas não como característica das relações entre todos os homens, senão apenas dos que eram considerados equiparáveis.

Somente no final do século dezoito, a igualdade foi encartada em declarações de direitos¹⁴³ - sendo a principal delas a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando eclodiu a Revolução Francesa – oportunidade em que alcançou a dimensão de um direito inerente aos indivíduos. O pensamento humanista identificou a humanidade intrínseca a todos eles como fator de comparação entre si. É dizer, se antes a igualdade deveria estabelecer-se entre quem possuía a mesma origem, ou a mesma crença, ou a mesma condição econômica, ou qualquer outro critério, agora deveria estabelecer-se entre todos, por serem todos humanos¹⁴⁴. O parâmetro que definia o merecimento da igualdade passou a ser a própria humanidade. A ideia de que todos nascem livres e iguais impulsionou a normatização de uma igualdade, dita formal, que visava ao

¹⁴³ As antigas civilizações organizavam-se em modelo estamental, governadas por um líder com poderes de vida e de morte sobre os indivíduos. A “democracia” grega e o período republicano do império romano, embora não contassem com a figura soberana desse líder, não eram menos implacáveis na segmentação da sociedade. A Idade Média foi marcada por um sistema social feudal articulado pela exploração do servo, em tudo submisso ao seu senhor. A Idade Moderna surgiu com a criação dos Estados-Nação, fundados em modelos monárquicos absolutistas, onde os dirigentes eram considerados escolhidos de Deus e mantinham em pólos bem distantes à nobreza e o clero em relação ao povo. Somente com a ascensão econômica da burguesia, que por isso conquistou uma parcela de poder, as bases sobre as quais se sustentavam os sistemas absolutistas passaram a ser questionadas. Este segmento da sociedade que impulsionava o progresso dos Estados mostrava-se cada vez mais descontente com os privilégios ofertados à nobreza e com a submissão devida ao monarca. Eclodiram, então, as revoltas liberais, das quais a mais importante foi a Revolução Francesa, cuja motivação anunciada era a busca pela liberdade, igualdade e fraternidade. Cármen Lúcia Antunes Rocha compartilha essa visão a respeito da marginalização jurídica e, por vezes, mesmo social do conceito da igualdade durante a toda a Antiguidade, a Idade Média e a Idade Moderna, findada apenas no alvorecer da Idade Contemporânea. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 29/34.

¹⁴⁴ É importante registrar que a conscientização de que o ser humano, apenas por esta qualidade, já seria merecedor da igualdade, pois não havia sentido em diferenciar o que na sua origem era comum, representou um importante marco teórico construído pelo humanismo-iluminista no sentido de refutar toda e qualquer teoria tendente a desigualar os indivíduos. Nada obstante, no plano fático, essa ideia não foi forte o suficiente para impedir que continuasse a haver distinções, inclusive de direitos, entre homens e mulheres, escravos e livres, negros e brancos, dentre outras. A adoção do discurso humanista pela burguesia se restringiu a repeti-lo até os limites de seus interesses, não tendo um propósito efetivamente humanista. Em resumo, a burguesia liberal fez uma apropriação retórica do pensamento humanista, sem a ele verdadeiramente se filiar, razão pela qual o produto das revoluções liberais foi uma grande incongruência, consistente no fato de a igualdade tão sonhada ter sido conquistada para não ser realizada. O que confirma a tese de que, no mais das vezes, as revoluções históricas ocorrem para mudar a realidade de forma a garantir que tudo permaneça como antes, e que as relações de poder continuem inalteradas. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 36/38.

combate à concessão de privilégios por origem ou classe social. Buscava-se, pois, a igualdade perante a lei.

Com o transcurso do tempo, restou evidente que o mero tratamento legal igualitário não se mostrava capaz de obstar as desigualdades nas relações sociais, marcadas por tristes episódios de discriminação. O conteúdo jurídico do direito à igualdade foi ganhando corpo e paulatinamente estabelecendo uma igualdade formal mais plena do que aquela dos tempos da Revolução Francesa, que além de formal era parcial, pois, embora extensiva a todo homem, possuía uma finalidade muito restrita. E assim o princípio da igualdade ficou identificado com uma dimensão negativa que interditava qualquer tipo de privilégio ou discriminação pautada em critérios como raça, sexo, origem, crença¹⁴⁵.

A contemporaneidade, contudo, mostrou ao mundo, por diversas formas, que a mera proibição da discriminação não era suficiente ao estabelecimento de uma igualdade real entre os homens. Passou-se, assim, a exigir a concretização de uma igualdade substancial, chamada material, que fosse capaz de verdadeiramente alterar a situação de desequilíbrio social, reequacionando as relações díspares que, nas mais diversas sociedades, permitiam que uma quantidade pequena de sujeitos da classe dominante

¹⁴⁵ Cármen Lúcia Antunes Rocha é precisa ao descrever o conteúdo da igualdade formal e demonstrar as consequências nefastas de sua interpretação obnubilada: “*A primeira inteligência conferida à expressão normativa – iguais perante a lei – foi a de que a lei tinha aplicação igual para todos. A atuação estatal aplicadora da norma, promane do administrador ou do julgador, terá, segundo essa interpretação, a mesma medida legal em relação a qualquer cidadão. Destarte, seria válido qualquer comportamento público que, fazendo valer a norma legal, fizesse incidir o preceito segundo as mesmas condições para aqueles a que ele se dirigisse. Desde que houvesse tratamento igualitário aos sujeitos cobertos pela norma jurídica aplicada estaria cumprido o princípio da igualdade perante a lei. Esta interpretação da expressão “ iguais perante a lei” propiciou situações observadas até há muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivia com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. (...) Juízo de tal ordem ajudou, por certo, a manter a série de vantagens especiais e regalias que se tinham erigido na sociedade, sedimentando oficialmente e com base na legislação os preceitos e motivos de discriminação criados artificialmente e que sempre favoreciam – e favorecem ainda hoje – os autores das normas de privilégios que porejam os ordenamentos jurídicos”.* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 36/37.

oprimisse, com o beneplácito do Direito – que estabelecia uma falsa igualdade -, a maioria de indivíduos marginalizados¹⁴⁶.

É bem de ver, então, que a igualdade progrediu de valor moral a direito. Primeiramente, direito à não concessão de privilégios de classe, em seguida, direito à não discriminação, atualmente, direito à não concessão de privilégios de classe, à não discriminação e à superação das situações não isonômicas criadas pela discriminação ou pela exploração econômica.

Vê-se, pois, que o conteúdo que modernamente se atribui à igualdade é aquele mesmo que Aristóteles já enunciara há mais de dois mil anos – tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam¹⁴⁷. O mandamento parece muito óbvio, mas o fato é que até os dias de hoje ele jamais foi implementado. Isso porque o pensamento liberal, ainda bastante professado, criou uma forte resistência a ele, partindo da concepção de neutralidade estatal, segundo a qual o oferecimento de um tratamento diferenciado, ainda que a sujeitos já não equiparáveis no plano fático-social, feriria a igualdade.

A grande mudança de paradigma pela qual passou o Princípio da Igualdade é marcada pela superação da concepção formal e adoção da concepção material da isonomia. Ou seja, pelo reconhecimento da existência de uma dimensão positiva essencial ao princípio, orientadora de posturas ativas no sentido de realização da igualdade. Ela deixou de ter um

¹⁴⁶ O clamor pela igualdade material ganhou força quando o Estado liberal – que no auge do seu fracasso legou ao mundo as duas grandes guerras – foi substituído pelo Estado Social que se conduzia por uma visão mais preocupada com o bem estar geral e, por consequência, com a superação, por todos, dos obstáculos ao seu alcance. Nesse contexto é que a igualdade foi redefinida e ampliada. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha: “*O que se pretende sob esse novo enfoque, portanto, é que o próprio legislador seja cingido pelo princípio constitucionalmente posto, de tal sorte que a lei não abrigue desigualdades sem qualquer fundamentação que não se equacione pela Justiça. Não se lê, pois, o princípio como pretendendo apenas que a norma se aplique de maneira igual, mas que a norma seja feita em estrita remissão e obediência a este princípio, quer-se dizer, que não se criem nela, ou nela se mantenham, desigualdades entre pessoas em situações jurídicas ou em circunstâncias iguais*”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 38.

¹⁴⁷ ARISTÓTELES. *Política*. 4ª ed.. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 239.

valor em si mesma, seu conteúdo foi esvaziado¹⁴⁸, mas isso longe de representar uma desqualificação, foi uma alteração de conceito que conferiu novo e vigoroso ânimo à igualdade, pois que passou a servir como instrumento de alcance de objetivos concretos, necessitando fazer-se verdadeira, plena, palpável, real.

A Constituição da República de 1988, indubitavelmente, optou por esta última concepção de igualdade, mais compatível com a proteção dos direitos humanos. Do próprio texto constitucional é possível extrair tal conclusão. O Princípio da Igualdade esteve presente em todas as cartas constitucionais do Brasil, mas no texto atual ele não foi apenas reproduzido, foi redefinido. Não mais se optou por estabelecer a igualdade perante a lei. Em verdade o legislador constituinte se preocupou em impor a busca efetiva pela igualdade e pela sua observância em todos os desdobramentos das relações humanas, tanto na construção e aplicação do direito, como no convívio intersubjetivo. A Lei Maior não prescreve apenas o respeito à igualdade, mas propõe a tutela, a proteção, a promoção, o agir em prol da igualdade.

Ao inaugurar uma nova ordem jurídica a atual Constituição olhou para trás e envergonhou-se de um passado vexatório de discriminação, preconceito, desigualdade, marginalização, injustiça, egoísmo e autoritarismo. E voltando-se ao presente impôs ao Estado que refundava uma atuação firme no sentido de vencer essas mazelas, e construir um futuro melhor. Na medida em que reconheceu a necessidade de mudar, o constituinte deu novo sentido ao conteúdo do Princípio da Igualdade, alocando-o na cabeça do artigo que arrola os direitos fundamentais (art. 5º), para que dali ele se espraiasse por todo o ordenamento. Igualmente objetivou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art.

¹⁴⁸ Ricardo Lobo Torres pontifica que a igualdade é um princípio que não possui conteúdo próprio, previamente determinado, servido, na verdade, à promoção da liberdade e da justiça. TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 244/245.

3º, III), a promoção do bem geral sem discriminação (art. 3º, IV)¹⁴⁹. E nenhuma dessas mudanças se faz sem que haja igualdade. Como bem observou Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Se fosse apenas para manter o que se tem, sem figurar o passado ou atentar a história, teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos etc”.

Pois bem. Ante a nova configuração do Princípio da Igualdade que, conforme demonstrado, é a mesma exaltada na Constituição de 1988, não mais é possível que o Estado brasileiro mantenha sua postura inerte frente às flagrantes e indecentes desigualdades que atingem a população negra desse país.

4.2.2 – Ação afirmativa de cunho racial como mecanismo de realização da igualdade.

O ordenamento constitucional vigente não mais alberga a indolência do poder público que se omite no seu dever de intervir na ordem social de

¹⁴⁹ Cármen Lúcia Antunes Rocha ao tratar do tema pontifica que já no preâmbulo a Constituição de 1988 deixa transparecer a sua inquestionável opção pelo conceito de igualdade material, e posteriormente ratifica-a, sobretudo, ao definir os objetivos do Estado brasileiro. Confira-se: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, 1996. p. 92/93. Na mesma toada, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva aponta que o sentido conferido ao Princípio da Igualdade pela atual Constituição não se adstringe ao preceito constante do art. 5º, que parece referir-se apenas à igualdade formal. E informa que o respaldo normativo que a Constituição lega ao sentido material da igualdade encontra-se no rol dos objetivos do Estado brasileiro, uma vez que é através do estabelecimento de uma igualdade efetiva que se lhes alcança. Veja-se: SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 73/76. Walter Claudius Rothenburg também perfilha a corrente doutrinária defensora da mudança na concepção do Princípio da Igualdade promovida pela Constituição de 1988, e conclui: “A busca por tratamentos diferenciados que permitam uma aproximação cada vez maior do ideal de igualdade é um desafio constante do Direito e uma renovada conclamação ao empenho de esforços. Na constituição brasileira isso transparece da estipulação de objetivos, entre os quais a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos (art. 3º, III e IV)”. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade Material e Discriminação Positiva: o Princípio da Isonomia*. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1441/1144>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

forma a reequilibrá-la, garantindo a plena observância dos direitos fundamentais da população negra. A demora estatal em compensar os negros pelo sofrimento que lhes foi imposto séculos a fio não tem guarida na Constituição. A passividade do Estado em alterar o sistema social excludente sobre o qual a sociedade brasileira se constituiu e permanece se desenvolvendo não se coaduna com a determinação constitucional de combate às desigualdades e de promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Enfim, a não adoção de ações afirmativas que beneficiem aos negros importa em desobediência ao mandamento constitucional preconizador da igualdade e implica frustração dos objetivos a que se presta o Estado brasileiro.

As ações afirmativas, como já visto no capítulo 2, são um instrumento de combate à discriminação e de construção social de uma igualdade efetiva. São, pois, o mecanismo apto a transferir para o plano fático a mudança conceitual da igualdade perpetrada pela Constituição de 1988. Para tanto elas estipulam determinados benefícios a que os negros passam a ter direito, no intuito de fornecer-lhes as mesmas condições de que dispõem os brancos, para conseguir alcançar os seus objetivos. Em palavras outras, as ações afirmativas recolocam os negros no mesmo ponto de partida dos brancos, para que, a partir de então, eles possam se desenvolver com paridade de meios.

O que fazem as ações afirmativas é findar com a covardia de se exigir que negros secularmente oprimidos compitam por acesso ao emprego, à educação, à saúde etc com brancos secularmente opressores. Note-se que elas atuam no campo das oportunidades. Não visam a transformar o padrão de vida dos negros no padrão de vida dos brancos, mas a permitir-lhes que, querendo, disponham das mesmas oportunidades que estes.

Não obstante a ação afirmativa constituir um produto do Princípio da Igualdade, há quem atente contra ela, acusando-a, justamente, de ferir o

aludido princípio, porquanto determina uma diferenciação pautada num critério racial, o que seria vedado pelo art. 5º, *caput* da CRFB/88. Descabe por completo semelhante impostura, afinal, como outrora acentuado, esta visão amesquinhada do comando constitucional é condizente com um conceito puramente formal de igualdade, não abraçado pela Constituição Cidadã. Está fora de dúvida que pode sim haver discriminação fundada na raça, desde que se preste ao atendimento dos fins elencados pelo próprio texto constitucional¹⁵⁰.

Em verdade, como nos informa o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, a averiguação do avilte à isonomia pelo estabelecimento de alguma diferenciação baseada em critérios como a raça deve ser feita à luz de três questionamentos, a saber: qual o fator de desigualação, qual a relação desse critério de *discrimen* com o tratamento jurídico diferenciado que se pretende produzir e qual a correspondência dessa pretensão diferenciadora com o ordenamento jurídico-constitucional¹⁵¹.

Portanto, se a ação afirmativa dirigida aos negros se baseia em critério racial porque é em função dele que se desvela o preconceito que os oprime e os exclui, se ela se presta a superar a exclusão social a que estão submetidos historicamente, e se esta exclusão é repudiada pela Constituição, que determina a superação das desigualdades e a promoção do bem-estar de todos, independentemente de discriminação; não há argumento razoável que sustente ser a mesma inconstitucional, por afronta à isonomia.

¹⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello não hesita em afirmar que a norma constitucional veda apenas a adoção imotivada de critérios como a raça para estabelecer diferenciações entre os indivíduos, restando ela incólume se o fator diferencial eleito se prestar ao atendimento de alguma finalidade constitucional. Nesse sentido, conclui: “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas, ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17/19.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21/22.

Cabe, ainda, desmistificar a compreensão equivocada de que as ações afirmativas beneficiam os negros em prejuízo dos brancos. Antes de tudo, pelo simples fato de estarem elas submetidas ao crivo do Princípio da Proporcionalidade, que determina sejam as mesmas instituídas respeitando-se uma estreita correlação entre seu objetivo e seu objeto - ou seja, entre a sua finalidade e o meio pelo qual se a realizará -, além de estreitos limites que impedem sejam os grupos não beneficiários sacrificados em demasia¹⁵². Mas, sobretudo, deve-se atentar para a circunstância de os resultados principais das ações afirmativas servirem ao gozo de toda a sociedade e não só dos negros.

As medidas de discriminação positiva que os protegem não encerram seu fim apenas na concessão de benefícios a eles dirigidos. Elas prestam-se, mais do que isso, à concretização da igualdade. E a igualdade é proveito do qual todos os indivíduos se valem¹⁵³. Não se há de esquecer, aliás, que

¹⁵² Infelizmente no Brasil não há estudos que demonstrem o impacto da implementação de políticas de ação afirmativa em relação aos possíveis prejuízos de grupos não beneficiados por elas, mesmo porque a sua aplicação ainda é sobremodo tímida e incipiente no país. Mas nos Estados Unidos já existem pesquisas nesse sentido. Ronald Dworkin, ao analisar o estudo elaborado por Willian G. Boewn e Derek Bok, demonstra, por exemplo, que, tomando por base as inúmeras instituições de ensino que foram pesquisadas, se houvesse a adoção por elas de políticas de admissão racialmente neutras, a probabilidade de cada candidato branco que tenha sido rejeitado conquistar uma vaga, passaria de 25% para 26,5%, porquanto haveria uma enormidade de outros candidatos brancos rejeitados em situação semelhante à sua. Informa, ainda, Dworkin que quando um tribunal inferior norte-americano, atendendo à ordem do Quinto Tribunal Itinerante, que declarou inconstitucional a política afirmativa instituída pela Faculdade de Direito do Texas, julgou os pedidos de indenização requeridos pelos candidatos brancos não admitidos, a fixação da mesma se deu no valor de um dólar para cada candidato, porquanto mesmo sem a influência da ação afirmativa, a chance de cada qual ser aprovado era ínfima. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 568.

¹⁵³ Walter Claudius Rothenburg sintetiza brilhantemente esse pensamento, quando questiona: “*A quem presta serviço a igualdade? A menção aos beneficiários da igualdade – inclusive daquela que impõe tratamentos diferenciados – não estaria completa se não abarcasse, além dos particularmente beneficiados, todos nós, que temos direito de conviver com nossos semelhantes/ diferentes e partilhar das experiências da diversidade, em espírito democrático (participativo) e solidário*”. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia*. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1441/1144>. Acesso em 15 mar. 2010. No mesmo sentido é o magistério de Rogério Gesta Leal ao afirmar: “*Atente-se para o fato de tais políticas serem, em verdade, benéficas a toda a sociedade, eis que promoveriam a inserção de representantes de diferentes minorias em ambientes nos quais, normalmente, não teriam acesso, possibilitando com isso o cumprimento da dicção constitucional de que seja a sociedade brasileira mais aberta, diversificada, tolerante, miscigenada e multicultural*”. LEAL, Rogério Gesta. Parâmetros e Perspectivas dos Limites Constitucionais das Políticas Públicas Equalizadoras da Igualdade Racial no Brasil: Um Estudo de Caso. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 14, abr/jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 39.

existem fortes correntes doutrinárias que enxergam a razão de ser das ações afirmativas sob uma ótica meramente utilitarista da justiça distributiva. E o fazem pelo reconhecimento de que, inegavelmente, toda a sociedade se beneficia com o alcance real da igualdade. Se não pelo progresso moral em que incorre quando seus componentes compartilham da venturosa ideia de que a humanidade os torna, sob o ponto de vista do respeito que merecem, indistintos; ao menos pela conscientização de que dentro de um sistema solidarista, tal qual o adotado pela nossa sociedade, ônus e bônus individuais são compartilhados por toda a coletividade, de modo que quanto mais a prosperidade alcançar um número maior de indivíduos, mais se poderá evoluir pessoalmente.

O dia em que a alva elite da sociedade brasileira compreender que a discriminação racial que atinge os negros segrega quase metade da população do Brasil, e que impedindo este enorme contingente social de progredir, além de perder parceiros na construção de um país melhor, os torna seus dependentes, certamente ela deixará de resistir às tentativas de superá-la e se apressará em exigir a implementação das ações afirmativas. Esse dia, no entanto, só chegará quando se ultrapassar a apequenada mentalidade de que é bom ter submissos dependentes, substituindo-a pela feliz noção de que mais eficiente e menos conflitante é ter parceiros capazes. Enquanto a elite brasileira for incompetente para manter-se por seus próprios méritos na posição em que se encontra, dependendo para tanto da subjugação dos negros, esse dia não romperá a aurora.

4.3 - Perspectiva da Solidariedade.

A solidariedade é mais um exemplo de valor moral que foi positivado como princípio, na esteira do processo pós-positivista de reaproximação entre Direito e Moral. Trata-se aqui de um princípio ao qual se deve reconhecer autonomia, sem, contudo, deixar de consignar que

deriva diretamente dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, sendo, pois, corolários destes.

4.3.1 – Considerações gerais:

Inicialmente cumpre assentar desde logo, que solidariedade jurídica não se confunde com caridade ou com assistencialismo. O fundamento da solidariedade não advém da piedade, mas da compreensão mais ampla de que o bem-estar alheio interfere necessariamente na esfera individual de cada ser humano. Ela resulta da constatação de que o homem impescinde das relações que hodiernamente trava com seus semelhantes para conferir sentido à sua própria existência, que sem essa comunhão, restaria esvaziada¹⁵⁴.

Em virtude dessa anunciada necessidade humana de estar inserido dentro de um contexto social para que assim possa construir e revelar a sua própria essência, é que, ao mesmo passo em que o ser humano voltou seu olhar à proteção da sua dignidade, deparou-se com o anseio de organizar um modo solidarista de viver, que garantisse o bem-estar daqueles com quem convivia e de quem dependia para a expansão de sua individualidade.

Também a compreensão de que natureza humana implica no reconhecimento de uma igualdade inerente a todos os seres que dela compartilham serviu de suprimento moral à demanda por solidariedade. É dizer, a partir do momento em que o homem se viu identificado com seus semelhantes por um vínculo transcendental que o singularizava, passou a não mais poder mostrar-se indiferente a estes. Isso porque o repúdio e a

¹⁵⁴ Maria Celina Bodin de Moraes bem ressalta a mudança de paradigma atinente à caracterização do ser humano, antigamente concebido como “*homo clausus*”, recolhido ao seu próprio mundo interior, e que passou a ser descrito pela sociologia moderna como um ser incapaz de explicar-se única e exclusivamente pela sua existência, mas sim pela sua coexistência. O homem foi retirado do seu microcosmos e colocado no interior multifacetado da universalidade, precisando conviver com seus semelhantes para encontrar a si mesmo. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabel Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 159/161.

desimportância com que tratava o seu próximo implicava, em certa medida, no desprestígio de algo que também lhe era fundamental, a condição humana.

A solidariedade, pois, veio a ser contemplada pelas modernas constituições como um imperativo social que, determinando uma atuação individual em prol da coletividade, visa não só à obtenção de uma melhoria da sociedade como organismo autônomo, mas também da esfera individual de cada um de seus integrantes.

Na Constituição brasileira de 1988 não foi diferente e a solidariedade foi reverenciada não só como um princípio, mas também como um objetivo do Estado (art. 3º, I). De tal sorte que se o poder público se mantiver inerte ou em conflito com a construção de um modelo social solidarista, estará ele descumprindo o pacto republicano estabelecido com o povo e, portanto, perdendo a sua razão de ser.

Pois bem, como dito anteriormente, solidariedade e assistencialismo não se misturam, e, da mesma forma, não se confundem com assistência social. A solidariedade jurídica é um dever jurídico e não um ato de liberalidade; além disso, é dever que ultrapassa o mero auxílio aos necessitados de amparo do Estado. Assistência social é uma atividade estatal, uma prestação de serviço, voltada ao amparo de indivíduos que se encontram vitimados por algum infortúnio que os impede de prosseguir no curso normal de sua vida¹⁵⁵; sem dúvida, é uma face da solidariedade, mas não a única, tampouco a principal. A prevenção contra a ocorrência dessas situações problemáticas que dão ensejo à assistência social, certamente representa atitude mais produtiva e menos custosa, tanto do ponto de vista econômico quanto social, além, é claro, de mais consentânea aos mandamentos constitucionais. Afinal, não se há de esquecer que também

¹⁵⁵ Marcelo Tavares acentua que a assistência social é um direito social que gera para o Estado o dever de por diversas formas buscar atender às necessidades básicas dos indivíduos em momentos de periclitância em sua existência. TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regras Constitucionais dos Regimes Próprios de Previdência Social*. Niterói, RJ: Impetus, 2009.p. 16.

são objetivos da República brasileira o combate às desigualdades e a promoção do bem estar geral, sem discriminação; objetivos esses que devem ser interpretados e articulados com a construção de uma sociedade solidária¹⁵⁶.

Conquanto o Brasil já tenha avançado significativamente no campo da seguridade social e, conseqüentemente, no da assistência social que é sua espécie¹⁵⁷, ainda peca bastante no âmbito da prevenção e superação dos riscos sociais, faceta mais relevante da solidariedade. Talvez pela imaturidade política dos governantes e dos governados, os pleitos sociais e as plataformas de governo se destinam menos a esta esfera de atuação – mais demorada e mais subversiva do ponto de vista da redistribuição do poder concentrado nas mãos de grupos privilegiados – e mais àquela.

A plena concretização do Princípio da Solidariedade depende essencialmente do forte combate à exclusão social, permitindo que a assistência sirva de instrumento subsidiário de suporte aos indivíduos menos agraciados pela fortuna. O ponto ótimo da solidariedade só poderá ser alcançado quando ela não mais se prestar a função de amortecedor de embates sociais, ocupando-se apenas do apoio aos indivíduos atingidos por algum risco social diferente da exclusão pela má organização da sociedade, sobretudo pela discriminação.

¹⁵⁶ Maria Celina Bodin de Moraes ao discorrer sobre o Princípio da Solidariedade esclarece que ele não representa um mero “programa político” ou um “retoricismo”, e acentua que sua densidade é forte o suficiente para determinar inclusive a implementação de políticas públicas que realizem os objetivos estatais apregoados no art. 3º da Constituição de 1988. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabel Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.158/159.

¹⁵⁷ A Constituição de 1988 trata da Seguridade Social no capítulo II do Título VIII, intitulado “Da Ordem Social”. Este capítulo se divide em quatro seções, uma de considerações gerais e outras três que versam, respectivamente, sobre: saúde, previdência social e assistência social. Toda a organização da seguridade social se baseia no Princípio da Solidariedade. Não é por outra razão que, por exemplo, o Sistema Único de Saúde se caracteriza pela universalidade e gratuidade e o Regime Geral de Previdência Social, embora seletivo e oneroso, não deixe ao desamparo aquele segurado que não contribuiu suficientemente para a cobertura de seus custos, se atingido por um risco segurado, desde que preencha os requisitos para a obtenção dos benefícios. Mas, inquestionavelmente, é sob o prisma da assistência social que o Princípio da Solidariedade ganha mais destaque, porquanto a necessidade de auxílio por parte do assistido seja mais clamorosa.

Em síntese, a solidariedade requer uma esfera de atuação no sentido de superação da exclusão e de promoção da igualdade social, para, a partir de então, exercer o papel que lhe incumbe, sem ser confundida - como acontece quando serve a indivíduos discriminados – com assistencialismo.

Destarte, a solidariedade tem sido, sob certo aspecto, desfigurada. Não se a busca verdadeiramente, apenas se a utiliza como manobra política. Por isso, não se almeja a inclusão dos contingentes sociais alvo dos riscos sociais, tão somente se lhes garante a sobrevivência, mas nessas condições de cidadania precária. Essa lógica ilógica também contribui sobremaneira para a perpetuação da vitimação da população negra do Brasil.

4.3.2 – A ação afirmativa como expressão de solidariedade para com a população negra discriminada.

Por tudo o que já se disse sobre a situação de exclusão social vivenciada pelos negros no Brasil, fica fácil perceber que eles compõem potencialmente a clientela principal dos serviços de assistência social. Potencialmente, porquanto, embora façam jus a tanto, não necessariamente são atendidos por esse serviço, ou seja, muitas vezes nem à assistência têm direito.

Essa demasiada pré-disposição à necessidade de auxílio da assistência social é sintomática. Ela representa a maior exposição a riscos sociais a que os negros estão submetidos, que, por sua vez, indicam que esse segmento social encontra-se em posição de maior fragilidade perante o resto da sociedade. É dizer, encontram-se desiguais em relação aos demais grupos sociais.

Já ficou assentado que tal desigualdade decorre do fenômeno da discriminação racial que estigmatiza a sociedade brasileira. Outrossim já se afirmou que a solidariedade demanda um aspecto assistencial e um aspecto promocional, que inclusive se sobrepõe àquele, tornando-o complementar; e

que busca restaurar a igualdade no interior da sociedade, se não por uma conscientização humanística, ao menos por uma perspectiva utilitarista de justiça social. Donde se conclui que a solidariedade norteadora do Estado brasileiro segundo a Constituição de 1988 impõe a este a tarefa de promover a igualação social dos negros através de políticas públicas tendentes a incluí-los na sociedade e a assegurar-lhes a plena cidadania.

Exatamente essa é a pedra de toque da questão em debate. A necessidade de compatibilizar as exigências do Princípio da Solidariedade com a imprescindível inclusão social dos negros se corporifica na adoção de políticas de ação afirmativa racial. A ação afirmativa dirigida aos negros representa a atuação do Estado no sentido de alcançar os seus objetivos. Mais até, traduz-se numa atuação mais inteligente, mais legítima e eficaz. Isso porque além de obedecer a um imperativo social, ela diminui o risco social e, pois, torna-se uma solução mais perene e não imediatista.

Para fazer dessa teoricidade mais palpável insta trazer como exemplo a adoção de políticas de cotas para ingresso no ensino universitário público. Quando se definem cotas de que se possam beneficiar candidatos negros, diminuem-se, em certa medida, as chances de candidatos brancos conseguirem ingressar na universidade pública. Mas essa diminuição, que individualmente não é tão substancial, se reverte em algo benéfico também aos brancos. E assim o é porque ela servirá à inclusão social dos negros, à abertura de oportunidades que lhes permitam progredir economicamente. Esse progresso implicará numa diminuição dos riscos sociais a que eles e seus dependentes estejam submetidos, portanto gerará uma diminuição do custo social que representam. A diminuição de custos sociais importa na minoração de encargos sociais. Em conclusão, o branco que teria sofrido um suposto prejuízo imediato nas suas chances de ingresso numa universidade pública, no futuro se beneficiará dessa situação, mais até do que se não tivesse passado por ela. Isso sem levar em conta o fato de brancos, mais do que os negros, terem chances maiores de conseguir custear estudos universitários em instituições particulares. Evidente que esse

raciocínio não é compatível com a análise individualizada dos sujeitos envolvidos, mas com o exame dos grupos sociais que compõem, conforme oportunamente elucidado.

Por isso é que foi dito que as ações afirmativas são medidas mais inteligentes, legítimas e eficazes. Mais inteligentes porque solucionam definitivamente os problemas sociais, atingindo-os em seu nascedouro. Mais legítimas porque voltada a grupos que mais necessitam delas. Mais eficazes porque diminuem os custos sociais e porque destinam dinheiro público uma única vez à solução de problemas que não mais se repetirão.

A bem da verdade há que se reconhecer que a resistência apresentada às ações afirmativas raciais, além de odiosa - pelo aspecto de não reconhecimento do necessário combate à discriminação -, é de pouca astúcia, pois faz dos brancos eternos provedores dos negros. E desta condição, por maior que seja seu preconceito, não irão se livrar, a menos que violem a Constituição, a menos que tomem de assalto por completo o Estado brasileiro. O racismo patrimonialista da sociedade brasileira é estúpido. Como estúpida é a sua justificativa. Como estúpida é a tentativa de negá-lo. Como estúpido é o desejo de onerar os negros, pois se é para ser solidário, como a Constituição determina que o seja, em ônus e bônus, melhor que seja nos bônus.

4.4 - Perspectiva do Pluralismo.

Durante o século XX o mundo passou por profundas transformações que alteraram substancialmente o modo de organização social e a ideologia das sociedades ocidentais. Os horrores das guerras, a crueldade dos regimes totalitários, a segregação racial ocorrida nos Estados Unidos e na África do Sul, dentre outros episódios, despertaram no homem vintecentista uma nova maneira de encarar os seus semelhantes.

As fartas demonstrações de que o radicalismo ideológico e a discriminação do diferente podem chegar a extremos tão insensíveis quanto irracionais, equiparando seres humanos a objetos desprezíveis, incitou os indivíduos a empenharem-se na construção de um pensamento mais agregador, onde mais se buscam os pontos de contato entre as diferentes matrizes ideológicas, do que as diferenças que as separam.

Na mesma toada, o avanço tecnológico rompeu as barreiras geográficas e intensificou um processo global de migração, que redefiniu as sociedades tradicionais pela incorporação de inúmeros grupos minoritários que nelas se inseriam, tornando-as mais heterogêneas e multiculturais. Graças a essa combinação de fatores, o homem teve de descobrir um modelo de organização que garantisse o respeito a toda diversidade presente num mesmo território, sem descaracterizá-las e sem permitir que suas eventuais discordâncias descambassem para situações de conflito. Surgiu, assim, a necessidade de exaltar esse pluralismo como um valor intrínseco a própria humanidade. Mais do que isso, fez-se impositivo protegê-lo juridicamente. Por isso o pluralismo é hoje um princípio encartado em diversas constituições, explícita ou implicitamente.

4.4.1 – Considerações gerais.

O novo modelo multiculturalista que passou a caracterizar as sociedades ocidentais exigiu que o pluralismo fosse consagrado como princípio jurídico, diretamente decorrente do Princípio do Estado Democrático de Direito¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Gisele Cittadino, ao discorrer sobre a preocupação da filosofia política contemporânea com o novo modelo de interação social, destaca, com amparo em Habermas, a perspectivada atual de fomento à inter-subjetividade caracterizada pela busca do entendimento na diferença - que superou tanto o individualismo, quanto a intra-subjetividade homogeneizante, e passou a enxergá-los como facetas diversas do comportamento do ser humano, que na sua esfera individual atua de acordo com a sua subjetividade, mas no âmbito da coletividade observa valores caros à sociedade plural. Essa necessidade de construir um pensamento inter-subjetivo deriva das profundas transformações ocorridas no interior das sociedades tradicionais que, segundo a autora, eram, de certa forma, todos homogêneos. Contudo, ela mesma assevera: “*a sociedade democrática*

A distinção fundamental entre uma democracia e uma aristocracia é justamente a distribuição do poder que numa se espraia por todo o povo e na outra se concentra em mãos de uma parcela deste, sendo certo que quando a aristocracia descamba para a oligarquia - que é sua forma degenerada – ao povo não é assegurado nem parcela de poder, nem o condicionamento deste aos interesses da coletividade em sua inteireza, senão apenas aos anseios egoístas da elite que governa¹⁵⁹; de forma a tornar a diferença entre tais regimes de governo ainda mais gritantes. Resta evidente, assim, que a democracia exige o poder em posse do povo, dirigido aos interesses do povo.

Pois bem. Como os povos ocidentais têm se tornado, a cada dia, mais diversificados, mais plurais, não se há de falar em democracia se as minorias sociais não tiverem condições de se fazer representar e respeitar – de deter o poder e ser protegidas de eventual abuso do poder¹⁶⁰. Se a elas não forem garantidos os mesmos direitos da maioria, ou da minoria governante, ou se não for protegida a sua plena fruição, certamente, haverá grupos sociais que não deterão nenhuma ou pouca parcela do poder, razão pela qual restará ferido o Princípio do Estado Democrático de Direito¹⁶¹.

No que pertine à Constituição brasileira, é bem de ver que o Princípio do Pluralismo foi consagrado explicitamente em três diferentes passagens do texto constitucional. Primeiramente, foi insculpido no

contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença". CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 78.

¹⁵⁹ARISTÓTELES. *Política*. 4ª ed.. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 124/125.

¹⁶⁰ Canotilho entende o pluralismo como uma teoria empírica e uma teoria normativa. A respeito desta última assim se manifesta. “*Como teoria normativa – o pluralismo como idéia dirigente – a teoria pluralista pressuporia um sistema político aberto, com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a chance de influencia efectiva nas decisões políticas*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1391

¹⁶¹ Leila Pinheiro Bellintani corrobora essa conclusão e enfatiza a necessidade de se criar mecanismos de fomento à participação social dessas minorias, permitindo-as influir nos mais variados aspectos da sociedade. BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ações Afirmativas e os Princípios do Direito: a Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 97.

preâmbulo, o que não lhe confere, segundo a doutrina clássica, força cogente. Entretanto, a toda evidência, determina uma direção para a interpretação do restante do texto constitucional. Ou seja, o seu posicionamento no preâmbulo é indicativo de um valor moral que o constituinte buscou ver privilegiado quando da aplicação das normas constitucionais.

Logo em seguida, no art. 1º da CRFB/88, o pluralismo é positivado como princípio e como fundamento da República. O *caput* do referido dispositivo estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e como dito, não há como, atualmente, falar em democracia sem referir-se a pluralismo; logo resta patente a contemplação do Princípio do Pluralismo já pela referência ao Princípio Democrático¹⁶². Mas não é só, o inciso V do preceito em comento elenca o pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro. Ora, como e por quê se garantiria o respeito ao pluralismo político, se não houvesse uma proteção ao pluralismo em seu sentido mais amplo? É evidente que pluralismo político não se confunde com pluralismo de partidos políticos. Não quis a Constituição assegurar apenas a diversidade dessas entidades, mas, a diversidade de ideologias políticas. E concepções políticas nada mais são do que modos ideais de organização de toda a estrutura social com vistas à proteção e a promoção dos seus integrantes. No seu significado mais puro política é a ética da *pólis*, ou seja, é o regramento da vida da coletividade. De sorte que se se tutela o pluralismo político, então, se garante a possibilidade de haver vários modelos de regramento da vida da coletividade e, pois, de existirem diversas dessas coletividades. Logo também restará salvaguardado o pluralismo de ideias, de crença, de cultura,

¹⁶² Proficuo o magistério de Diogo de Figueiredo assim exposto: “*Toda essa busca da receita da legitimidade e do papel do pluralismo nas sociedades contemporâneas são objetivos que nos são propostos até mesmo como meios de perpetuar a democracia, onde já existe, e de alcançá-la, onde ainda não é praticada, nem mesmo em nível formal e ritualista*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 09.

de concepções de vida, e de todos os demais fatores que peculiarizam as coletividades¹⁶³.

Encontra-se, ainda, uma derradeira referência ao pluralismo no art. 206, III da CRFB/88, que determina a observância do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas no ministério do ensino. Muito além da liberdade de ensino assegurada aos professores, este dispositivo objetiva garantir aos indivíduos que recebem o ensino, em sua maioria crianças e jovens, o oferecimento de um conhecimento amplo e imparcial para que ele próprio tenha condições de proceder às suas avaliações e valorações pessoais; e assim poder autodeterminar-se conforme lhe pareça mais conveniente, de acordo com as conclusões a que chegou, a partir das lições que recebeu. Portanto, ao impor que o ensino deve ser ministrado com a observância do pluralismo de ideias, a Constituição intentou proteger a pluralidade da sociedade, permitindo que cada um construa sua personalidade pautado nas concepções que desejar, sem, contudo, ter o direito de desrespeitar quem tenha feito opção diferente.

Vislumbra-se, pois, uma postura firme da Constituição no sentido de fomentar a pluralidade na sociedade brasileira e de proteger essa sua característica multicultural, sobretudo, legando às minorias o amparo necessário para a sua participação social e o pleno gozo dos seus direitos.

¹⁶³ Gustavo Binbenbojm, ao tratar das liberdades dos meios de comunicação à luz dos princípios da democracia deliberativa e do pluralismo, destrincha o sentido mais profundo deste último e pontifica: “*Dada a sua condição “fundante” da ordem constitucional, o pluralismo político deve ser compreendido em seu significado mais dilargado, alcançando não apenas o espectro político-partidário, mas todas as concepções e idéias que tenham relevância para o comportamento político coletivo*”. BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 3, nº 9, abr/jun. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 191 – 211 p. Na mesma toada, Inocêncio Martins Coelho, salienta que o adjetivo político atribuído ao pluralismo deve ser compreendido em sentido amplo, significando “*pluralismo na polis, ou seja, direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana*”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ªed.. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

4.4.2 – A inclusão social dos negros por meio das ações afirmativas como forma de fomento ao pluralismo.

A partir da inquestionável opção constitucional de estímulo ao pluralismo, surge uma questão, a saber: como cumprir o mandamento da Constituição numa sociedade em que quase metade da população é negra e na qual, desde sempre, impera um modelo organizacional e ideológico branco?

A resposta parece simples. Basta corrigir o desnivelamento social que opõe ambos os grupos. É dizer, basta efetivar a igual oportunidade de os negros influírem na condução da sociedade, oferecendo-lhes a oportunidade de adotarem suas próprias concepções de vida sem que isso lhes traga qualquer prejuízo. Basta retirá-los da exclusão social a que foram aprisionados, e inseri-los na sociedade, afinal não pode haver pluralismo numa sociedade que não reconhece as minorias que a compõem. A questão tormentosa é como fazê-lo.

Para solucionar essa indagação, recorre-se, uma vez mais, às ações afirmativas. Se é preciso respeitar também o modo de vida dos negros, faz-se necessário que ele seja viabilizado, que sejam retiradas as barreiras que se põe à sua frente. Se o óbice que interdita os negros de viverem como desejam é a homogeneização da concepção de vida imposta pelos brancos, que segrega o que dela difere, então impende romper com esse sistema, essa

estrutura organizacional da sociedade¹⁶⁴. É exatamente isso que faz a ação afirmativa racial¹⁶⁵.

Quando um negro se beneficia de uma política afirmativa para ingressar na universidade pública, ele vence a barreira ao ensino superior até então somente acessível a quem seguisse fielmente o roteiro branco de estudar em escolas particulares de mensalidades exorbitantes e frequentar cursos preparatórios que ensinam os alunos a decorar como fazer provas vestibulares e acreditar que isso representa mérito.

Quando um negro se beneficia de uma política afirmativa para contratação por uma empresa ou pelo poder público (cotas para contratação direta e para concurso público) ele vence a barreira do acesso ao emprego, geralmente conquistado por indivíduos brancos, tidos por mais competentes.

Quando se valoriza a história da diáspora africana, através da obrigatoriedade do seu ensino, o negro vence a barreira da sua estigmatização e passa a limpo as verdades sobre a sua origem. Quando se oferece incentivos às manifestações culturais negras, supera-se a barreira da

¹⁶⁴ O sociólogo Valter Roberto Silvério reconhece que os negros brasileiros foram, e ainda são, cotidianamente submetidos a um modelo comportamental produzido pela elite branca que desrespeita o seu modo particular de ser e viver, e os impede de compartilhar do comando da sociedade. Nesse sentido ensina que os negros: “*querem ver confirmadas sua história e sua cultura, tal como as herdaram e vêm reconstruindo em dolorosas relações que lhes são impostas. Pretendem ter reparadas as injustiças de que são vítimas e assim receber as condições devidas a todos os cidadãos de tomar parte da elite intelectual, científica, política*”. SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação Afirmativa e Diversidade Étnico-Racial. In: SANTOS, Sales Augusto dos. (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade, 2005. p. 146.

¹⁶⁵ Ronaldo Vieira Júnior comunga do pensamento de que a adoção de ações afirmativas é medida competente a minorar a falta de representatividade político-social dos negros, permitindo o progresso quanto à construção de uma sociedade pluralista. Assim é que leciona: “*A adoção de ações afirmativas por parte do Estado como forma de reparação dos danos que persistem desde a escravidão e ainda hoje são constatáveis tem a vantagem adicional de contribuir para a conformação de uma sociedade multicultural e pluriétnica. (...) A adoção de ações afirmativas pelo Estado, além de reparar danos atuais e prestar contas com a história, promove a inclusão, a integração e o convívio de diferentes; é, por sua vez, um compromisso do Estado com a conformação de uma sociedade diversificada e plural*”. VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A.. Rumo ao Multiculturalismo: a Adoção Compulsória de Ações Afirmativas pelo Estado Brasileiro como Reparação dos Danos Atuais Sofridos pela População Negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos. (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade, 2005. p. 95.

invisibilidade, mostra-se que os negros têm muito a contribuir, como já o fizeram bastante, para o progresso da sociedade.

Enfim, sempre que se implementa uma medida de cunho afirmativo que permita aos negros vencerem as dificuldades decorrentes da discriminação que sofrem, caminha-se em direção à construção de uma sociedade mais plural. Isso porque a desmistificação de crenças negativas que sobre eles pesam e a concessão de oportunidades de ascensão social lhes conferem maiores oportunidades de interagir com o restante da sociedade, influir na sua organização e fruir plenamente os seus direitos. A sua inclusão social incita os demais grupos a com eles estabelecerem relações mais harmoniosas, superadas que ficam as desigualdades, respeitadas que restam as diferenças. Por tais razões é que o Princípio do Pluralismo encartado na Constituição de 1988 é mais um argumento em favor da adoção de ações afirmativas em benefício dos negros.

4.5 - Perspectiva dos compromissos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Embora o presente ensaio não comporte maiores digressões sobre o tratamento dado à matéria pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, é imprescindível tecer alguns brevíssimos comentários a esse respeito.

Com toda a certeza não há como diante da Constituição de 1988 e a proeminência que ela conferiu aos Direitos Humanos segmentar o Direito Constitucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os parágrafos do art. 5º da CRFB/88 são explícitos ao reconhecerem dignidade constitucional aos direitos fundamentais previstos em pactos internacionais dos quais o Brasil seja signatário¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Flávia Piovesan sustenta que não mais pode haver dúvidas sobre o *status* constitucional conferido aos direitos previstos em documentos internacionais ratificados pelo Brasil, eis que, embora os parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CRFB/88 já fossem suficientes a permitir tal equiparação – porquanto determinam a máxima efetividade que se deve reconhecer aos direitos fundamentais, bem como a incorporação àquele rol dos direitos previstos em outros diplomas –, pós emenda 45,

Em decorrência disso, impende destacar, sobretudo, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial que em seus arts. 1º, § 4º e 2º, § 2º, enfatiza, de modo a espantar qualquer dúvida suscitada, que medidas de discriminação positiva são necessárias à implementação de uma igualdade real e, por óbvio, não implicam em condutas discriminatórias a exemplo das interditas pelo próprio princípio¹⁶⁷.

Outrossim, faz-se imperioso destacar o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que em seu art. 13 consagra o direito à educação. O comitê responsável pelo monitoramento da sua implementação pelos Estados-partes, em sua 21ª sessão, ocorrida em 1999, interpretando o citado dispositivo à luz da questão racial, entendendo que o direito à educação deve ser concebido com vistas ao desenvolvimento da dignidade humana, não hesitou em afirmar que a mera vedação à discriminação não basta, devendo-se mesmo implementar medidas de caráter afirmativo que possam auxiliar o gozo desse direito pelas minorias¹⁶⁸.

que acrescentou o § 3º ao citado dispositivo, a matéria restou cabalmente definida. A respeito da questão, ver: PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20/30.

¹⁶⁷ Art. 1º, § 4º da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: “Não serão consideradas discriminações raciais as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”. Art. 2º, § 2º da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: “Os Estados-parte tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”.

¹⁶⁸ Informações trazidas por Flávia Piovesan. A propósito, veja-se: PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 44/46.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar a já aludida Declaração de Durban, de 2001, que tratando exatamente da questão da discriminação racial previu, expressamente, em seus artigos 107 e 108, a possibilidade de adoção de ações afirmativas, como forma de superação da exclusão criada pela discriminação¹⁶⁹.

É bem de ver, pois, pela simples análise desses três documentos internacionais, todos ratificados pelo Brasil e em vigor, que a ação afirmativa consubstancia-se num direito a que fazem jus as minorias discriminadas - no caso, os negros - exaustivamente previsto na ordem internacional e que, por força do disposto nos parágrafos do próprio art. 5º da CRFB/88, integram a ordem jurídica nacional. Nessa ordem de ideias, sustentar que a Constituição brasileira não abarca - ou pior, refuta - a instituição de ações afirmativas implica em considerar que o Estado brasileiro não mais reconhece os referidos tratados, devendo, portanto, denunciá-los. Mesmo assim, apenas se acabariam com as menções expressas a elas, que, não obstante, permaneceriam sendo consectário lógico de todo o sistema de proteção aos direitos humanos internacionalmente consagrado.

¹⁶⁹ Confira-se os itens 107 e 108 da Declaração de Durban: “107 - Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, que possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação; 108 - Reconhecemos a necessidade de se adotar medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata com o intuito de promover sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo dos direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, linguísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições. Dentre estas medidas devem figurar outras medidas para o alcance de representação adequada nas instituições educacionais, de moradia, nos partidos políticos, nos parlamentos, no emprego, especialmente nos serviços judiciários, na polícia, exército e outros serviços civis, os quais em alguns casos devem exigir reformas eleitorais, reforma agrária e campanhas para igualdade de participação”.

Diante disso, é forçoso reconhecer que os compromissos internacionais que o Estado brasileiro vem assumindo desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos impõem a adoção de medidas que visem a otimizar e a efetivar os direitos de cada um de seus cidadãos, mormente dos pertencentes a minorias. Por consequência, a exigência de implementação de ações afirmativas concernentes à superação da exclusão social da população negra é medida que encontra robusta guarida no Direito Internacional dos Direitos Humanos que, segundo o sistema de proteção aos direitos fundamentais perfilhado na Constituição de 1988, são também direitos constitucionais¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Perfilhando semelhante entendimento Joaquim Barbosa não titubeia ao doutrinar que a previsão da adoção de ações afirmativas em pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário conferem amplo embasamento constitucional ao reconhecimento deste instituto como albergado pelo ordenamento jurídico pátrio. GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto das Ações Afirmativas pelo Direito Constitucional Brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos. (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade, 2005. p. 70/73.

Capítulo 5: Conclusão.

“Tem a força da cultura,
Tem a arte e a bravura,
E um bom jogo de cintura
Faz valer seus ideais,
E a beleza pura dos seus rituais.
Vem a lua de Luanda,
Para iluminar a rua,
Nossa sede é nossa sede,
De que o *apartheid* se destrua.”¹⁷¹

Findo o percurso proposto no início deste trabalho é possível vislumbrar determinadas conclusões que remetem, invariavelmente, à defesa intransigente da adoção de políticas afirmativas de cunho racial como forma de inclusão social dos negros brasileiros, em cumprimento aos mandamentos constitucionais.

Fazendo uma síntese de toda a linha de raciocínio desenvolvida, destaca-se primeiramente a representatividade – ou sua falta – do negro perante a sociedade brasileira até o advento da nova ordem que a Constituição de 1988 instaurou.

De escravo a miserável, o negro sempre foi marginalizado e alijado da sociedade. Enquanto escravo foi economicamente transfigurado num bem de produção, um instrumento da lida diária no campo, na mina, na oficina, nas casas; foi socialmente ocultado pelo desvestimento de sua personalidade e de sua condição humana, foi juridicamente definido como um objeto de direitos, tal qual um ser inanimado qualquer. Uma vez liberto – ao menos do ponto de vista formal – foi deixado ao desamparo e impedido de progredir socialmente, pela ausência de políticas especificamente a ele dirigidas - sobretudo pela falta de acesso à educação e ao trabalho -, bem como pelo ranço de discriminação que continuou a fomentar o preconceito racial nutrido por mais de 350 anos.

A partir dos anos 30 teve de suportar, impotente, a subtração de suas melhores expressões culturais - com destaque para o samba -, que foram

¹⁷¹ Trecho do samba “Kizomba, a festa da raça” de Luiz Carlos da Vila, Rodolpho e Jonas, cantado pela Unidos de Vila Isabel em 1988.

apropriadas pela elite e utilizadas para dar cores mais vivas à identidade brasileira que se buscava construir. Nesse mesmo processo, teve de assistir, incrédulo, à negação da sua história e do passado de opressão a que fora submetido, pela propagação do mito da democracia racial, fantasioso de uma realidade de harmonia racial no Brasil.

Hoje em dia, figura destacado nos níveis inferiores de todos os índices sociais, habita os locais mais inóspitos, compõe a clientela majoritária dos presídios, aparece como alvo preferencial da violência, é maioria dentre os pobres e miseráveis. Não fosse isso suficiente, ainda tem de conviver com um discurso hipócrita da sociedade no sentido de que todas essas mazelas embora verdadeiras e indesejáveis, não se relacionam à discriminação racial, mas a questões econômico-sociais, pelo que se deve aguardar o progresso social para que conjuntamente haja a superação destes problemas.

Em seguida, cabe ressaltar a potencialidade transformadora do instituto jurídico das ações afirmativas. Esse mecanismo de realização da igualdade compõe-se de um sem-número de ações que podem ser adotadas tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada objetivando beneficiar determinados segmentos sociais vitimados por um processo discriminatório que obsta a plena fruição dos direitos assegurados a qualquer indivíduo, permitindo-lhes a obtenção da real cidadania.

Trata-se de um instrumento maleável que deve ser modelado de acordo com os desafios a que se propõe superar, estando balizado por parâmetros de pontualidade – direcionamento especificamente ao grupo discriminado – e temporalidade – suficiente a permitir a equiparação das condições de gozo dos direitos fundamentais com o restante da sociedade, sem constituir-se em privilégio.

Encontra justificção nos argumentos de justiça compensatória – numa perspectiva voltada à correção das injustiças criadas por uma discriminação pretérita -, justiça distributiva – numa visão intencionadora da superação das injustiças atuais - e diversidade – numa concepção

multicultural das sociedades modernas, onde o respeito às particulares das coletividades e ao mínimo ético comum são imprescindíveis.

Possui natureza jurídica de direito fundamental, porquanto se dirige à proteção destes e se constitui em um direito pré-existente, decorrente diretamente da condição humana de cada indivíduo, que se torna imediatamente exigível sempre que um contingente social é impedido de valer-se dos direitos fundamentais, por conta de alguma espécie de discriminação.

Dando um passo adiante, impende assinalar o ajuste das ações afirmativas de cunho racial com a problemática da exclusão social dos negros. Sob o viés da justiça compensatória as ações afirmativas de cunho racial são absolutamente justificáveis, eis que facilmente se constata a responsabilidade que os brancos possuem em relação aos negros pelo dano consistente na estigmatização criada em relação à identidade negra, originada e propagada, até hoje, pelo processo de discriminação a que aqueles os submeteram. Há, portanto, uma responsabilidade por um dano com característica de permanência que, criado por condutas passadas, desdobra seus efeitos ainda nos dias atuais. Ressalta-se, por oportuno, que todo esse exame se dá no plano coletivo e não individual, devendo-se levar em consideração os grupos sociais brancos e negros como organismos autônomos.

Através do prisma da justiça distributiva não se chega a outra conclusão senão a de que as medidas afirmativas são uma necessidade premente. Mesmo deixando de lado toda a dívida histórica que os brancos têm para com os negros, a realidade atual renova cotidianamente a percepção de que é preciso agir em prol da superação da completa desigualdade social que opõe brancos e negros. Não se admite alegações no sentido da impossibilidade de definir de forma precisa as causas dessa desigualdade, porque os problemas sociais que vitimam os negros da sociedade brasileira são sobejamente comprovados como vinculados inquebrantavelmente ao racismo, conquanto agravados pela desigualdade

econômica – que por sua vez tem raízes na discriminação racial. Acrescenta-se, ademais, que a justiça distributiva está a exigir não apenas ações atinentes à redistribuição de bens, mas também de reconhecimento.

Vistas pelo olhar da diversidade, as ações afirmativas em favor dos negros são inquestionáveis. A sociedade brasileira a todo instante dá provas do sufocamento e da desconsideração impostos aos negros, nos aspectos cultural, político, social e econômico, sempre alinhados a ideologias próprias da elite branca.

Numa observação adicional, salienta-se que as políticas afirmativas não confrontam com as políticas generalistas, ao contrário, elas se complementam mutuamente, pois ambas visam à promoção da igualdade, uma, porém, a longo prazo e outra de modo mais imediato. Além disso, elas atuam de maneiras diferentes, não se prestando as políticas generalistas ao combate da discriminação, pelo que, ainda que proporcionando uma melhora em termos gerais da sociedade, elas reproduzem as desigualdades entre negros e brancos.

Por fim, é oportuno elencar as normas constitucionais que conferem embasamento jurídico às ações afirmativas em favor da população negra. Logo no art. 1º, III da CRFB/88 já vem irradiando luzes de humanidade para o resto do texto constitucional o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O referido princípio é uma cláusula geral de tutela protetiva de todos os aspectos integrantes da humanidade inerente aos indivíduos. Aspectos estes que consubstanciam os direitos fundamentais. De modo que ao se violar um direito fundamental, se estará a violar, inexoravelmente, o aludido princípio. E na sociedade brasileira, desde sempre, e até os dias de hoje, se constata uma série de violações a direitos individuais - previstos no art. 5º da CRFB/88, notadamente aos direitos da igualdade e da liberdade -, assim como aos sociais - preconizados no art. 6º da CRFB/88 -, ambos espécies de direitos fundamentais, que fazem os negros padecerem pela negativa de cidadania.

Mais à frente, no art. 5º, *caput* da CRFB/88, vem consagrado o Princípio da Igualdade, que demanda para a sua melhor compreensão uma interpretação conjunta com o preâmbulo e com os objetivos do Estado brasileiro constantes do art. 3º, I, III e IV da CRFB/88. A análise sistemática da Constituição de 1988 aponta precisamente numa única direção, qual seja, a adoção do Princípio da Igualdade em sentido material, superando-se a perspectiva meramente formal, irreal e insuficiente da igualdade perante a lei.

Destarte, a imposição constitucional de pró-atividade estatal no sentido da superação das desigualdades não apenas autoriza, mas recomenda a adoção de políticas tendentes a intervenção na ordem social de modo a reequilibrá-la, como fazem as políticas de ação afirmativa de cunho racial, que ao beneficiarem os negros procuram oferecer-lhes igualdade de oportunidades em relação aos brancos.

Outrossim, cumpre assentar que a utilização do *discrímen* raça não conflita com a vedação constante na cabeça do art. 5º da CRFB/88, porquanto o que a indigitada norma interdita é a sua utilização arbitrária¹⁷². Uma vez que o estabelecimento deste critério se presta justamente à superação de uma desigualdade criada com base nele, estando, pois, em perfeita consonância com a principiologia constitucional e com os objetivos do Estado brasileiro, não há que se falar em violação ao direito à igualdade, mesmo porque não é coisa outra o que se busca.

Na mesma toada refuta-se qualquer argumentação no sentido de que as políticas afirmativas raciais beneficiam os negros em prejuízo dos brancos. Esse equívoco certamente decorre de uma compreensão superficial sobre a sua mecânica e sobre o Princípio da Igualdade. Primeiramente, porque estão as medidas afirmativas balizadas pelos limites impostos pelo

¹⁷² Canotilho pontifica que há aplicação arbitrária da desigualdade, e, portanto, violação ao princípio isonômico, quando se busca a diferenciação de indivíduos ou situações iguais. O constitucionalista português identifica três possibilidades de haver violação arbitrária da igualdade, que ocorrem quando a disciplina jurídica: não encontrar respaldo em um fundamento sério, não possuir um sentido legítimo, ou não contiver um fundamento razoável que justifique a diferenciação jurídica. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426.

Princípio da Proporcionalidade, que, justamente, impedem o cometimento de possíveis excessos, que restariam por configurar privilégios e, assim, violar a própria igualdade. Em segundo lugar, porquanto a igualdade está a serviço de toda a coletividade e não apenas dos que, após séculos de discriminação, passam a dela desfrutar. Isto porque implicam numa pacificação social e permitem que uma parcela da sociedade, antes dependente da outra, seja erigida à condição de parceira.

Transitando ainda pelas normas constitucionais introdutórias, foca-se, no art. 3º, I da CRFB/88, o Princípio da Solidariedade. Esse princípio tem uma duplicidade de funções. Uma de atuar na assistência social e outra de elidir os riscos sociais, principalmente os que incidem sobre determinados segmentos sociais, desiguais do restante da sociedade, sobretudo quando tal se verifica por força de processos de discriminação.

No Brasil costuma-se operar sempre com vistas a realizar a primeira função da solidariedade, ainda atrelada a um pensamento assistencialista e paternalista, quando, na verdade, muito mais relevante se mostra a segunda função, de caráter preventivo, pois evita a vitimização de determinados grupos. É imprescindível que se intente erradicar ou, ao menos, diminuir, os riscos sociais a que estão submetidos os negros, e não apenas ampará-los depois do sofrimento instalado.

Faz-se inadiável superar a mentalidade atrasada da elite brasileira de que mais vale manter políticas assistencialistas, que perpetuam a dependência dos negros – e o poder dos brancos -, do que trabalhar pelo seu progresso, transmutando-os de dependentes em parceiros. Se a Constituição da República estabelece a solidariedade social nos ônus e nos bônus, é de maior valia e inteligência que ela se dê nas benesses, portanto, nos frutos do progresso dos oprimidos e não na manutenção dessa situação.

Retornando ao art. 1º, *caput* e inciso V, examinado conjuntamente com o preâmbulo e o art. 206, III da CRFB/88, depara-se com os Princípios Democrático e do Pluralismo. O conceito de democracia aplicado às modernas sociedades multiculturais obriga o respeito ao pluralismo, pois

não pode haver poder do povo, se as minorias que o compõem não são reconhecidas¹⁷³. A menção ao pluralismo político e ao pluralismo de ideias - que deve ser cultivado no ministério do ensino - indicam claramente que a sociedade deve ser presidida em todos os seus destinos pelo respeito às diferentes concepções políticas, sociais, culturais, de vida, dentre outras. Como no Brasil quem dita as diretrizes ideológicas sobre toda e qualquer questão é a elite branca, o que se constata é um flagrante desrespeito ao pluralismo salvaguardado pela Constituição. Por isso é que se torna impositivo adotar medidas afirmativas que permitam aos negros obter as mesmas oportunidades legadas aos brancos e influir nas decisões dos rumos da sociedade, preservando o seu modo particular de ser e viver.

Por fim, tomando por base os parágrafos do art. 5º da CRFB/88, que reconhecem o mesmo *status* constitucional a outros direitos fundamentais previstos em pactos internacionais, releva comentar a abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais, permissiva do ingresso de tudo quanto disser respeito à salvaguarda dos direitos humanos no rol de direitos garantidos pela Constituição de 1988.

Ademais, cumpre salientar que o Brasil já se obrigou, por diversos tratados, na ordem internacional a adotar medidas atinentes à inclusão social do negro e ao combate à discriminação, dentre elas, ações afirmativas.

De tudo o que foi consignado, pode-se inferir que as ações afirmativas são a materialização de uma revolução ocorrida no âmbito do Direito, que passou a ser funcionalizado em benefício do homem, como ser dotado de dignidade e em tudo consubstancial a seus semelhantes. Elas são a ferramenta que vem realinhar a ordem social, submetendo-a à ordem

¹⁷³ Diogo de Figueiredo esclarece que hoje o desafio das sociedades modernas já não é mais fazê-las respeitar a minoria, senão as minorias, porquanto hoje há uma multiplicidade de maiorias e minorias que variam ao sabor de cada situação concreta da vida cotidiana. Por conta disso, consigna o insigne publicista, o pluralismo é característica precípua das sociedades contemporâneas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 08.

jurídica, por sua vez posta a serviço, indistintamente, da promoção de todo e qualquer ser humano.

A ordem jurídica vigente nos dias correntes se distingue substancialmente daquela que vigorava desde os tempos da independência até os idos de 1988. Em qualquer época o Direito traz consigo a influência das hierarquias de poder definidas no interior das sociedades. Essa circunstância lhe é inexorável, não sendo nem boa, nem ruim, mas inevitável. Se o Direito se traduz em regramento da vida em sociedade, não pode ele estar dissociado da organização que esta assume¹⁷⁴. Deveras o que diferencia a ordem jurídica de hoje e a de outrora é o respeito que a coletividade conserva em relação a cada qual e a hermenêutica jurídica que orienta a aplicação das normas.

Nesse sentido é bem de ver que até 1988, dada a fraqueza institucional que marcava a sociedade brasileira – estigmatizada por um processo contínuo de desrespeito ao ordenamento jurídico – as normas eram flagrantemente descumpridas ao livre talante dos poderosos, sem que nenhuma consequência lhes adviesse. Assim é que durante o império, o imperador detinha poder absoluto escudado pela previsão constitucional de um poder moderador que lhe pertencia, ao longo da primeira república os coronéis cumulavam as funções de legislador, julgador e administrador nas vastas regiões interioranas sob seu domínio, enquanto no perímetro urbano imperavam onipotentes os membros da elite mais abastada, num sistema de alternância de poder, no decorrer dos períodos ditatoriais do Estado–Novo e do golpe militar a tônica das relações de poder era marcada por condutas tomadas ao arripio da lei, que não passava de letra morta, desprezada pelos superiores destes regimes.

¹⁷⁴ Miguel Reale, em seu magistério sobre a propedêutica do Direito, encarando-o como um fato social e repudiando o seu reducionismo à mera norma jurídica, à lei, pontifica no seguinte sentido: “Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo. Saraiva. 2005. p. 2.

A partir da promulgação da Constituição Cidadã, inaugurou-se um novo tempo, pelo advento de uma realidade social construída sobre o anseio coletivo incontido de um novo sistema político-social onde os indivíduos tivessem garantidos os seus direitos fundamentais. Esse desejo impulsionou a subversão da ordem jurídica vigente e do comportamento social - que passou a estimular o fortalecimento das instituições a quem incumbia assegurar a obediência ao direito¹⁷⁵.

Sob essa nova ótica, não mais se admite o desrespeito às leis, sobretudo à Constituição, nem se concebe sejam elas interpretadas de uma maneira puramente formalista, sem levar em conta a axiologia proposta por meio de princípios constitucionais e/ou a realidade social. Em suma, não mais se tolera o desvirtuamento funcional do Direito, que deve sempre servir ao ordenamento da sociedade e não ao atendimento de desejos partilhados pelos poderosos; que deve salvaguardar os direitos humanos, e não a lógica do ordenamento por si só, como proclamam os positivistas¹⁷⁶.

No caso específico da exclusão dos negros, essa transformação tem contornos bem nítidos. Enquanto ao tempo da escravidão o Direito era instrumento de tutela dos interesses da elite, tornando legal o regime escravocrata, a inferiorização do negro, a desigualdade material; nos dias de hoje, o Direito refuta com veemência a desumanização de qualquer

¹⁷⁵ Diogo de Figueiredo em arguta lição estabelece a diferença entre um simples agrupamento social comunitário e uma sociedade, destacando que esta se caracteriza pela concentração do poder nas instituições políticas e não nas instituições sociais. O poder, antes recluso na esfera dos interesses individuais, é posto a serviço da coletividade. Nas palavras do ilustre professor: “*o poder extremamente difuso na comunidade, eventualmente ganha personalização num patriarca, num cacique ou num pajé, mas somente na sociedade começa a transcender da concentração em pessoas para uma concentração em instituições*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 03/04.

¹⁷⁶ Norberto Bobbio ao lecionar sobre os fundamentos basilares do positivismo elenca como primeira característica desta corrente de pensamento a consideração do Direito como um fato e não como um valor. Segundo o filósofo italiano: “*Deste comportamento deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor*”. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 131.

indivíduo, a instauração de sistemas de subjugação dos homens, a desigualdade perante a lei e na lei¹⁷⁷.

Não quer isso dizer que não mais se constatem tentativas – por vezes exitosas – de se desvirtuar a função do Direito, buscando-se inserir no ordenamento jurídico normas que tutelam anseios ilegítimos de quem detém o poder. Não se está a defender que não mais se observa a utilização de subterfúgios intelectuais, ou de interpretações distorcidas e tendenciosas para frustrar normas protetivas das classes sociais hipossuficientes e/ou respaldar normas instituidoras de privilégios para as classes superiores. O que não escapa a um olhar atento é que a evolução histórico-social pela qual a sociedade brasileira passou fez com que houvesse um progresso nas concepções de Direito e de institucionalidade. O temor de que se repetissem as agruras do passado despertou o sentimento de realização de uma ordem jurídica justa e de obediência à mesma, para o que se faz imprescindível o fortalecimento das instituições sociais - públicas e privadas.

Essa mutação profunda pela qual passou a sociedade brasileira, traduzida quase que em poesia no texto da Constituição Cidadã, autoriza a conclusão de que o Direito pátrio, uma vez posto, definitivamente, em favor da sociedade, em sua inteireza, impõe o revolvimento social, a readequação econômica, a reestruturação política, a revolução cultural, tudo com vistas a submeter os mais diversos aspectos da vida social aos ditames e ao objetivo maior do ordenamento jurídico, qual seja, a promoção, proteção e celebração do homem digno e feliz. Dentro dessa perspectiva é que se encontram as ações afirmativas de cunho racial, encaradas como um instrumento jurídico de modificação da realidade social descompassada com o Direito.

¹⁷⁷ Canotilho reconhece uma dúlice dimensão do princípio da igualdade, que corresponderia ao que se convencionou designar também por igualdade formal e igualdade material. A primeira dessas dimensões da igualdade serviria a orientar o aplicador do direito que deveria conduzir-se de modo a garantir que indivíduos ou situações iguais fossem submetidos indistintamente à imperatividade da mesma lei. A segunda dimensão do princípio em comento diria com o momento de criação da lei, ou seja, se prestaria a ciceronizar o próprio legislador. Este levando em conta as desigualdades existentes no seio da sociedade orquestraria o direito de forma a por meio dele combatê-las. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002. p. 424/426.

As ações afirmativas operam de modo a estender também aos negros os benefícios advindos das transformações pelas quais passou a sociedade brasileira. Elas vêm resgatar-lhes da marginalidade do ordenamento jurídico, tornando-os protagonistas do mesmo, que passa a orbitar ao redor da dignidade reconhecida a todos os homens, mas que até o presente momento foi violentada em relação aos negros.

Destarte, se alguém houver que permaneça arredio à ideia de adoção de ações afirmativas como forma de conferir cidadania aos negros, libertando-os das amarras do preconceito, que não hesite em demonstrar sua contrariedade. Está fora de dúvida que tais medidas não são imunes a críticas, mormente quando no plano prático são implementadas de modo incorreto.

Que não se acanhe aquele que não vislumbra em tais políticas a solução mais satisfatória à superação do problema da discriminação racial e da conseqüente exclusão do negro. Que não tema quem, porventura, pense diversamente ou tenha propostas melhores, ser taxado de preconceituoso.

Mas, por outro lado, não se atrevam os beneficiários da exclusão social dos negros a valer-se de sofismas descarados para manter sua posição exploradora. Não venham os críticos renitentes apenas alvejar o que se pretende empreender em favor do cumprimento da Constituição, sem apresentarem qualquer outra proposição séria no sentido de avançar no campo social, retirando-se os entraves discriminatórios que nele proliferam. Não continue a elite brasileira a procrastinar as emergenciais modificações pelas quais a sociedade ainda deve se submeter, com vistas a encerrar a contumácia de sua dívida perante o segmento negro da população.

Os que desejarem contribuir para o debate e a vitória sobre a problemática em questão devem sentir-se livres para exporem todos os seus argumentos, críticas e sugestões. Porém nunca se olvidem destas últimas, para que não se percam em ataques vazios. E ao pensar nas soluções para o problema em questão, se debruçam sobre nossa história e não se esqueçam dos tumbeiros, do chicote, dos grilhões, das senzalas. Não fechem os olhos

para os estupros, os assassinatos, a exploração, o desrespeito. Não deixem passar despercebida a discriminação, o preconceito, os mitos, as mentiras, a estigmatização. Não ponham ao largo as favelas, a violência, o racismo, a marginalização. Não deixem de rememorar Chico Rei, João Cândido, Zumbi, Dom Obá II, Joaquim Nabuco, André Rebouças e tantos outros heróis negros.

Os que permanecem intocados pelos fundamentos das ações afirmativas, que exerçam o seu direito de se opor a elas, mas de modo algum se ponham em levante contra os negros. Se não reconhecem as medidas de discriminação positiva como compatíveis com o ordenamento jurídico, não deixem de, ao mesmo tempo, constatar que a desigualdade se coaduna ainda menos com os ditames da lei e da justiça.

Basta de negros miseráveis, basta de negros analfabetos, basta de negros desempregados ou em subempregos, basta de negros vitimados pela violência, basta de negros sem cidadania, basta de negros discriminados, basta de negros impedidos de serem negros. É chegado o momento - e já vem com atraso secular – de a sociedade brasileira encerrar o sistema segregacionista em torno do qual se organiza e, assim, dar cumprimento à Constituição. É a hora e a vez da dignidade, da liberdade e da igualdade. É tempo de o Brasil se oferecer aos seus principais construtores como morada e não como cativeiro, de a sociedade acolher aqueles a quem deve a sua identidade e o seu progresso, de o povo brasileiro reconhecer seus pretos, mulatos, crioulos, escuros, morenos, “neguinhos”, negros e todas as demais designações que foram criadas para referir-se aos indivíduos integrantes de um mesmo segmento social. Segmento esse representativo dos descendentes daqueles que foram sequestrados, explorados e assassinados por conta da sua cor, daqueles que escreveram com extremo sacrifício a história desse país, daqueles que tornaram os habitantes desse chão protegidos dos seus orixás, daqueles que ensinaram aos seus carrascos a malemolência do corpo que ajuda a desviar dos obstáculos da vida, que encheram os ares dessa terra com o som dos tambores que desanuvia o

espírito, que deixaram de herança a alegria que dá força a essa gente sofrida, que legaram a todo brasileiro a essência dessa identidade.

Salve o povo negro.

Bibliografia

ABREU, Sérgio. *Os Descaminhos da Tolerância: o Afro-Brasileiro e o Princípio da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999. 265 p.

AMADO, Jorge. *Tenda dos Milagres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 308 p.

_____. *Mar Morto*. 44ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1978. 223 p.

ARISTÓTELES. *Política*. 4ª ed.. São Paulo: Martin Claret, 2008. 289 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 380 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1998. 300 p.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. nº 60. Rio de Janeiro: 2006. P. 137 – 179.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. 272 p.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 3, nº 9, abr/jun. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 191 – 211 p.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002. 1504 p.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006. 236 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 813 p.

_____. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 298 p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª ed.. Porto Alegre: Globo, 1976. 397 p.

FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1998. 657p.

FERNANDES, Florestan. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978. 332 p.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A Cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 239 – 250 p.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma Concepção Integrada de Justiça. Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. . In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167 - 189.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006. 727p.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444 p.

_____. A Recepção do Instituto das Ações Afirmativas pelo Direito Constitucional Brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos. (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade, 2005. 45 – 79 p.

HASENBALG, Carlos A. *Discriminações e Desigualdades Raciais no Brasil*. Rio de Janeiro, Graal, 1979. 302 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 220 p.

IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 264 p.

_____. *Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 365 - 410.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 217 - 243.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40p.

LEAL, Rogério Gesta. Parâmetros e Perspectivas dos Limites Constitucionais das Políticas Públicas Equalizadoras da Igualdade Racial no Brasil: Um Estudo de Caso. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 14, abr/jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 25 – 48.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.1092.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 296 p.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BINENBOJN, Gustavo (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 117 – 168.

MARTINS, José de Souza. *O Cativo da Terra*. 6ª ed. São Paulo: Hucitec, 1996. 157 p.

MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982. 267p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2009. 48 p.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Forum Administrativo*. Belo Horizonte, v. 3, n. 29, p. 2493 – 2495, jul. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ªed.. São Paulo: Saraiva, 2008. 1.432 p.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 173 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos fundamentais. Tomo IV. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra, 1998. 485 p.

MONTEBELLO, Marianna. As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: *Revista Ciências Sociais*. Vol. 1, n.1 (nov. 1995). Rio de Janeiro: Gama Filho, 1995. 37 – 67 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Uma Releitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 356 p.

_____. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabel Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 157 – 176 p.

_____. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 847-881.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial*. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. 221 p.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: ALMEIDA, João Batista de (Org.). *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v. 2, n.2, jan./jun., 2007. p. 133 – 144.

_____. Ordem Jurídica e Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 19 – 58.

PIZA, Edith; ROSEMBERG, Fúlvia. Cor nos Censos Brasileiros. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida da Silva (Orgs.). *Psicologia Social do Racismo : Estudos sobre Branquitude e Branqueamento no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Vozes, 2002. p. 91 – 120.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo. Saraiva. 2005. 391 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 15, 2006. p. 85 – 99.
_____. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. 124 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia*. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1441/1144>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 158 p.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 308 p.

SCHREIBER, Anderson. A Responsabilidade Civil como Política Pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 743-755.

SILVA, Celso de Albuquerque. Ação Afirmativa no Ensino Superior. Uma Análise da Constitucionalidade da Política de Cotas para Ingresso em Universidades Públicas. *Revista de Direito do Estado*. Ano 4, nº 13, Jan/mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 191 – 210.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 143 p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006. 928 p.

SILVA, Joselina da. Movimento Negro: Uma História de Lutas pela Igualdade Racial. In: SANTOS, Ivanir dos; ROCHA, José Geraldo da

(Orgs.). *Diversidade & Ações Afirmativas*. Rio de Janeiro: CEAP, 2007. p. 100 - 126.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação Afirmativa e Diversidade Étnica e Racial. In: SANTOS, Sales Augusto dos. (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade, 2005. p. 141 – 155.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 345-363.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 109-153.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regras Constitucionais dos Regimes Próprios de Previdência Social*. Niterói, RJ: Impetus, 2009. 401 p.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2ª ed.. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 773 p.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 244/245.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 16 ed.. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. 460 p.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A.. Rumo ao Multiculturalismo: a Adoção Compulsória de Ações Afirmativas pelo Estado Brasileiro como Reparação dos Danos Atuais Sofridos pela População Negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos. (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade, 2005. p. 81 – 100.

