

4

Políticas públicas de reconhecimento do negro após a Constituição de 1988

Entendendo por políticas de reconhecimento as medidas públicas de proteção de determinados grupos sociais vulneráveis, de modo a garantir-lhes as condições materiais e simbólicas necessárias para sua sobrevivência digna, serão analisadas com mais cuidado as políticas públicas desenvolvidas no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, voltadas ao empoderamento material e simbólico dos não-brancos.

Dentre todas as iniciativas públicas antirracismo evidenciadas anteriormente, considera-se como políticas de reconhecimento mais significativas: a) o reconhecimento de propriedade de terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos; b) as ações afirmativas de integração do negro na sociedade de classe; c) os direitos sociais, econômicos e culturais; e, por fim, d) a criminalização do racismo.

A escolha dessas questões levou em consideração o conceito de reconhecimento tal como defendido no primeiro capítulo. Tratando-se de políticas públicas, foram privilegiadas na análise que se segue as esferas do *direito* e da *solidariedade*, por entender que o Estado pode contribuir mais diretamente na sua promoção.

O *direito* permite uma forma de reconhecimento do Outro que independe da estima por suas realizações e características particulares. Como sujeitos racionais, todos os seres humanos possuem a capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais. Para que haja autorrespeito, além de ser reconhecido como sujeito autônomo é necessário que o Outro tenha a propriedade concreta de viabilizar suas escolhas. Nesse sentido, considera-se como política de reconhecimento as iniciativas públicas e privadas que capazes de conferir aos que estão excluídos dessa relação as condições necessárias para a participação igual no acordo racional.

Medidas como a titulação das terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos; ações afirmativas orientadas à integração dos negros

em partidos políticos, nas universidades e no mercado de trabalho; assim como a elaboração de direitos sociais e econômicos orientados às necessidades mais prementes da população negra apresentam-se como políticas capazes de alterar a noção tradicional de *sujeito de direito*, bem como quando concretizadas, garantem aos indivíduos as condições necessárias para promover seu empoderamento.

A esfera da *solidariedade* permite que o sujeito referira-se positivamente em relação às suas propriedades e capacidades concretas. Conforme afirmado no capítulo anterior, a estima social depende do contexto de vida compartilhado pelos membros de uma comunidade de valores. Nesse caso, os indivíduos são reconhecidos quando suas propriedades singulares são valorizadas na autoconcepção cultural de uma sociedade.

A conformação da *autoestima* dos negros pressupõe, portanto, que os modos de vida por eles experimentados sejam entendidos como importantes para a formação da sociedade brasileira e que sejam ressignificadas as noções depreciativas e discriminatórias que até então são vinculadas à sua imagem pelo imaginário social. Atuam nessa direção todas as ações afirmativas orientadas à modificação da representação do negro na mídia de massa; as alterações curriculares que resgatam a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil; que dão o devido tratamento ao longo processo de resistência social e política dos negros nesses séculos de dominação e opressão; que desnaturalizam a discriminação e punem o desrespeito; e, que permitem que manifestações culturais de origem africana¹⁸⁶ sejam protegidas e exercidas livremente.

Em razão da importância dessas iniciativas na luta por reconhecimento dos negros no Brasil, dedicar-se-á em seguida um tratamento mais cuidadoso delas, de modo a reforçar seu potencial de emancipação e de promoção da igualdade racial.

¹⁸⁶ Cabe aqui ressaltar que aquilo que largamente chama-se de cultura negra tem origem africana e, em muitos casos, indígena. As concepções religiosas, a culinária, símbolos, música, estética que socialmente são identificadas com a noção de negritude sofreram forte influência indígena e representam também por isso uma inegável contribuição para a formação do patrimônio cultural pátrio.

4.1.

A titulação de terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos

Entende-se que a titulação das terras ocupadas por remanescentes de quilombos é uma política de reconhecimento implantada pela Constituição de 1988 com significativa carga transformativa. Conforme aponta Boaventura de Souza Santos (2009) “(...) a certificação dos territórios remanescentes de quilombos constituem atos políticos de justiça social e de justiça histórica de grande alcance”. De acordo com a Associação Brasileira de Antropologia (2012) estima-se que a população quilombola atualmente no Brasil conta com aproximadamente dois milhões de indivíduos que foram “sistematicamente ignorados ao longo da história do país quanto à sua identidade, organização social e especificidades culturais”.

A propriedade é a instituição fundamental do capitalismo. A partir dela são definidos os que detêm os meios de produção (terra, recursos naturais, etc) e os que são explorados. Sair da condição de propriedade de outrem e passar a de proprietário implica em uma transformação radical do sujeito nessa estrutura social. A condição de *proprietário* em sociedades capitalistas confere ao indivíduo não apenas o acesso aos meios necessários para determinar sua subsistência autonomamente, como também altera sensivelmente a estima social a ele conferida. Quando a mudança normativa decorre da luta política direta desse agente, que demanda e negocia o reconhecimento daqueles que inegavelmente representam a resistência negra, tanto maior será a possibilidade de que sua concretização consagre o autorrespeito não apenas das comunidades remanescentes de quilombos, mas de todos aqueles que de alguma maneira se identificam como negros. Tem-se, portanto, um dispositivo que trabalha a questão fundiária e a fruição de direitos culturais de maneira indivisível, conforme deve ocorrer com todos os direitos fundamentais.

Conforme enunciado no item 2.3, a instituição do direito à terra por quilombolas integrou os debates pré-constituintes e esteve presente durante todo o processo de elaboração do texto constitucional. A formulação inicial do dispositivo era a seguinte:

Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil.

Segundo Arruti (2008), no âmbito da Assembleia Constituinte foram duas as principais discussões em relação ao tema. A primeira delas girava em torno do direito que seria reconhecido: a titulação implicaria na declaração de posse, propriedade coletiva, propriedade individual, usucapião especial, direito à moradia ou a proteção seguiria o modelo que normalmente se confere a patrimônio?¹⁸⁷ A Constituição protegeu, ao final, o reconhecimento da propriedade definitiva das terras ocupadas por comunidades negras remanescentes de quilombos. Em razão do tipo de proteção jurídica determinada surge, então, outro questionamento.

A segunda discussão, portanto, dizia respeito a quem seriam os beneficiários da norma, mais propriamente à historicidade do sujeito deste direito. Polêmica essa que continua atualmente, em razão das distintas possibilidades conceituais e dos efeitos emancipatórios ou conservacionistas que podem advir do sentido atribuído a “quilombo”/ “quilombolas”/ “comunidades remanescente de quilombo” .

No texto final prevaleceu a referência “aos remanescentes das comunidades de quilombos”. Segundo Arruti (2008):

Fala-se em propriedade da terra e dispensa-se a ênfase na historicidade dos remanescentes, que seria, de fato, uma limitação. Por outro lado, inverte-se a formulação inicial que falava de “comunidades remanescentes”, para se falar em “remanescentes das comunidades”, sem que isso tivesse debate ou justificativa registrados. A falta de uma explicitação dos critérios abriria espaço para interpretações que insistem em não reconhecer o caráter coletivo do novo dispositivo de direito assim estabelecido.

Os debates que antecederam a constituinte e que continuaram em todas as Comissões da ANC demonstram que os proponentes da referida proteção pretendiam, com ela, garantir às comunidades negras tradicionais não apenas o acesso a bens materiais necessários à sobrevivência de sua forma de vida

¹⁸⁷ Nesses casos, normalmente o que ocorre é o tombamento do bem. O tombamento é o ato público que pretende declarar oficialmente o valor histórico, artístico, estético, arquitetônico, arqueológico, ou documental e ambiental de um bem (móvel ou imóvel, público ou privado) transformando-o em patrimônio cultural. Como consequência, o referido bem fica gravado com regime jurídico especial de propriedade sob tutela pública. O procedimento formal de tombamento é regulado pelo Decreto nº. 25, de 30 de Novembro de 1937.

específica como revesti-la de um efeito reparatório, resgatando “uma dívida histórica do Estado com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violação de direitos” (SARMENTO, 2008). Nesse sentido, a identificação do sujeito de direito deveria levar em conta alguns elementos essenciais: forma de vida constituída através da ideia de uso comum da terra, resistência cultural/política em determinado território e representação de uma herança cultural negra.

Com inegável objetivo de esvaziar a medida, ou numa típica atitude de contra-revolução jurídica¹⁸⁸, uma parcela da sociedade brasileira defende que os destinatários da norma constitucional deveriam ser apenas as comunidades que vivem em terras onde se situam *quilombos históricos*, ou seja, um território ocupado por grupos de pessoas isoladas e homogêneas que guardam resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou que comprovem biologicamente sua descendência direta com escravos fugidios.

Cumprе enfatizar que a discussão envolvendo a condição de ‘quilombola’ ou o significado social de ‘quilombo’ ganhou destaque na esfera pública brasileira no momento em que se vislumbrou a possibilidade de integrar na condição de proprietário comunidades cuja representação social não é compatível com essa realidade.

Nas legislações coloniais e imperiais, a referência à quilombo e quilombola, como era comum à referência ao negro, aparecia no âmbito da legislação penal; já que na esfera cível negros eram tratados como coisas, bens, propriedade de outrem. Para mover o aparelho repressor do Estado contra aqueles que ousavam desafiar a ordem ‘natural’ das coisas e com isso perturbar a ‘paz social’ não se tem notícia de debates fervorosos envolvendo disputa semântica para identificação do infrator. Segundo Arruti (2008), na legislação colonial para caracterizar a existência de um quilombo bastava a reunião de cinco escravos fugidos ocupando ranchos permanentes; na legislação imperial, bastavam três

¹⁸⁸ O conceito de contra-revolução jurídica foi formulado por Boaventura de Souza Santos, nos seguintes termos: “Entendo por contra-revolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições” (2009).

escravos fugidos, mesmo que não formassem ranchos permanentes. Não era exigida, portanto, nenhuma vinculação histórica de uso comum da terra nem nenhum outro requisito de natureza cultural ou etnográfica para sua definição.

Ao invés de manter o posicionamento colonial/imperial para a concretização do artigo 68 do ADCT ou utilizar o conceito que tem norteado a Fundação Cultural Palmares e demais Instituições envolvidas no processo de titulação, que entendem como população remanescente de comunidade de quilombo *quaisquer grupos negros de diferentes regiões do Brasil, que vivam em comunidades estabelecidas sobre ‘terras de uso comum’, constituídas ou não a partir de um quilombo histórico*, parlamentares como a senadora Kátia Abreu e filósofos como Denis Rosenfield, dentre muitos outros¹⁸⁹, afirmam categoricamente que a vontade inconteste do Constituinte originário foi o de conceder a propriedade definitiva das terras apenas àqueles que ocupam “lugar de vida para escravos fugitivos e, inclusive, indígenas” (ABREU, 2011), ou como afirma o filósofo:

A Constituição de 1988 é inequívoca no uso do conceito de quilombo, significando, na época, uma comunidade de escravos fugitivos, mormente negros, que constituíram povoados em regiões longínquas com o intuito de oferecer resistência aos que vinham em sua perseguição. Ela é igualmente inequívoca ao assinalar, naquela data, as terras que eram efetivamente ocupadas, de forma continuada, por negros, entendidas como terras públicas ou devolutas. (ROSENFELD, 2010)

Para traduzir-se em efetiva política de reconhecimento, o conceito que deve amparar essa medida pública deve ser construído a partir de uma concepção que mais adequadamente responda às demandas por autorrespeito e autoestima do

¹⁸⁹ Outro exemplo é o livro *Revolução Quilombola- Guerra Racial, Confisco Agrário e Urbano, Coletivismo*, de Nelson Ramos Barreto (2007), cuja sinopse fala por si: “Passados 120 anos da libertação dos escravos - consubstanciada que foi na memorável Lei Aurea assinada pela Princesa Isabel em 13 de maio de 1888 -, um fantasma parece ressurgir das cinzas daqueles tempos. Um decreto presidencial começa a agitar muitas regiões do Brasil, provocando divisão e conflito racial, ao mesmo tempo em que desfecha mais um golpe contra o direito de propriedade de terras devidamente escrituradas e em plena produção. Com efeito, com o decreto n.º. 4887, de novembro de 2003, que muda o conceito de quilombos, o presidente Lula desenterrava mais um espectro para assombrar nossos campos, ao permitir que escrituras de terras devidamente registradas em cartórios se tomem obsoletas. Golpeia ele assim o já tão combalido direito de propriedade, tão açoitado pelas contínuas invasões promovidas pelo Movimento dos Sem Terra - MST. Toda a questão gira em torno de uma palavra até hoje pouco conhecida - quilombola -, cuja carga simbólica parece indicar uma orquestração partida de mentes alienadas a contra-valores, e manipulada com a sinistra intenção de romper a paz em nosso campo.”

grupo que se pretende reconhecer¹⁹⁰, além de observar referências normativas existentes¹⁹¹. Reduzir o conceito às isoladas comunidades que consigam comprovar que o vínculo com a terra se deu por seus ascendentes diretos, escravos fugidios, em momento anterior à 13 de maio de 1888, é negar qualquer eficácia à norma constitucional¹⁹² e afrontar todos aqueles que lutaram, em qualquer período histórico, por democracia e afirmação de direitos fundamentais no Brasil¹⁹³.

¹⁹⁰ Para os limites desse trabalho, não serão enfrentadas os diversos posicionamentos acerca do conceito de quilombo, comunidades remanescentes de quilombos e quilombolas. Estudos antropológicos e históricos tem se desenvolvido nessa área, fazendo com que os termos se apresentem ainda como conceitos em aberto, negociados cultural e socialmente, de maneira que o seu tratamento adequado excederia o objeto central desse trabalho. Associação Brasileira de Antropologia, a ABA, elaborou parecer no qual a categoria quilombo é tratada da seguinte maneira: “O Conselho Ultramarino de 1740 estabeleceu como quilombo, interpretando a partir da ideologia colonial uma palavra africana: “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles”. Longe de investir nesta noção de quilombo como formação social única, imutável e fixa no tempo, a noção sócio-antropológica está baseada na pesquisa das situações reconhecidas, *in loco*, que se apresentam como uma forma de organização social, diversa, multifacetada, dinâmica e persistente dos afrobrasileiros. Os quilombos contemporâneos se consolidaram a partir de grupos familiares extensos que suportam processo produtivo singular, que conduziram ao acampesamento com o processo de desagregação das fazendas de algodão e cana de açúcar e também, da indústria saladeril no sul, e outras transformações econômicas que, nas diversas regiões do Brasil, introduziram uma diminuição do poder de coerção dos grandes proprietários territoriais. (...) Em algumas situações reconhecidas como “*terras de preto*” tais territórios compreendem, portanto as diversas modalidades decorrentes da reorganização da economia brasileira no período pós-escravista, onde, inclusive, não apenas os afrodescendentes estão envolvidos. Quilombo, portanto, é um conceito que compreende uma gama de situações relacionadas à própria formação da sociedade brasileira. (...) A resistência coletiva em permanecer em um local composto por referências territoriais de sua memória permanece como elo de ligação da contemporaneidade com a história de resistência à escravidão, que caracterizou o quilombo do período escravista colonial. Os quilombos contemporâneos guardam uma continuidade histórica com a forma social dos africanos e seus descendentes pela resistência, não mais ao escravismo, mas à discriminação e ao racismo que vigora até os dias atuais e que os empurrou para a condição subalterna identificada em todos os levantamentos censitários oficiais realizados no Brasil desde o século XIX até a atualidade.”. (ABA, 2012) Disponível em <<http://www.abant.org.br/news/show/id/238>> , acesso em maio de 2012.

¹⁹¹ A Convenção 169 da OIT, de 27 de junho de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de junho de 2002, estabelece o critério da autodeterminação para identificação de povos indígenas e tribais. Nesse sentido, o Decreto 4887/2003 descreve no artigo 2º: “Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade. §2º São terras ocupadas por remanescentes dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural”.

¹⁹² Não se sustenta na teoria constitucional contemporânea a ideia de que normas constitucionais não sejam dotadas de eficácia. A potencialidade de produzir efeitos é própria de todos os dispositivos que compõem o documento constitucional e qualquer interpretação que sugira efeitos meramente retóricos aos artigos da constituição representa uma afronta não apenas à vontade do constituinte como a toda Democracia brasileira.

¹⁹³ Nesse mesmo sentido afirma Sarmento (2007): “não é apenas o direito dos membros de cada comunidade de remanescentes de quilombo que é violado quando se permite o desaparecimento de um grupo étnico. Perdem também todos os brasileiros, das presentes e futuras gerações, que ficam

Comparando a redação original e o texto que hoje compõe o artigo 68 do ADCT percebe-se que passou a integrar o texto principal a parte relativa ao tombamento dos documentos referentes à história dos quilombos (artigos 215 e 216), ao passo que a questão fundiária propriamente dita foi exilada nas disposições transitórias¹⁹⁴, “evidenciando o campo da cultura como o limite do reconhecimento público e político da ‘questão negra’” (ARRUTI, 2008).

De acordo com Arruti (2008), a vinculação do artigo 68 do ADCT com a questão cultural, a despeito de ancorar-se em uma noção reducionista e incompleta da proposta levada à ANC, acabou revelando-se uma interessante estratégia política para afirmação de direitos. A questão fundiária que a informa como medida reparatória parece ter sido negligenciada, ficando no texto principal apenas as proteções de natureza cultural. No entanto, quando se percebe o esvaziamento das discussões fundiárias no âmbito da ANC, percebe-se que se não fosse a vinculação da questão quilombola à dimensão cultural, talvez sequer houvesse dispositivo afirmando o direito à terra a esse grupo social¹⁹⁵.

Tratando o artigo 68 do ADCT de direito fundamental perde um pouco a importância jurídica falar em preponderância da dimensão cultural ou fundiária. Entendendo como característica de qualquer direito fundamental a sua indivisibilidade, não se protege juridicamente as comunidades remanescentes de

privados do acesso a um “modo de criar, fazer e viver”, que compunha o patrimônio cultural do país”. (SARMENTO, 2008:9)

¹⁹⁴ O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias normalmente é composto: a) por normas que excepcionam alguma regra geral da parte principal do texto constitucional; e, b) por normas cujos assuntos considerados de menor estatura, mas que sejam vistos como dignos de merecerem uma proteção constitucional. (MENDES, 2011). Por tudo que foi dito até agora nesse trabalho relativo à tradicional invisibilidade e hierarquização social do negro no Brasil, a hipótese que parece mais compatível com opção de colocar a titulação das terras quilombolas no ADCT parece seguir a segunda opção. Advertem Gilmar Mendes e Paulo Branco, contudo, que “Cumpra ter presente que, por vezes, o dispositivo do ADCT é estatuído pelo constituinte originário para excepcionar hipóteses concretas da incidência de uma norma geral, integrante do corpo principal da Constituição, ou, então, volta-se especificamente para atribuir um regime vantajoso a um grupo concreto de destinatários. Nesses Casos, pode-se reconhecer que o constituinte originário quis investir beneficiários certos em direitos determinados, de tal sorte que, se o constituinte de reforma lhes subtraísse ou diminuísse a vantagem, estaria perpetrando, senão um ataque à cláusula pétrea da segurança jurídica ou do direito adquirido, certamente que uma fraude ao constituinte originário”. (MENDES, 2011: 90).

¹⁹⁵ Conforme dispõe o autor: “Surtem, então, as expectativas de que o citado artigo constitucional – aprovado justamente por ter sido proposto à margem de qualquer debate constitucional relativo à estrutura fundiária e à reforma agrária – corrigisse o malogro do Plano Nacional de Reforma Agrária: ele aparecia como instrumento que poderia fazer o ordenamento jurídico nacional reconhecer a legitimidade das modalidades de uso comum da terra, que remetem a um direito popular anterior e/ou alternativo ao regime implantado com a lei de terras de 1850 e seus desdobramentos” (ARRUTI, 2008).

quilombos sem que todas as áreas pertinentes a sua implementação estejam contempladas. Isto é, do direito à propriedade, passando pelo direito à memória, patrimônio, proteção da identidade coletiva, aos meios materiais necessários à sobrevivência dessa forma de vida, todas as dimensões estão contidas na previsão do referido dispositivo constitucional.

No entanto, da previsão normativa à real concretização do direito alguns desafios devem ser enfrentados. O primeiro deles foi suscitado judicialmente no tocante à eficácia do artigo 68 do ADCT. Segundo redação do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, a Constituição assegura a imediata fruição do direito, não havendo necessidade de norma infraconstitucional para regulamentar o direito à titulação das referidas terras.

Quando ações judiciais foram movidas para concretizar o artigo 68 do ADCT¹⁹⁶, apesar do texto constitucional indicar com objetividade o titular do direito (remanescentes das comunidades de quilombos), o devedor (O Estado), o objeto do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), e o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e expedição dos respectivos títulos) (SARMENTO, 2008); os julgadores levantaram a necessidade de que o procedimento de titulação fosse regulamentado para garantir uma aplicação uniforme do dispositivo constitucional. No ano de 1995, foram propostos dois projetos nesse sentido, um apresentado pela Senadora Benedita da Silva (PT/RJ)¹⁹⁷ e outro pelo deputado Alcides Modesto (PT/BA)¹⁹⁸. Segundo Arruti (2008) as duas propostas foram unificadas no Projeto de Lei 3207/1997.

A despeito de ter recebido pareceres favoráveis em TODAS as comissões pelas quais passou na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o PL 3207/97 foi vetado totalmente pelo Presidente da República. Nas razões do veto, Fernando Henrique Cardoso contraria todos os compromissos públicos que já havia

¹⁹⁶ Arruti (2008) destaca que no ano de 1992, foram movidas ações para reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelas comunidades de Frechal/MA e Rio das Rãs/BA.

¹⁹⁷ O Projeto de lei do Senado 129/95 foi transformado no Projeto 3207/9 o qual foi vetado totalmente pelo Presidente da República em 2004, tendo sido mantido o veto por sessão conjunta no mesmo ano.

¹⁹⁸ Conforme tramitação disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=179930>>, consta que o referido projeto foi arquivado em razão de não ter sido deliberado durante a legislatura em que fora proposto.

assumido pela promoção da igualdade racial, tanto como intelectual, quanto os manifestados na sua atuação política.

O projeto de lei, no seu artigo 1º assegurava às comunidades remanescentes dos quilombos o direito à propriedade das terras por elas ocupadas e obrigava o Estado a emitir o respectivo título imobiliário. O parágrafo único do dispositivo discriminava como terras sobre as quais recairia o direito de propriedade: **(1)** os territórios não ocupados pelas comunidades remanescentes dos quilombos quando da entrada em vigor da Constituição de 1988, mas que são devidamente reconhecidos por seus usos, costumes e tradições; **(2)** as áreas contíguas a esses territórios, também não ocupadas em 5 de outubro de 1988, detentoras de recursos ambientais necessários à conservação dos usos, costumes e tradições daquelas comunidades; e **(3)** os sítios com reminiscências históricas dos quilombos.

Dando ao artigo 68 do ADCT a conotação de direito coletivo não apenas estaria protegida a forma de vida que caracteriza as comunidades quilombolas, como permitiria que o Ministério Público pudesse atuar na proteção de seus direitos. Em razão da precariedade das comunidades, revestia-se a proposta de verdadeiro instrumento de acesso à justiça e concretização do texto constitucional. Preferiu, ao contrário, o Presidente amparar-se em posicionamento que restringe o dispositivo constitucional a proteção de um direito individual:

Verifica-se, primeiramente, que esse dispositivo constitucional confere o direito de propriedade "aos remanescentes das comunidades dos quilombos" e não "às comunidades remanescentes dos quilombos", como estabelecido no art. 1 do autógrafo, que está, na verdade, a transferir o direito de propriedade assegurado constitucionalmente aos remanescentes para a comunidade da qual fazem parte. Vale dizer: o direito individual dos remanescentes fica transformado, por força do projeto, em direito coletivo da comunidade. Sem dúvida, ao assim preceituar, o art. 1 do projeto contraria o art. 68 do ADCT e, por isso, é inconstitucional. (Mensagem Presidencial 370, publicada no Diário Oficial de 14 de maio de 2002)

Além disso, quanto à definição do real sujeito de direito contemplado pelo artigo 68 do ADCT, corroborou a medíocre definição consolidada no decreto n 3.912, de 2001, que se refere tão somente aos moradores dos quilombos que viviam, até 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, após o citado ano até 5 de outubro de 1988.

Nas razões do veto, Fernando Henrique Cardoso sustenta ainda a inconstitucionalidade do artigo 2º do projeto que não faz outra coisa senão promover uma interpretação sistemática do texto constitucional e compatível com tratados internacionais ao considerar como comunidade remanescente de quilombos "os grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo o território nacional, identificáveis segundo categoria de autodefinição habitualmente designados por "Terras de Preto", "Comunidades Negras Rurais", "Mocambos" ou "Quilombos"".

Por fim, atesta no veto a impossibilidade de:

[...] desapropriação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos que visa a reconhecer a estes a propriedade daqueles imóveis. A autorização constitucional para a intervenção do Estado nos casos disciplinados pelo citado artigo cinge-se à emissão de títulos de propriedade. Além do mais, o próprio conceito de desapropriação impede que a União leve a efeito os atos administrativos questionados. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, 'desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização'.

Afirmando declaradamente que a titulação das terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos não configuram matéria de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, o veto total foi realizado e mantido pelas Casas do Congresso Nacional.

A trajetória de violação do texto constitucional acima descrita não ocorreu apenas com o veto ao PL 3207/97. Em novembro de 1995, o INCRA através da Portaria n.º 307/95¹⁹⁹ determinou a medição, demarcação e titulação das terras

¹⁹⁹ **PORTARIA INCRA/P/ N.º 307, DE 22 DE NOVEMBRO DE 1995: "O PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, no uso das atribuições que lhe confere os incisos II e IV do art. 20 da Estrutura Regimental da Autarquia aprovado pelo Decreto n.º 966, de 27 de outubro de 1993. CONSIDERANDO** que as comunidades remanescentes de quilombos acham-se sob a proteção do Poder Público por força do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, que determina aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras o reconhecimento da propriedade definitiva com a consequente emissão dos títulos respectivos; **CONSIDERANDO** que cabe ao INCRA a administração das terras públicas desapropriadas por interesse social, discriminadas e arrecadadas em nome da União Federal, bem como a regularização das ocupações nelas havidas na forma da lei; **CONSIDERANDO** que as ações de Reforma Agrária conduzidas pelo Estado visam a promoção plena do homem, preservando seus valores sociais e culturais, integrando-o às peculiaridades de cada região, propiciando uma relação racional e equilibrada nas suas interações com o meio ambiente, resolve:

(insertas em áreas públicas federais) ocupadas por comunidades remanescentes dos quilombos. Através da Medida Provisória 1911/99, o Presidente Fernando Henrique Cardoso instituiu o Ministério da Cultura como órgão competente para dar cumprimento do disposto no artigo 68 do ADCT. A Portaria MINC n.º 447, de 2 de dezembro de 1999, determinou a Fundação Cultural Palmares como a responsável em concretizar a titulação das terras quilombolas.

A mudança de órgãos competentes gerou alterações no encaminhamento da aplicação da norma constitucional e não enfrentou dificuldades que decorrem da estrutura de cada um deles. Por exemplo, enquanto o INCRA norteou o processo de titulação como uma reforma agrária especial, adaptando os procedimentos já existentes às especificidades do território quilombola, a FCP dedicou-se ao reconhecimento oficial das comunidades como quilombolas, sem dispor de mecanismos para indenizar as propriedades particulares onde se situam comunidades remanescentes de quilombos.

O processo de regulamentação do artigo 68 do ADCT ao invés de fornecer objetiva e adequadamente as informações necessárias a garantir a máxima efetividade do dispositivo constitucional, ao contrário, mostrou-se uma manobra mal acabada de esvaziamento da medida. A investida conservadora contra a Constituição foi coroada com a edição do decreto presidencial nº3912 de 2001.

Contrariando a finalidade de afirmação e reparação da medida, todas as análises antropológicas desenvolvidas até aquele momento, bem como as orientações internacionais para identificação e proteção de comunidades

I -Determinar que as comunidades remanescentes de quilombos, como tais caracterizadas, insertas em áreas públicas federais, arrecadadas ou obtidas por processo de desapropriação, sob a jurisdição do INCRA, tenham suas áreas medidas e demarcadas, bem como tituladas, mediante a concessão de título de reconhecimento, com cláusula "pro indiviso", na forma do que sugere o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal;
II -Facilitar a criação do Projeto Especial QUILOMBOLA, em áreas públicas federais arrecadadas ou obtidas por processo de desapropriação para atender aos casos de comunidades remanescentes de quilombos, com títulos de reconhecimento expedidos pelo INCRA;
III - Recomendar que os projetos especiais sejam estruturados de modo a não transigir em relação ao "status quo" das comunidades beneficiárias, em respeito às condições suscitadas pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e artigos 215 e 216 da Constituição Federal;
IV - Determinar à Diretoria de Assentamento que defina instruções normativas, mecanismos e meios indispensáveis à criação e implementação dos projetos especiais quilombola, de modo a assegurar a consecução dos fins por estes almejados;
V - Incumbir a Diretoria de Assentamento de adotar as providências objetivando orçamentar, provisionar e controlar os recursos destinados ao atendimento dos projetos especiais Quilombolas;
VI - Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

FRANCISCO GRAZIANO NETO, Presidente.”

tradicionais o decreto 3912/2001 restringiu a titulação às terras que eram ocupadas por quilombos em 1888 e continuaram ocupadas até cinco de outubro de 1988. Exigia-se, portanto, pelo menos cem anos de ocupação ininterrupta da terra para que a comunidade pudesse ser considerada protegida pela norma constitucional. Em parecer sobre o tema, o Procurador Geral da República Daniel Sarmento afirma:

Não parece necessário enfatizar o caráter absurdo e anti-isonômico desta exegese. Quando o maior prazo para usucapião da legislação civil é de 15 anos (art. 1.238 do Código Civil), defende-se, para, os quilombolas, um prazo de cem anos. Por esta interpretação, o artigo 68 do ADCT, editado para proteger um grupo étnico vulnerável, transforma-se num passe de mágica no veículo de uma odiosa discriminação perpetrada contra os integrantes desse grupo. (SARMENTO, 2008)

Assumidamente excludente e racista, o decreto ignora as circunstâncias de resistência que deram origem aos quilombos históricos, que certamente não poderiam contar com demarcações oficiais que lhes servissem de elemento comprobatório quanto à sua existência; as políticas públicas eugenistas que se seguiram à abolição formal da escravidão e os efeitos materiais e simbólicos para os grupos descendentes de escravos.

O texto seletivo e flagrantemente atentatório aos princípios fundamentais do texto constitucional gerou o efeito pretendido: a completa paralisia das instituições públicas em relação ao reconhecimento de propriedade de terras quilombolas.

Essa realidade só foi alterada com a edição pelo Governo Lula do decreto nº4788, de 20 de novembro de 2003, cujos termos restauram a força normativa do artigo 68 do ADCT. O primeiro avanço a ser destacado faz referência a identificação dos destinatários da norma. Em conformidade com as teses defendidas por estudos antropológicos, em consonância com a Convenção 169 da OIT e com a teoria do reconhecimento, dispõe o artigo 2º do decreto:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

A competência para regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras passa ser do INCRA (artigo 3º), com acompanhamento da SEPPIR, da Fundação Cultural Palmares e dos quilombolas em todas as fases do procedimento administrativo (artigos 4, 5 e 6).

A titulação pode compreender terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas, lagos, unidades de conservação constituídas, áreas de segurança nacional, faixa de fronteira, terras indígenas, propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, envolvendo necessariamente os órgãos públicos responsáveis pela proteção de todos os interesses envolvidos, de maneira a que o direito compreendido no artigo 68 do ACDT não implique na eliminação de outros direitos constitucionalmente tutelados (artigos 11, 12 e 13). Se o território ocupado por comunidades remanescentes de quilombos incidir sobre domínio particular, o artigo 13 admite a desapropriação da área, através de indenização a ser paga pelo Estado.

O artigo 17 restaura o caráter coletivo do direito tutelado pelo constituinte. Do seu texto depreende-se que a titulação outorga título coletivo e pró-indiviso às comunidades, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

A partir da promulgação do decreto 4788/2003, algumas Instruções Normativas foram editadas pelo INCRA para regulamentar o processo de titulação, estando em vigor atualmente a IN nº 57 de 20 de outubro de 2009. Até essa medida foram editadas a IN INCRA nº 16/2004; a IN INCRA nº 20/2005, a Portaria Fundação Cultural Palmares nº98/2007, a IN INCRA nº 49/2008, a IN INCRA nº56/2009, editada 13 dias antes da Instrução em vigor. A mais polêmica de todas foi a IN INCRA nº 49/2008²⁰⁰, a IN INCRA nº 56/2009 removeu

²⁰⁰ De acordo com Ana Carolina Chasin (2009), entre os pontos mais problemáticos da IN INCRA nº 49/2008, constam: a violação ao critério da autoidentificação – resultado do condicionamento do início do processo de titulação à emissão da Certidão de Registro no “Cadastro Geral de

diversos dos entraves trazidos pela anterior, mas foi rapidamente derrubada pela IN INCRA nº 57 de 20 de outubro de 2009/201.

Remanescentes de Comunidades de Quilombos” da FCP, e as diversas exigências impostas à elaboração dos relatórios de identificação das terras de quilombos. Em razão da sua inadequação à realidade dos quilombolas e estrutura de órgãos governamentais relacionados ao processo de titulação, nos onze meses de vigência da Instrução normativa nenhuma terra ocupada por remanescente de quilombos foi regularizada.

²⁰¹ Atualmente, o processo de titulação é bastante complexo e consiste resumidamente em sete etapas. O processo de titulação pode ser aberto por solicitação de qualquer interessado, de entidades ou de associações representativas de quilombolas ou pelo próprio INCRA.

1ª ETAPA: Para iniciá-lo é necessário apresentar Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos da Fundação Cultural Palmares (FCP). A emissão da certidão da FCP obedece aos procedimentos definidos na Portaria Nº 98 de 2007, não havendo prazo definido para sua emissão.

2ª ETAPA: Após a abertura do processo, o INCRA deve notificar os órgãos públicos identificados no artigo 12 da IN INCRA 57/2009 para apresentarem informações que contribuam com os estudos de identificação do território e acompanhar possíveis questões suscitadas pelo processo de titulação em razão da matéria de sua competência. Nessa fase, o INCRA deverá elaborar também o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) que tem por objetivo identificar os limites do território quilombola e a situação fundiária das terras ocupadas. A produção do RTID é de responsabilidade das Superintendências Regionais do INCRA e a comunidade tem direito de participar do processo de elaboração do estudo. O RTID é composto pelos seguintes documentos: a) relatório antropológico; b) levantamento fundiário; c) planta e memorial descritivo; d) cadastramento das famílias quilombolas; e) levantamento da eventual sobreposição a unidades de conservação, a áreas de segurança nacional, faixa de fronteira, terras indígenas, terrenos de marinha, terras públicas federais e em terras dos estados e municípios; f) parecer conclusivo da área técnica e jurídica sobre a proposta de área a ser titulada.

3ª ETAPA: Depois de concluído, o RTID será submetido à análise do Comitê de Decisão Regional do INCRA. Se aprovado, o relatório é encaminhado para publicidade. Se reprovado, podem ser exigidas revisões ou complementações. Após as alterações, o RTID será novamente analisado pelo Comitê.

Se o território quilombola incidir sobre áreas administradas por algum órgão previsto no artigo 12, eles tem prazo de 30 dias para se manifestarem, implicando o silêncio em concordância com o procedimento.

Se algum órgão se manifestar, o INCRA tem um prazo de 30 dias para tomar as medidas cabíveis.

Se o INCRA e esses outros órgãos não chegarem a um acordo sobre as medidas que devem ser tomadas no caso, a decisão sobre a continuidade do processo sairá da esfera do INCRA. Caso haja discordância no mérito da titulação o processo será encaminhado para a Casa Civil que coordenará os procedimentos para a busca de uma solução para o caso. Havendo discordância quanto à legalidade e validade jurídica da titulação, o processo será encaminhado para a Advocacia Geral da União que coordenará os procedimentos para a busca de uma solução para o caso.

4ª ETAPA: O processo de identificação do território, encerra-se com a publicação de portaria do Presidente do Incra reconhecendo e declarando os limites da terra quilombola. Depois de receber o processo, o Presidente do INCRA tem um prazo de 30 dias para publicar a portaria, no Diário Oficial da União e da unidade federativa onde se localiza a área.

5ª ETAPA: Como os territórios quilombolas podem incidir em terras com diversas situações jurídicas, tais como: terras públicas federais, terras particulares, terrenos de marinha, unidades de conservação, área de segurança nacional, faixa de fronteira, terras públicas estaduais, terras ocupadas por posseiros, os procedimentos adotados para emissão do título devem obedecer às exigências legais para cada modalidade.

6ª ETAPA: Resolvidas as questões legais relacionadas à terra ocupada por comunidades quilombolas, passa-se à fase de identificação e demarcação física dos limites do território quilombola.

7ª ETAPA: O título definitivo é outorgado pelo INCRA em nome da associação que representa a comunidade ou as comunidades que ocupam aquela área. O processo de regularização fundiária só se encerra com o registro do título no Serviço Registral da Comarca de localização do território.

Foram certificadas pela Fundação Cultural Palmares 1.826 (mil oitocentas e vinte e seis) comunidades quilombolas espalhadas pelo território nacional²⁰², das quais segundo dados da Comissão Pró-Índio de São Paulo só foram tituladas 110203. Em 2009 a Comissão Pró-Índio de São Paulo disponibilizou o documento Terras Quilombolas – Balanço 2009²⁰⁴ que apontava 101 territórios quilombolas regularizados, sendo 23 pelo governo federal, 74 por governos estaduais e outras quatro terras regularizadas por meio de títulos concedidos pelo governo federal e governos estaduais. A Comissão Pró-Índio de São Paulo aponta os principais entraves para concretização do artigo 68 do ADCT²⁰⁵.

Em razão do baixíssimo número de terras tituladas, em novembro de 2009, o Ministério Público Federal decidiu instaurar inquérito civil público para apurar junto ao INCRA sua capacidade para atingir a meta fixada na Agenda Social do Plano Plurianual de 2007/2011, a partir de dados sobre a estrutura administrativa relacionada à regularização fundiária de terras quilombolas. Requer à Advocacia Geral da União (AGU) e à Casa Civil da Presidência da República informações sobre processos que se encontram sob sua análise, tempo de tramitação e razões para sua permanência.

As primeiras informações prestadas ao MPF levaram os procuradores a concluir²⁰⁶ no que se refere ao INCRA que o número de servidores envolvidos com a regularização fundiária dos territórios quilombolas (85 servidores) é insuficiente para atingir a meta estabelecida pela Agenda Social do Plano Plurianual 2007/2011 de 710 Relatórios Técnicos de Identificação e Delimitação no período. Revelam-se preocupados também com a execução orçamentária dos recursos destinados às titulações²⁰⁷. Diante da constatação de que o “quadro

²⁰² Dados disponíveis em < http://www.palmares.gov.br/?page_id=88>, acesso em 18 de maio de 2012.

²⁰³ Conferir dados em < <http://www.cpisp.org.br/email/balanco11/img/Balan%C3%A7oTerrasQuilombolas2011.pdf>>, acesso em 18 de maio de 2012.

²⁰⁴ Disponível em < <http://www.cpisp.org.br/upload/editor/file/TerrasQuilombolasBalanco2009.pdf>>, acesso em 05 de maio de 2012.

²⁰⁵ Disponível em < http://www.cpisp.org.br/terras/html/por_que_as_titulacoes_nao_acontecem.aspx?PageID=21>, acesso em 03 de maio de 2012.

²⁰⁶ Informações disponíveis em < <http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/310/2/>>, acesso em 03 de maio de 2012.

²⁰⁷ De acordo com o documento (Idem), entre 2004 e 2008, exceto em 2006, o percentual de execução orçamentária referente ao pagamento de indenização aos ocupantes de terras

geral relativo às políticas públicas voltadas ao atendimento da população quilombola, em especial da sua garantia do direito à terra, é alarmante, e denota grave e sistemática violação a direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e em tratados internacionais de que o Brasil é parte”, objetiva o MPF garantir através dos meios disponíveis, como por exemplo ações civis públicas, o direito das comunidades quilombolas tal como previsto no artigo 68 do ADCT.

Em importante trabalho sobre a judicialização da disputa pelos territórios quilombolas, Ana Carolina Chasin (2010) levantou 224 ações judiciais envolvendo a aplicação do dispositivo constitucional. Uma delas é a ADI 3239 impetrada pelo DEM para questionar a constitucionalidade do decreto 4883/2007, contrária ao direito das comunidades remanescentes de quilombos e outra, a ADI 4269/2009 movida pelo Procurador Geral da República contra a lei 11.952/2009 que permite a regularização em favor de terceiros de terras situadas na Amazônia Legal e ocupadas por comunidades quilombolas; esta última, portanto, favorável à correta aplicação do texto constitucional.

Das 224 ações, 57 foram arquivadas, 16 suspensas e 151 em andamento. Dessas, 88 foram propostas contra os quilombolas, 60 a favor e 3 tratavam apenas da identificação e separação de terras públicas e particulares. De acordo com a autora:

Mais da metade das ações possessórias contrárias aos quilombolas levantadas obtiveram decisões liminares favoráveis ao particular. Já nas ações que visam suspender os procedimentos de titulação, ao contrário, a maior parte das decisões é favorável ao INCRA (e, conseqüentemente, aos próprios quilombolas). Apesar dos resultados contrários, em ambos os casos os julgamentos vem embasados em argumentos de teor formalista. (...) No que se refere às ações classificadas pela pesquisa como favoráveis aos direitos dos quilombolas, a maioria apresenta objetivos, provas e fundamentações específicas, justamente mostrando a peculiaridade do grupo social envolvido na disputa. (...) Assumem um caráter coletivo, não raro sendo propostas em nome da associação que representa a comunidade ou pelo MPF em benefício da própria ‘comunidade como um todo’. Embora alguns resultados sejam decisivos para a garantia desses direitos, ainda são pouco expressivos e quantitativamente não se destacam em comparação aos resultados contrários. (CHASIN, 2010:22)

remanescentes de quilombos demarcadas e tituladas foi de 0%. Em 2009, até novembro (data da portaria que instaurou o inquérito), o percentual executado do orçamento destinado ao mesmo fim foi pouco mais de 6,5%. Naquele mesmo mês, apenas 21,27% do dinheiro destinado pela Lei Orçamentária Anual de 2009 ao reconhecimento, demarcação e titulação de terras quilombolas havia sido gasto.

De acordo com parecer da Associação Brasileira de Antropologia (2012) a vigência do decreto 4887/2003 representou significativo ganho para historiografia nacional, na medida em que eventos narrados nos processos que levaram à certificação das comunidades e elaboração dos Relatórios Técnicos de Identificação e Titulação das terras quilombolas trouxeram à tona a história brasileira à luz de comunidades invisibilizadas pela historiografia oficial, cuja trajetória de resistência à discriminação e de manutenção do território, memória, saberes e tradições remontam cinco ou mais gerações.

Conforme afirmado anteriormente o artigo 68 do ADCT tem o potencial de garantir às comunidades remanescentes de quilombos autorrespeito e autoestima. Ao permitir que essa história não continue esquecida e possa vir a densificar as interpretações sobre o Brasil, muda-se o papel representado pelos quilombolas no ideário nacional. A invisibilidade a que foram renegados esses grupos levou não apenas a uma interpretação essencializada e homogênea de sua existência, normalmente relacionada à noção de quilombo histórico de que se falava acima, como cristalizou na maior parte da sociedade brasileira a ideia de que esses grupos não mais existem na atualidade. A não valorização dessas comunidades passa então pela não percepção social de sua existência, o que gera em consequência a ignorância quanto às contribuições culturais, políticas, econômicas e valorização social que podem adquirir para a formação do ideário nacional.

Em relação ao autorrespeito, para que possamos identificar o dispositivo constitucional como política de reconhecimento é necessário que se configurem duas condições. A primeira faz referência à possibilidades dos sujeitos serem reconhecidos como atores na formação do acordo racional. Nesse ponto, as discussões ocorridas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte são suficientes para demonstrar que o seu papel de ator político foi considerado e suas demandas consagradas na lei maior do Estado. No entanto, não basta que suas demandas sejam declaradas normativamente, o autorrespeito pressupõe necessariamente a real fruição dos direitos demandados, negociados e disputados. Nesse sentido, passados vinte e quatro anos de promulgação da Constituição, todos óbices levantados para a titulação das terras quilombolas e pífio número de

regularizações oficializadas representam o principal entrave para o exercício da cidadania desses grupos.

A Associação Brasileira de Antropologia afirma em seu parecer (2012) que “O respeito à legislação brasileira e a confiança na eficácia de suas leis, tem garantido uma linha de reivindicação pacífica por parte das comunidades quilombolas no Brasil”. Os estudos desenvolvidos em virtude do processo de certificação e titulação das terras quilombolas, além de outros desenvolvidos de maneira independente demonstram que “Não é comum às comunidades a prática de ocupações ou a utilização de outras estratégias que envolvam pressão violenta” (APA, 2012). Não atribuir força normativa ao artigo 68 do ADCT além de golpear a consolidação da democracia no Brasil, afeta diretamente a conformação sadia da personalidade de estimadamente dois milhões de nacionais e pode gerar ainda um estímulo à violência como mecanismo de afirmação de direitos, de cidadania e da própria condição humana.

4.2 **Ações afirmativas**

Fruto da luta do movimento negro pelos direitos civis e políticos, nos Estados Unidos, na década de 60, as ações afirmativas configuram, de acordo com a Teoria Crítica da Raça, um poderoso mecanismo no combate à discriminação racial, na medida em que procura diminuir as desigualdades na sociedade, podendo estabelecer uma ligação com outros eixos de classificação social, incluindo gênero, orientação sexual e classes sociais, ampliando assim o leque de proteção do direito das minorias, em suas especificidades.

Segundo Joaquim Barbosa, tais medidas:

Consistem em políticas públicas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de

observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. (GOMES, 2001:6-7)

De acordo com levantamento feito por Carlos Alberto Medeiros (2005:123), a ideia de dispensar um tratamento positivamente diferenciado a determinados grupos em função da discriminação de que são vítimas já é uma realidade no Brasil há algum tempo. O autor cita como exemplos dessas medidas: a Lei dos Dois Terços, da década de 1930, que garantia participação majoritária de trabalhadores brasileiros nas empresas em funcionamento no território nacional, em razão da discriminação que trabalhadores nativos estavam enfrentando em relação aos imigrantes europeus; normas que garantem cotas de cinco por cento nas empresas com mais de mil empregados e de até 20% nos concursos públicos para garantir o emprego a portadores de deficiência (lei 8112/90); outras que fixam percentuais entre 30% e 70% para garantir a participação de mulheres nas listas de candidatos dos partidos políticos (lei 9504/97); normas que instituem tratamento diferenciado para crianças, adolescentes, idosos, micro e pequenos empresários, entre outros.

Apesar da experiência de adoção de políticas afirmativas em território nacional há pelo menos sete décadas, percebe-se que a aceitação pública da medida depende do tipo de critério usado para determinar o grupo social por ela alcançado. Em Estados Democráticos de Direito, o tratamento desigual entre grupos sociais está admitido sempre que se consiga comprovar a necessidade de sua utilização como mecanismo de garantia das condições materiais e simbólicas para o exercício da dignidade. Como modelo de Estado comprometido com ideais republicanos a adoção de privilégios injustificáveis configura-se como absolutamente incompatível com este desenho institucional. Em relação às mulheres, pessoas portadoras de deficiência, origem nacional, idade e classe social a sociedade brasileira reconhece sem muita polêmica a vulnerabilidade dos grupos e por consequência tendem a justificar moralmente a adoção das medidas afirmativas a eles relacionadas.

Em um contexto onde os “lugares de poder são hegemonicamente brancos, e a reprodução institucional desses privilégios é quase que automática” (BENTO, 2005:166) há uma maior mobilização no sentido de questionar a necessidade,

viabilidade ou mesmo constitucionalidade das políticas que se utilizam de critérios étnico-raciais para garantir condições de dignidade aos não brancos.

Todas as discussões levantadas sobre as relações raciais no primeiro capítulo pretenderam estabelecer as premissas sobre as quais se construiu(ói) o olhar sobre o negro nessa sociedade, além de servir como referencial para enfrentamento de questões que decorrem da tentativa de alterar o desenho sócio-racial erigido a partir desse mesmo imaginário.

O racismo atinge o ser humano internamente, quando forja e perpetua visões depreciativas e viciadas acerca da própria personalidade e, externamente, quando define os limites e condições em que se darão as trocas intersubjetivas entre os seres humanos. Ao hierarquizar pessoas e definir lugares socialmente determinados a partir de fenótipos e da aparência, impacta diretamente na construção da autonomia dos sujeitos.

Entendendo o processo de individualização pela integração e generalização das expectativas que as pessoas que se tem como interlocutores fazem do sujeito, as ações autônomas decorreriam, por consequência, das interpretações e relações que são estabelecidas entre essas diversas expectativas. Nessa perspectiva, o indivíduo constitui sua personalidade de maneira sadia quando as expectativas de comportamento no ambiente social, generalizadas normativamente, lhe conferem respeito.

Políticas públicas de corte racial que pretendem coibir atos discriminatórios (preventiva e repressivamente); de construção da memória e valorização das culturas, saberes e formas de vida experimentadas; que ampliam o acesso ao mercado de trabalho, à instituições públicas e privadas de ensino e pesquisa, aos partidos políticos e outros espaços de interlocução e representatividade são medidas que pretendem alterar a condição histórica de desrespeito, invisibilidade e subcidadania dos negros e orientam-se à promoção do reconhecimento desse grupo social.

O enfrentamento ao racismo passa necessariamente pela incorporação da dimensão racial à análise da sociedade e desse mesmo critério no processo de construção de outra estrutura social, comprometida desta vez com a equidade

entre seres humanos. Defende-se constitucional e racionalmente a adoção do critério étnico-racial para referidas políticas na medida em que:

1) quase metade da população brasileira (pretos e pardos) sofre de mecanismos sociais de exclusão que não são remediados pela igualdade formal do direito; 2) há comprovação de desigualdade pronunciada entre brancos e não-brancos em nossa sociedade, expressa em diferenciais de renda, educação e ocupação; 3) essa desigualdade tem resistido à passagem do tempo e ao processo de modernização do sistema produtivo e das instituições políticas e sociais do país; 4) os cargos e posições de maior prestígio em nossa sociedade são quase exclusivamente ocupados por pessoas brancas; (FERES JR, 2004:300)

De acordo com o marco teórico desenvolvido ao longo do trabalho, as ações afirmativas são consideradas políticas de reconhecimento dos negros no Brasil na medida em que configuram políticas públicas de distribuição de condições materiais e construção de condições simbólicas de integração e valorização desse segmento na estrutura social brasileira e podem ser concebidas de formas diferentes dependendo da atuação que pretendem.

Podem ser classificadas como: a) Políticas Repressivas: aquelas que buscam criminalizar atos racistas e punir seus acusados; b) Políticas de Valorização: as que ampliam a noção de reconhecimento, através do reforço da identidade e da construção de subjetividades; c) Políticas de combate à desigualdade: procuram desenvolver medidas que proporcionam igualdade racial em determinados setores; d) Políticas de Combate ao Racismo Institucional: as que fortalecem programas de treinamento e educação sobre discriminação racial para juízes, advogados, policiais e outros agentes da lei; e, e) Políticas de Ampliação de Espaços de Interlocação e Representatividade Política: as que incentivam associações, instituições e movimentos populares de combate ao racismo.

Mais do que uma fórmula abstrata de distribuição igualitária de posições, as políticas afirmativas obrigam a sociedade a observar os lugares sociais em que as pessoas foram colocadas pela história, inclusive pela história de sua opressão, e por suas vontades e estratégias de sobrevivência (LIMA, 2009). Rompem com a lógica de silenciar e invisibilizar conflitos sociais e permitem que a sociedade discuta e dispute um modelo alternativo de organização. Descortinam e desmistificam padrões de dominação, opressão e violência naturalizados e

permitem que não apenas as mesmas vozes, mas outras vozes também se manifestem sobre os efeitos gerados por esses padrões.

O embate público sobre ações afirmativas fomenta não apenas o maior conhecimento acerca dos não brancos como dos brancos também²⁰⁸. Os primeiros passam a ter sua voz, experiência e demandas colocadas na esfera pública em condições mais equitativas ao passo que o branco, pelo confronto com as denúncias produzidas, tem a oportunidade de ver-se como sujeito favorecido por um sistema de privilégios aos quais nem sempre deu causa e de tomar posição em relação a esse lugar a partir das escolhas de vida que assumiu.

Muito se comemora o fato de que o direito no Brasil não serviu como mecanismo de segregação entre brancos e não brancos. O segundo capítulo iniciou demonstrando uma série de normas jurídicas brasileiras de caráter essencialmente seletivo, cujo critério racial foi nitidamente utilizado para definir normativamente os grupos sociais a serem excluídos. Toda norma jurídica ao regulamentar uma conduta social, precisa definir contingentemente aquelas que serão classificadas como lícitas e as que se pretende rechaçar, dando a conotação de ilicitude. Esse processo de escolha não é feito naturalmente e por mais que se pretenda universalizá-lo, sempre deixará à margem padrões de vida, sujeitos e identidades.

Sob o manto da neutralidade e da *color-blindness* a suposta indiferença face à identidade racial dos indivíduos produziu a naturalização da subcidadania e a pernóstica utilização de características étnico-raciais como mecanismo de exclusão. Romper com essa realidade pressupõe compartilhar uma *color-consciousness* orientada à promoção da igualdade, cidadania e respeito dos estratos tradicionalmente não reconhecidos. Nesse sentido, esse trabalho não compartilha da máxima de que não houve segregação legal no Brasil contra não brancos, apenas os mecanismos normativos de segregação operaram segundo uma lógica distinta daquela evidenciada nos regimes internacionalmente reconhecidos de *apartheid* como os vivenciados, por exemplo, nos Estados Unidos e na África do Sul.

²⁰⁸ Conforme análise de Maria Aparecida Bento: “o embate relativo às cotas para negros nos oferece, como efeito colateral, a possibilidade de melhor conhecer o branco”. (BENTO, 2005:167)

A eficiência da crença na universalidade e neutralidade do direito iluminista, aliada no contexto pátrio com o compartilhamento do mito da democracia racial fez com que discussões envolvendo a utilização do direito para enfrentamento das flagrantes desigualdades raciais passassem ao largo da dogmática jurídica. Soma-se a esses fatores o esvaziamento das discussões acerca da justiça (e outras questões de caráter substantivo) que dominou o modo de pensar e realizar o direito ao longo do século XIX e primeira metade do século XX por força do positivismo formalista, bem como o elitismo característico dessa área do conhecimento, formada basicamente por pessoas oriundas das classes dominantes e comprometidas com a manutenção do *status quo*.

Até que fosse adotada a política de cotas para o ingresso em algumas universidades públicas brasileiras, o debate jurídico-doutrinário sobre as ações afirmativas limitava-se a poucos autores²⁰⁹ e a avaliações do modelo estadunidense e sua viabilidade na realidade pátria. Com a adoção das cotas nas universidades públicas, a discussão jurídica acerca das ações afirmativas foi popularizada, mas ficou condicionada a modalidade específica da política de cotas²¹⁰.

Enquanto guardião da Constituição coube ao Supremo Tribunal Federal decidir de maneira definitiva, com efeitos *erga omnes* e vinculantes²¹¹ a favor da constitucionalidade da política de cotas adotada no âmbito de universidades

²⁰⁹ Exerçeram importante papel nesse momento juristas como Hedio Silva Jr, Joaquim Barbosa Gomes, Carlos Alberto de Medeiros e Sergio Abreu.

²¹⁰ De acordo com Ângela Paiva (2006) três fatores foram fundamentais para a adoção das Ações Afirmativas: o primeiro deles refere-se ao reconhecimento oficial do Estado brasileiro da existência do racismo. Este se deu não apenas através da manifestação expressa do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em Seminário sobre o tema em 1996 em Brasília, como também pelos estudos feitos na década de noventa por órgãos governamentais, notadamente o IPEA, que demonstraram a continuidade e a cor da desigualdade social brasileira. O segundo fator de grande importância foi todo o processo de preparação, participação e desdobramentos da Conferência Mundial contra o Racismo, realizada em Durban em 2001, marcando o compromisso do Estado brasileiro perante a comunidade internacional com a adoção de ações públicas de reparação da desigualdade de acesso à educação e ao trabalho. Por fim, merece destaque a criação dos Pré-Vestibulares Comunitários que já na década de noventa passaram a preparar para o processo seletivo de entrada nas Universidades Outro contingente de candidatos.

²¹¹ Os efeitos *erga omnes* determinam que a decisão tem eficácia contra todos, isto é, suas implicações extrapolam as partes envolvidas no caso concreto e incidem sobre todos os que estão sob a jurisdição do Estado brasileiro. O efeito vinculante de uma decisão judicial implica em determinar que o teor daquela decisão deve ser observado obrigatoriamente não apenas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, como também por todos os órgãos da administração pública direta e indireta em todas as esferas federativas.

federais. Por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²¹² (ADPF) n.186, o partido político Democratas (DEM) questionou a violação de preceito fundamental da Constituição supostamente praticada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília por ter aprovado sistema de cotas para processo seletivo de ingresso naquela instituição pública de ensino superior.

Na audiência pública²¹³ convocada em virtude da ADPF 186 e do Recurso Extraordinário 597.285 (contra a Universidade Federal do Rio Grande do Sul pela adoção de política semelhante) foram expostos perante a Corte Suprema os principais argumentos que envolvem o tema. Entre eles destaca-se: 1) o alcance do princípio da igualdade; 2) uso do critério racial para definir o grupo-alvo da política afirmativa; 3) a miscigenação como marca da sociedade brasileira; 4) o mito da democracia racial; 5) a noção de meritocracia nas sociedades contemporâneas; 6) diversidade e multiculturalismo; e, 7) violações históricas de direitos e reparação.

A disputa em torno do alcance do princípio da igualdade envolve não apenas a transformação em norma do texto geral e abstrato previsto no artigo 5º,

²¹² A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação constitucional prevista no artigo 102 § 1º da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9882/99. Sendo uma ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, busca-se através dela questionar abstratamente qualquer ato do Poder Público (federal, estadual, municipal e inclusive órgãos da administração indireta) que lesione ou ameace preceito fundamental. Embora haja muita discussão sobre o que constitui a ideia de ‘preceito fundamental’, podem ser considerados como tais os princípios fundamentais (art. 1º ao art. 4º da CF); os direitos fundamentais (por exemplo, aqueles contidos entre os artigos 5 e 17 da CF); os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os princípios da administração pública, (art. 37 da CF); e, as cláusulas pétreas (art. 60, §4 da CF). As decisões do STF em sede de ADPF tem eficácia contra todos e efeito vinculante.

²¹³ A lista de autoridades com competência para impetrar ações constitucionais de índole abstrata como a ADPF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade está prevista no artigo 103 da Constituição e limita-se a admitir a atuação: do Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em tese, seriam essas as autoridades e instituições com competência para influenciar o processo de interpretação abstrata da constituição. Com o intuito de democratizar o processo de atribuição de sentido ao texto constitucional, as leis que regulamentam a tramitação das referidas ações trazem, entre outras, a figura das audiências públicas. Através dessas audiências, membros da sociedade civil e representantes de instituições públicas e privadas tem a possibilidade de expor no espaço público as suas perspectivas e convicções acerca do tema a ser decidido pelo Tribunal. Tal como acontece no Poder Legislativo no curso do processo de elaboração das normas, a mais alta corte do Poder Judiciário nacional abre suas portas para que os destinatários da norma constitucional (os próprios titulares do Poder Constituinte) possam influenciar diretamente no processo de atribuição de sentido e significado ao texto positivado.

caput, da Constituição, mas sobretudo a postura do Estado frente aos sujeitos.²¹⁴ Conforme desenvolvido no item 2.3, a garantia do reconhecimento do Outro dentro do contexto das democracias contemporâneas exige do Estado, de um lado, a adoção de uma postura neutra e universalista²¹⁵, de outro, obriga o ente público a valorizar as diferenças para combater as desigualdades.²¹⁶

²¹⁴ Nesse sentido destacou a Vice Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, “A política de cotas pretende romper com uma lógica de sociedade homogênea, cega às diferenças, expressão da imposição de um padrão de Sujeito pelas elites dominantes e exclusão, dominação e invisibilidade dos diferentes”. Todos os trechos destacados da Audiência Pública podem ser conferidos nas Notas Taquigráficas disponibilizadas no sítio do Supremo Tribunal Federal, através do endereço <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf>, acesso em 06 de maio de 2011.

²¹⁵ A defesa desta postura de Estado foi feita pela Professora do Departamento de antropologia e da Faculdade de filosofia, ciência e letras humanas da USP, Eunice Ribeiro Durham, que destacou: “Numa sociedade complexa, diferenciada e competitiva, o combate a todas as formas de discriminação e de racismo consiste primordialmente em exigir a aplicação de critérios universalistas todas as vezes em que for necessário estabelecer uma seleção para qualquer emprego, cargo, função ou posição social e em exigir o respeito a padrões universais de respeito à dignidade das pessoas”.

Além dela, manifestou-se no mesmo sentido o Professor George de Cerqueira Leite Zarur (Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais: “Do ponto de vista da definição de Darcy Ribeiro e da melhor tradição em antropologia, não se pode distinguir as pessoas pela aparência ou pela raça. Do que se deduz que não se aplica, neste caso, a regra de se tratar desigualmente os desiguais, pois seres humanos pretos, brancos ou quaisquer outros não são desiguais. O “tratar desigualmente os desiguais”, legítimo quando se aplica a mulheres ou deficientes físicos, se usado para justificar políticas raciais cai na vala comum do modismo do “juridicamente correto”, a versão forense do “politicamente correto” - superficial. A expressão “discriminação positiva” representa uma contradição em termos. É o mesmo que falar em “crueldade positiva” ou em “tortura positiva”. Toda discriminação é negativa.”

²¹⁶ Defenderam essa posição: Déborah Duprat, Vice Procuradora Geral da República: “Constituição de 1988 ‘recupera o espaço ontológico das diferenças’ ao valorizar todos os grupos culturais formadores da sociedade brasileira e estipular cotas especificamente para mulheres no mercado de trabalho, e para pessoas portadoras de deficiência nos cargos públicos. Porque as cotas - antes de atentar contra o princípio da igualdade - realizam a igualdade material; por outro lado, elas são a porta de entrada para que estas instituições assumam o caráter plural”;

O Professor Leonardo Avritzer (UFMG): “Nos últimos 50 anos (...) foi se introduzindo processos de ação afirmativa. E o mais interessante é que esses processos de ação afirmativa, eles não foram introduzidos a partir de critérios que negavam a ideia de igualdade. Pelo contrário. A ação afirmativa, ela é introduzida no sentido de aprimorar a ideia de igualdade civil. (...) Ela está fundada naquilo que John Rawls - provavelmente, na minha opinião, principal teórico do Direito da segunda metade do século XX, ou talvez do século inteiro -, ele denominou do princípio da diferença. (...) A diferença na tradição liberal é justificável, se ela ocorre na expectativa de beneficiar aqueles que estão em situação desfavorável. Ou seja, a igualdade civil liberal, ela não faz tábula rasa das condições que antecederam a sua própria vigência. Pelo contrário. A igualdade civil é um esforço que exige a produção ativa pelo Estado dessa própria igualdade. E nenhuma instituição é mais relevante nesse processo que as instituições de ensino superior, que as instituições universitárias. Senhores Ministros, a universidade só é capaz de cumprir sua missão de produzir conhecimento se há diversidade de atores e de saberes no seu interior.”;

e a Dra. Sueli Carneiro: “Dentre vários autores, Norberto Bobbio, por exemplo, nos mostra sob que condições é possível assegurar a efetivação dos valores republicanos e democráticos. Para ele impõe-se a noção de igualdade substantiva, um princípio igualitário porque elimina uma discriminação precedente: ‘na afirmação e no reconhecimento dos direitos políticos, não se podem deixar de levar em conta determinadas diferenças, que justificam um tratamento não igual. Do mesmo modo, e com maior evidência, isso ocorre no campo dos direitos sociais’.”

A política universalista, pautada na igual dignidade dos cidadãos, resultou em uma política cujo conteúdo está ancorado na crença na igualdade de direitos e merecimentos. A neutralidade em relação às perspectivas culturais e demais metas coletivas alimenta um modelo de aplicação uniforme das regras que definem os direitos fundamentais, desconsiderando metas coletivas.

A política da diferença, por sua vez, redefine a não discriminação exigindo que as particularidades constituam a base de um tratamento diferencial. Conforme explicitado por Taylor: “uma sociedade supostamente justa e cega às diferenças não só é inumana – na medida em que suprime as identidades – senão também, de maneira sutil e consciente, resulta discriminatória” (2001:67).

A Dra. Denise Carreira, relatora nacional para o direito humano à educação, defendeu na audiência a necessidade da adoção das políticas afirmativas em conjunto com políticas sociais de caráter universalista para enfrentar as desigualdades raciais que marcam historicamente a educação brasileira²¹⁷. Nas suas palavras:

É importante ressaltar que não se trata de esperar a melhoria da qualidade da escola pública para se alcançar a maior democratização do acesso ao ensino superior para populações negras, indígenas e pobres, entre outras. É necessário conjugar no tempo estratégias, ações e políticas que agilizem o processo histórico rumo a uma maior igualdade na educação brasileira e a superação de um modelo educacional ainda predominantemente eurocêntrico. É também fundamental reconhecer que nenhuma política universal é igualmente para todos ou neutra quando falamos em desigualdades, argumento utilizado para questionar as ações afirmativas. Toda política universal, de uma forma ou de outra, contribui para a manutenção, o acirramento, ou a transformação das desigualdades entre grupos humanos, e muitas geram até verdadeiras violências institucionais justificadas por princípios ditos universais.

Nessa perspectiva a igualdade é afirmada nas suas concepções formal e material. A primeira exige o tratamento igualitário dos sujeitos por parte do Estado em todos os momentos em que se estiver diante de atores sociais com relações equitativas de poder; cabendo a segunda, atuar na promoção de relações equilibradas de poder através de políticas públicas destinadas a grupos em situação de vulnerabilidade política, social, cultural e econômica. Conjuga-se

²¹⁷ Na mesma linha de argumentação, Flávia Piovesan, Professora da PUC-SP e PUC-PR e representante na audiência pública da Fundação Cultural Palmares, afirmou: “O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, com base na igualdade formal. Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo dessa forma. É necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e especificidade”.

nesses termos “uma igualdade que reconheça as diferenças e uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades”²¹⁸.

O texto constitucional brasileiro é indiscutivelmente comprometido com a redução de todas as formas de desigualdade e enfrentamento de qualquer manifestação de preconceito ou discriminação. Houve uma opção muito evidente do Constituinte originário por diagnosticar seus principais desafios sociais e oferecer bases normativas capazes de justificar intervenções estatais para sua superação. Além de enunciados de conotação universal, outros criam obrigações pela proteção específica de grupos vulneráveis. A falaciosa tentativa de aproximar qualquer tratamento diferenciado de uma forma não republicana de ação estatal é frontalmente incompatível inclusive com a leitura estritamente exegética do texto constitucional²¹⁹. Nesse sentido, o Ministro Cesar Peluso²²⁰ afastou expressamente o argumento no sentido de que as cotas seriam discriminatórias, visto que ignorariam as próprias discriminações, formuladas pela Constituição, na tutela de grupos atingidos por alguma espécie de vulnerabilidade sócio-política.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de maneira unânime, se propuseram a demonstrar o compromisso do texto vigente com a concepção de igualdade material, garantindo assim o mesmo tratamento para sujeitos em situação de igualdade e tratamento diferenciado para indivíduos em situação de desigualdade como condição necessária para promoção da isonomia. A comprovada vulnerabilidade de determinado grupo social, autorizaria

²¹⁸ Conforme manifestação de Luis Inácio Lucena Adams, Advogado Geral da União.

²¹⁹ Além de juridicamente inconsistente, alerta João Feres na audiência pública “é crucial reconhecermos no plano moral e legal a distinção entre discriminação negativa, aquela que tem por fim o malefício daqueles que são discriminados, e a discriminação positiva, aquela que tem por objetivo promover aqueles que se encontram em situação de marginalização social. Não é concebível que nos aferremos a um sistema moral incapaz de distinguir, por exemplo, a ação de confinar um grupo de pessoas em campos de concentração e exterminá-las coletivamente em câmaras de gás, da ação de dar maiores oportunidades de educação para um grupo ao qual esteve alijado do espaço universitário na história do nosso País.”

²²⁰ É importante ressaltar que até a presente data, ainda não foi divulgado pelo STF o inteiro teor do acórdão ora trabalhado. Assim, a referência aos votos dos Ministros ampara-se nos trechos divulgados oficialmente pelo órgão no Informativo nº 663, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>> , acesso em 20 de maio de 2012. Esse não é o único julgamento terminado pelo Supremo Tribunal Federal sem a tempestiva divulgação do inteiro teor do acórdão. Outras importantes e polêmicas decisões, como a referente à possibilidade de interrupção da gravidez de feto com anencefalia e ação direta de inconstitucionalidade julgando o PROUNI, também não estão integralmente publicizadas. Registra-se esse fato, não apenas pelo impacto direto sobre a elaboração dessa tese, mas por configurar uma prática que mina a transparência e publicidade das decisões judiciais, algo extremamente nocivo ao adequado funcionamento da Democracia brasileira.

constitucionalmente a adoção de políticas públicas específicas destinadas à sua superação.²²¹

Um ponto de forte enfrentamento entre os que são favoráveis à adoção da política de cotas trava-se em torno da definição do critério a informar essas políticas públicas. Nesse sentido, na audiência pública houve aqueles que justificaram a utilização do critério racial²²² (normalmente sem excluir a

²²¹ É representativo dessa linha de argumentação o voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski que afirma: “À toda evidência, não se ateuve ele [constituente de 1988], a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no país, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais”. Íntegra do voto disponível pelo endereço: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>, acesso em 25 de abril de 2012.

²²² O Senhor Erasto Fortes De Mendonça (Doutor em Educação e Coordenador-Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH): “A Secretaria Especial dos Direitos Humanos compreende também a especificidade da discriminação racial, cuja correção não é capaz de ser alcançada por medidas de proteção dirigidas a segmentos vulneráveis economicamente, ainda que se evidencie a presença marcante de negros nesse segmento. Não parece ter o mesmo significado no Brasil ser branco pobre e negro pobre, uma vez que este é discriminado duplamente pela sua condição socioeconômica e pela sua condição racial. O racismo não pergunta às suas vítimas a quantidade de sua renda mensal.”; a Dra. Maria Paula Dallari Bucci, Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação: “Existe uma distância histórica no campo da educação, e essa distância se reproduz ao longo dos anos quando comparamos os dados educacionais de negros e brancos. (...) Historicamente, a melhora do ensino como um todo não é suficiente para quebrar uma desigualdade histórica e persistente. Quando se avalia a evolução da escolaridade média no Brasil percebe-se a evolução, em número de anos, da escolaridade dos brasileiros. Há uma evolução em dois sentidos: há mais brasileiros frequentando a escola de maneira geral e os brasileiros têm mais anos de escolaridade. Isso indica uma melhora geral no panorama educacional brasileiro. O que é impressionante nesse desenho é que há uma distância que permanece intocada nos últimos 20 anos, houve uma melhora educacional, mas ela não fez nenhum movimento na escolaridade dos negros. Portanto, se as políticas públicas, se os governos pretendem atacar esse problema, é preciso assumir a necessidade de se fazer uma reflexão. Quero, então, aqui acentuar a questão da legitimação das ações afirmativas, em especial aquelas que têm corte racial, menos pelo passado e mais pelo futuro”;

O Professor João Feres (IUPERJ) destacou: “O argumento de que a desigualdade no Brasil é de classe e não de raça parece à primeira vista muito convincente, mas não é verdadeiro. Ele é falsificado por estudos de mobilidade social (...). Para o mesmo nível de renda, ou seja, mesma origem social, brancos têm probabilidade de ascensão bem maior que pretos e pardos. (...) Em comparação com os brancos, os não-brancos sofrem uma desvantagem competitiva em todas as fases do processo de transmissão do status. (...) A diferença de mobilidade social mostra que na sociedade atual existe, sim, discriminação, tratamento desigual, baseado em raça. Por isso que é importante a mobilidade social. "Portanto, políticas de ação afirmativa de viés étnico/racial têm por fim combater a injustiça produzida pela discriminação racial. (...) a despeito de uma ideia de contínuo de raças, no Brasil, existe uma defasagem imensa, um fosso entre o nível socioeconômico de brancos e o nível socioeconômico de não brancos, de pretos e pardos. Por isso, é importante que as políticas de ações afirmativas incluam pretos e pardos, que são uma parte significativa da população que tem o nível socioeconômico inferior ao dos brancos”.

Também ancorado em estudos sobre mobilidade social, o Professor Marcelo Tragtenberg (UFSC) evidenciou: “Um estudo de Carlos Costa Ribeiro, que é contrário às cotas raciais, mostra que a mobilidade é diferente para negros e brancos acima de sete anos de escolaridade e vai piorando conforme cresce o nível de escolaridade. Portanto, há mais desigualdade racial de mobilidade para

possibilidade de conjugá-lo com critérios de outra natureza como o econômico), outros que consideram inadmissível a utilização do critério racial na sociedade brasileira e que vêem no critério econômico o mais adequado para dirimir desigualdades²²³.

negros de classe média em relação a brancos do que para negros pobres. (...)As cotas para negros abrangem negros que não fizeram todo o Ensino Fundamental em escola pública. Os que fizeram ensino público são insuficientes para o preenchimento das cotas, eles são aproximadamente metade dos estudantes. Isso se dá, segundo a nossa interpretação, pela dizimação da população negra através do trajeto educacional e social para a universidade. Não há estudantes formados que possam entrar na universidade que venham só de escola pública, daí a necessidade de priorizar os de escola pública, mas abrir a possibilidade aos de outro percurso escolar que possam ingressar na universidade. Há outra questão óbvia é que o racismo atinge a todos, os de escola pública e os de escola particular”.

²²³ A advogada do partido Democratas na ADPF 186, Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, sustenta: “Não se discute nesta ação sobre a constitucionalidade de ações afirmativas como gênero para proteção de minorias. Faço essa constatação e essa observação porque nós não discutimos nesta ação as cotas para índios. A discussão que se trata neste tema é apenas relativa a cotas para negros, cotas raciais. É preciso, nesse sentido, identificar o que em cada sociedade deva ser considerada minoria apta à proteção estatal. É importante que isso seja analisado, porque aqui ninguém discute, por exemplo, ações afirmativas para mulheres, para deficientes físicos, para idosos, para deficientes mentais; não se discute isso nesta ação. E, por fim, também não se discute nesta ação, porque é indiscutível e é inquestionável, a existência de racismo, de preconceito e de discriminação em nossa sociedade. Somos, sim, uma sociedade muito racista. Porém o racismo deve ser exemplarmente combatido, como de fato o é aqui no Brasil, a partir de leis severas que punem a pessoa racista, inclusive transformando o racismo como prática de crime inafiançável e imprescritível, tal qual é também em relação a outras minorias que são objeto de racismo, de preconceito e de discriminação e que não necessariamente são objeto de uma política estatal por meio de cotas, como, por exemplo, o nordestino, os homossexuais, os testemunhos de Jeová, os Hare Krishnas, as diversas minorias presentes em nossa sociedade em que não necessariamente será combatida a discriminação por meio de política de cotas. À medida que adotarmos cotas sociais, e considerando a estatística aqui largamente apresentada de que 70% dos pobres são negros, atingiremos o desiderato da integração sem correr o risco da racialização do País. Não podemos ignorar o preço que pagaremos por essa racialização”;

No mesmo sentido o Senador Demóstenes Torres (DEM): “A realidade é que somos mestiços. Nosso grande problema é a pobreza que, aí sim, é estrutural. O racismo no Brasil não é estrutural, nem institucional. A pobreza, essa marginaliza, essa tira o cidadão de qualquer tipo de benefício. E veja bem, Ministro, onde estamos entrando: ao estabelecermos as cotas raciais, estamos estabelecendo, também, que os negros ricos poderão entrar através das cotas raciais. Aí estaremos, sim, estabelecendo uma discriminação grave”;

A Professora Eunice Durham (USP) acrescentou: “As quotas partem do pressuposto de que os “negros” não estão conseguindo competir com os brancos no vestibular. De fato, isto é verdade na medida em que esta população enfrenta obstáculos sociais muito sérios na sua trajetória escolar, que dificultam o acesso ao ensino superior. Mas a solução das quotas não se encaminha no sentido de propor uma ação afirmativa que permita aos brasileiros com ascendência africana superar deficiências do seu processo de escolarização e o estigma da discriminação mas a de reivindicar que, para os “negros”, os critérios de admissão precisam ser menos rigorosos. (...) Mas, ao oficializar a “raça” como critério de admissão, pressupomos que todos os portadores de traços “negróides”, mesmo os de família de faixa de renda mais elevada, filhos de pais mais escolarizados, e que tiveram melhores oportunidades de receber uma boa formação escolar, são igualmente incapazes de competir com os brancos e que por isso devem ser igualmente beneficiados pelo sistema de quotas. Fortalece-se, deste modo, a falsa identificação entre ascendência africana e inferioridade intelectual, ao pressupor que nenhum negro pode competir com os brancos”;

Conforme afirmado pelo Egrégio Tribunal em decisão anterior envolvendo prática de racismo (Caso Elwanger, HC 82.424 QO/RS), o uso do critério racial não é tomado em sua concepção biológica, mas enquanto categoria histórico-social. Se a realidade testemunha o uso da raça na construção de hierarquias entre seres humanos, cabe utilizá-lo para desconstruí-las²²⁴. A constitucionalidade das cotas raciais foi afirmada pelo Ministro relator nos seguintes termos:

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.

[...]justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

O Professor da UnB, José Jorge de Carvalho, utilizou o espaço da audiência pública para demonstrar à sociedade brasileira os motivos e a forma pela qual aquela universidade resolveu instituir programa afirmativo com viés racial. Nas suas palavras:

A proposta de cotas na UnB surgiu como uma resposta a uma constatação de que o espaço acadêmico da Universidade era altamente segregado racialmente. Como consequência dessa segregação, foi gerado um ambiente hostil para os poucos estudantes negros que dele faziam parte. Para compensar esse clima, o movimento em torno das cotas congregou um coletivo multirracial de estudantes negros, estudantes brancos, de professores negros e professores brancos e do próprio movimento social negro. (...) No ano 2000, já como parte da formulação da proposta de cotas, realizamos dois censos de identificação de importância

²²⁴ Nesse sentido afirma o Ministro Relator: “Tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a **discriminação negativa** de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da **discriminação positiva** com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos”.

estratégica para a defesa da necessidade das cotas para negros. O primeiro censo foi dedicado a saber a quantidade dos professores negros na Universidade. Sem muita dificuldade, constatamos que a UnB tinha apenas quinze professores negros no seu quadro de mil e quinhentos docentes. (...) noventa e nove por cento dos seus professores eram brancos e apenas um por cento dos docentes negros, em um País em que os negros eram então quarenta e oito por cento da população nacional. Outro censo realizado simultaneamente visava identificar a porcentagem de estudantes negros pobres na UnB, justamente para testar a hipótese das chamadas cotas sociais. A UnB contava naquele momento com vinte mil estudantes de graduação e, desses, quatrocentos residiam na Casa do Estudante da UnB - CEU. Reconhecidamente ali residiam dois por cento de estudante de renda mais baixa da Universidade. Para a nossa grande surpresa, havia apenas dez estudantes negros no CEU, não contando obviamente com estudantes africanos que lá residiam. Se a tese de que os estudantes negros estariam incluídos entre os pobres fosse correta, e por este motivo as quotas raciais não seriam necessárias, deveriam existir pelo menos cento e oitenta estudantes negros residentes na casa do estudante, porém não era isso que acontecia. Ao invés de 48% de estudantes negros, apenas 2,5% dos estudantes mais pobres. Em outras palavras, se a desigualdade social explicasse a hierarquia racial brasileira, os negros não poderiam ser tão poucos, numericamente, justamente na faixa dos estudantes mais carentes. Na verdade, seguindo a pirâmide geral da desigualdade brasileira, eles deveriam ser maioria nessa faixa de renda. A constatação da exclusão racial, nos dois extremos da hierarquia acadêmica, foi decisiva para fundamentar a necessidade de quotas para negros na Unb. (...) reproduzimos aqui, de um modo absolutamente não intencional, essa profunda segregação racial que é a marca do nosso sistema acadêmico. Temos aqui 93% de professores brancos decidindo se devemos ou não consolidar ações afirmativas para negros nas universidades. Essa desproporção ou confinamento racial - como costume chamá-lo - já é em si mesma uma resposta possível à pergunta da audiência sobre a legitimidade e premência das cotas raciais. A porcentagem incômoda de 93% de brancos, no topo da pirâmide do mundo acadêmico, sempre foi naturalizada no Brasil.

O fato das estruturas de poder brasileiras serem representadas por agentes predominantemente brancos gerou a naturalização de suas presenças e da subrepresentação dos não brancos nos mesmos espaços. O sistema de privilégios que engendra e retroalimenta essa realidade se viu ameaçado com a adoção da política de cotas raciais nas universidades públicas nacionais. O lugar da Universidade garante não apenas maiores oportunidades de emprego e aumento de renda como é um dos principais responsáveis pela atribuição de sentido que se confere ao mundo. Manter o confinamento racial nas universidades é manter intocadas epistemologias e interpretações de mundo dele decorrentes.

A entrada de novos sujeitos nesses espaços de produção e reprodução do conhecimento implicará não apenas na inserção desses beneficiários no mercado de trabalho e na pirâmide social em outros termos, como mais profundamente demandará a necessidade de reflexão pela própria elite cultural pátria dos padrões

de ciência desenvolvidos e sua responsabilidade pela invisibilidade racionalmente amparada de determinados sujeitos. Uma vez empoderados academicamente, esses novos sujeitos passarão a denunciar visões reducionistas, folclóricas e inadequadas difundidas acerca do real, disputando não apenas vagas na universidade, mas outros lugares sociais até então negados.

A potência de gerar transformação dessa medida, que pela adoção do critério étnico-racial pode atingir metade da população brasileira (incluindo pretos, pardos e, em algumas universidades os indígenas) pode evidenciar o espaço midiático conferido aos seus opositores e a reação apaixonada da elite nacional que não havia se manifestado com tamanho fervor em relação às demais políticas afirmativas adotadas desde a década de trinta do século XX.

No intuito de desacreditar a política de cotas de viés racial, o país das grandes contradições utiliza-se, como o fez em outros momentos políticos, da mestiçagem como lema da unidade nacional e como marca da singularidade de seu povo. Aplaca-se por conveniência os discursos e efeitos de séculos de imaginário da supremacia branca para garantir que a massa de excluídos se veja representada em narrativas e interpretações de um Brasil misturado, harmônico e onde não há conflitos raciais.

A cegueira à cor que não regula as relações mais cotidianas são afirmadas como compartilhadas por toda população. Os mesmos que reconhecem a existência do racismo na sociedade seriam aqueles incapazes de identificarem ‘negros’ e ‘brancos’ na miscigenada sociedade brasileira. Ora, se mais de 95% da população admite haver racismo é porque há um contingente significativo de brasileiros, favoráveis ou contrários às políticas afirmativas, que identifica sem grandes dificuldades quem é branco e quem não é.

O Senador Demóstenes Torres afirmou na audiência pública que:

As negras foram estupradas no Brasil. A miscigenação se deu pelo estupro. Foi algo absolutamente forçado. Gilberto Freire, que hoje é completamente renegado, mostra que isso se deu de uma forma muito mais consensual e que, felizmente, isso levou o Brasil a ter hoje essa magnífica configuração racial.

Além de todas as violências sofridas principalmente pelas mulheres negras para garantir essa configuração mestiça, sabe-se que o casamento inter-racial admitido desde as ordenações pombalinas em território nacional cingiam-se ao

homem branco com a mulher negra, não sendo admitida a mácula da pureza da mulher branca por um homem negro. Além disso, estudos demonstram que a quantidade de casamentos inter-raciais é muito menor do que aquela propagada pelo senso comum (PAIXÃO, 2006). Curiosamente, a heresia está em denunciar os efeitos do racismo, seus impactos para sociedade e mecanismos de perpetuação.

Não se está aqui advogando a essencialização das identidades muito menos das relações raciais. Os casamentos inter-raciais existem, os brasileiros trazem em si e em seus fenótipos o reflexo de uma formação social pluriétnica e plurirracial, mas

O reconhecimento do óbvio fato do povo brasileiro ser majoritariamente mestiço (tanto entre brancos como entre negros e com certa intensidade entre os indígenas) não deve servir como um meio para: i) invisibilização ou de não-reconhecimento de dilemas e demandas sociais de determinados grupos raciais e étnicos não mestiçados, menos mestiçados ou dos coletivos que embora mestiçados tenham forjado identidades coletivas fundadas racial ou etnicamente; ii) forma de perpetuação e consagração de antigas assimetrias raciais; iii) desconhecimento quanto à realidade de que a mestiçagem não impede, por si só, a existência de práticas discriminatórias entre pessoas de aparências físicas diferentes. (PAIXÃO, 2006: 73).

Quando cômicos da impossibilidade de defender a ideia de democracia racial em virtude dos indicadores sociais que demonstram o grau de desigualdades entre brancos e não brancos, alguns pensadores passam a defender a figura desse mito como fundador de um ideal a ser alcançado. O mito forjado a partir dos anos trinta para escamotear a segregação e exclusão de direitos a que ficou submetida a população não branca após abolição oficial da escravidão conviveu com políticas públicas de exclusão e inferiorização do não branco sem que fosse evocado para combatê-las.

Quando lutas por reconhecimento do povo negro põem em questão seu significado político-cultural pretende-se resgatá-lo como o traço cultural responsável pela não existência de conflitos raciais violentos em solo pátrio. Sobre a ideia de democracia racial, A Dra. Sueli Carneiro trouxe importante contribuição para audiência pública:

O psicanalista Contardo Calligaris empreende a seguinte reflexão: "De onde surge, em tantos brasileiros brancos bem intencionados, a convicção de viver em uma democracia racial? Qual é a origem desse mito? A resposta não é difícil, diz ele, o mito da democracia racial é fundado em uma sensação unilateral e branca

de conforto nas relações inter-raciais. Esse conforto não é uma invenção, ele existe de fato, ele é efeito de uma posição dominante incontestada. Quando eu digo incontestada, diz Calligaris, no que concerne à sociedade brasileira, quero dizer que não é só uma posição dominante de fato - mais riqueza, mais poder -, é mais do que isso, é uma posição dominante de fato, mas que vale como uma posição de direito, ou seja, como efeito não da riqueza, mas de uma espécie de hierarquia de castas. A desigualdade no Brasil é a expressão material de uma organização hierárquica, ou seja, é a continuação da escravatura. Corrigir a desigualdade que é herdeira direta, ou melhor, continuação da escravatura, diz Calligaris, não significa corrigir os restos da escravatura, significa também começar, finalmente, a aboli-la". Neste contexto, Calligaris conclui que: "Sonhar com a continuação da pretensa democracia racial brasileira é aqui a expressão da nostalgia de uma estrutura social que assegura, a tal ponto, o conforto de uma posição branca dominante, que o branco e só ele pode se dar ao luxo de afirmar que a raça não importa".

Ao contrário do discurso de que as cotas acirram as diferenças, a Vice Procuradora Geral da República Deborah Duprat defende que elas refletem uma política onde as diferenças se encontram e se celebram, ao passo que a sociedade hegemônica confina os diferentes aos espaços privados. As relações sociais não se tornarão menos ou mais racializadas pelo uso do critério racial na produção de dados estatísticos e na implementação de políticas públicas direcionadas. Os dez anos de adoção da política de cotas em universidades públicas demonstraram isso na prática. A construção das identidades, a partir de dimensões raciais ou de qualquer outro fator se amparada na noção de respeito não redundará na negação do Outro, tampouco no acirramento entre grupos culturais distintos.

Todos os eventos históricos representativos da utilização da noção de *raça* como meio de violação de direitos e de extermínio de pessoas foram amparados em concepções hierarquizantes e depreciativas acerca de grupos humanos. Com chancela científica ou como construção político-social, a ideia de raça, mas não apenas ela, opera na construção da alteridade e, por conseguinte, das identidades individuais e coletivas. O que faz com que delas derive convivência respeitosa ou perseguição é o compromisso com o reconhecimento no primeiro caso, e encarar o Outro como inimigo no segundo.

O temor de que a política de cotas represente o acirramento de tensões entre brasileiros só faz sentido para aqueles que vêem seres humanos como passíveis de serem hierarquizados e que ignoram tratar-se de uma política de reconhecimento. O que está acostumado a excluir outrem por vê-lo como inferior teme sofrer prejuízo pelo empoderamento do oprimido. Os que defendem a

gramática do respeito sabem que qualquer política pública orientada nesse sentido, objetiva tão somente garantir que todo e qualquer ser humano seja tratado com mesma estima e consideração.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro atestou, por unanimidade, que a política de cotas representa uma política pública de reconhecimento de uma parcela da população brasileira historicamente violentada material e simbolicamente²²⁵ que tem no texto da Constituição Federal de 1988 um importante aliado no processo de construção de uma realidade mais igualitária e justa.

As discussões sobre a desconsideração da meritocracia por parte dos defensores das políticas de cotas seguem a mesma análise empreendida até aqui. A crença na meritocracia como condutora dos processos seletivos utilizados pelas sociedades burguesas só pode ser compartilhada por aqueles que dessa ideia se beneficiam. Sabe-se que os vestibulares feitos para ingresso nas universidades não objetivam aferir conhecimento ou capacidade do candidato, mas identificar grupos sociais que tiveram acesso a determinadas gramáticas previamente definidas, mas afirmadas como necessárias para o bom desempenho no curso de nível superior.

Exige-se do candidato um aporte cultural incompatível com aquele difundido nos espaços não privilegiados da sociedade, não porque sem ele o desenvolvimento acadêmico fique prejudicado – porque aqueles que ultrapassaram a barreira demonstraram a possibilidade de garantir aproveitamento, mesmo diante de pontos de partida tão desiguais – mas para que a comunidade universitária não seja ‘descaracterizada’ e as estruturas sociais sectárias mantidas²²⁶. Segundo o Ministro Marco Aurélio Melo: “Meritocracia sem

²²⁵ Em seu voto o Ministro Lewandowski aduz: “Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social”.

²²⁶ Quanto ao tema da *meritocracia*, afirma o Ministro Relator: “Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção - pretensamente isonômicos e imparciais -, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos. De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.

‘igualdade de pontos de partida’ é apenas uma forma velada de aristocracia”. Políticas de cotas não eximem o cotista de demonstrar desempenho e afirmar sua capacidade. São submetidos aos mesmos exames que os demais candidatos, apenas garante-se que a disputa se dê em condições mais equitativas.

Políticas universais de educação são complementares e necessárias para a adoção responsável da política de cotas. O ensino público de qualidade que beneficiou a elite brasileira passou a ser sucateado a partir do momento em que houve a exigência constitucional de sua universalização e proibição do trabalho infantil. A partir do momento em que todos os brasileiros passam a frequentar as escolas públicas, percebe-se a diminuição dos investimentos, a perda de valor dos profissionais de educação e o conseqüente reflexo na qualidade da educação fornecida. Todo esse *déficit* não se deu pelo despreparo dos novos alunos, mas por circunstâncias que objetivavam mantê-los à margem.

Alertou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto que a diminuta presença de negros nas universidades decorreria do contexto histórico escravocrata brasileiro e da má qualidade das escolas públicas, porém, não se poderia dizer que a fórmula estaria na melhoria dessas instituições educacionais, sob pena de se comprometer gerações que estariam na fase de transição desses estabelecimentos de ensino para o vestibular.

A dívida com a educação pública deve ser sanada e a política de cotas só tem a fomentá-la²²⁷. Não apenas porque aumenta o contingente de profissionais

Como é evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os

objetivos sociais que se busca atingir com eles.

²²⁷ A política de cotas nas universidades públicas foi em grande medida complementada pela instituição do PROUNI nas universidades privadas. O *Programa Universidade para Todos* do governo federal também foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade movida igualmente pelo Partido Democratas e julgada em maio de 2012, oportunidade em que os Ministros e Ministras do Supremo Tribunal Federal reafirmaram os argumentos explicitados até então. Patente é, portanto, a compatibilidade do modelo de ações afirmativas baseadas em critérios raciais e sociais com o desenho constitucional adotado a partir de 1988.

O PROUNI materializa-se pela concessão de bolsas de estudos integrais e parciais em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior. Trata-se de política pública dirigida aos estudantes egressos do ensino médio da rede pública ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, com renda *per capita* familiar máxima de três salários mínimos. Há reserva de bolsas às pessoas com deficiência e aos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos. O percentual de bolsas destinadas aos cotistas é igual àquele de cidadãos pretos, pardos e indígenas, em cada Estado, segundo o último censo do IBGE. Vale lembrar que o candidato cotista também deve se enquadrar nos demais critérios de seleção do PROUNI. A seleção dos candidatos usa como parâmetro as notas obtidas no Enem (Exame nacional do ensino

capacitados a atuarem nas salas de aula, mas também por suscitar a construção de novas pedagogias, ampliar o número de cidadãos cujas vozes são ouvidas nos espaços representativos e dos que irão atuar na construção de políticas e na fiscalização dos recursos públicos.

Não houve a pretensão de esgotar e explicitar todos os argumentos levados à audiência pública, tampouco os evidenciados nos votos dos Ministros do Supremo. A escolha dos trechos pretendeu tão somente apresentar alguns dos argumentos que são defendidos na esfera pública brasileira sobre o tema e permitir através deles algumas reflexões necessárias sobre essas medidas de promoção da igualdade racial e do reconhecimento dos negros na realidade pátria.

Dentre os pontos que não foram desenvolvidos até aqui e que marcam o embate jurídico das ações afirmativas também na Suprema Corte norte-americana estão os que levantam as questões da ‘diversidade e multiculturalismo’ e ‘violações históricas de direitos e reparação’.

O argumento da diversidade admite a adoção de políticas de ações afirmativas como mecanismos de garantia da pluralidade em ambientes de ensino, trabalho, repartições públicas, entre outros. É a possibilidade de conviver com as diferenças que avalizaria medidas afirmativas em processos seletivos, por exemplo. Quando se fala em reparação, por sua vez, defende-se a correção da injustiça gerada pelo legado escravista através de ações públicas voltadas à promoção da igualdade dos negros.

No Tribunal constitucional estadunidense o argumento da diversidade suplantou o argumento da reparação²²⁸. Já os Ministros do STF deram ao

médio). Ressalta-se, por oportuno, que o PROUNI possui também ações conjuntas de incentivo à permanência dos estudantes nas instituições.

Antes da institucionalização de políticas públicas como cotas nas universidades públicas e o PROUNI nas universidades privadas, o acesso da população menos favorecida ao ensino superior ficava reduzida a um contingente ínfimo de pessoas que conseguiam romper o filtro elitista dos processos seletivos ou a iniciativas pontuais de algumas universidades.

Nesse sentido, destaca-se a atuação de vanguarda da PUC-Rio, que desde a década de noventa desenvolvia com êxito programa próprio de ação afirmativa. Para maiores detalhes sobre o funcionamento desse programa e seus desdobramentos, ver livro de Andréia Clapp Salvador (2012).

²²⁸ A exposição da jurisprudência da Suprema Corte americana sobre o tema das ações afirmativas estará amparada inicialmente nas análises de Patrícia Jerônimo (2010). A discussão judicial pela constitucionalidade das ações afirmativas nos Estados Unidos da América se inicia com a interpretação que deve ser conferida à Décima Quarta Emenda - votada pelo Congresso em 13 de Junho de 1866 e ratificada em 9 de Julho de 1868 - responsável por estatuir a exigência constitucional da isonomia: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e

sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (verbis)

De acordo com a autora (JERÔNIMO, 2010:412): “A 14ª Emenda foi introduzida em 1868, na sequência da Guerra Civil, com o assumido propósito de contrariar o tratamento discriminatório infligido aos negros pelo Governo dos Estados e da Federação. O exato conteúdo da cláusula foi, desde muito cedo, objeto de intensos debates e continua [...] controvertido até hoje”. Nessa disputa encontram-se duas leituras do texto constitucional americano: uma que declara que a Constituição exige do Governo uma total indiferença face à identidade racial dos indivíduos (color-blindness) e outra que permite a consideração da raça sempre que esta se destine a promover a integração dos grupos minoritários e evitar a segregação da sociedade (color-consciousness).

No caso *Strauder v. West Virginia* (1880) a interpretação da cláusula da igual proteção se deu no sentido de invalidar a exclusão de negros do serviço de júri. Alguns anos depois, em *Plessy v. Ferguson* (1896) a Suprema Corte Americana legitimou a cláusula dos ‘separados, mas iguais’, declarando-se impotente para combater os preconceitos racistas da população. Nesse contexto prevaleceu como suficiente para garantia da igualdade o fato dos serviços prestados a brancos e negros serem equivalentes, mesmo que em separado.

A partir de 1954 e principalmente com a intensificação do movimento pelos direitos civis da década de 60 passam a ser adotadas em todo o território dos EUA programas de ações afirmativas no plano do ensino, emprego e adjudicação de obras públicas. O questionamento desses programas levou o Tribunal a decidir em *Brown v. Board of Education* (1954) pela inconstitucionalidade da segregação racial nos estabelecimentos públicos de ensino e, finalmente em *Johnson v. Virginia* (1963) a corte estendeu o mesmo raciocínio a todos os espaços públicos.

Em 1978, o argumento da **diversidade** afirma-se como principal argumento a justificar a constitucionalidade dos programas de ação afirmativa. É na ação *Regents of University of California v. Bakke* que o tribunal extremamente dividido (5 votos a 4) pronuncia-se pela constitucionalidade do programa de admissões da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis). De acordo com o juiz Powell, a quem coube o voto de desempate, as instituições de ensino superior, em razão de sua liberdade acadêmica, tem o direito de definir os termos em que orientarão sua missão pedagógica, o que incluiria a escolha de um corpo discente heterogêneo e plural. Alerta para fato, no entanto, de que a diversidade étnica não pode ser o único critério para a definição dos candidatos, na medida em que a autonomia universitária não pode violar direitos individuais; sendo admitida pela Corte a utilização do critério racial como um dos componentes do processo seletivo na referida universidade. O Professor Randall Kennedy (2012) alerta para o fato de que a Universidade de Medicina adotou o especial programa de admissão através do argumento da **reparação**, como estratégia para corrigir os efeitos da histórica discriminação social dos negros. O Procurador Geral dos EUA também destacou a reparação como justificativa para as ações afirmativas.

Em 2003, novamente o tribunal será levado a enfrentar a questão, desta vez através da contenda *Grutter v. Bollinger*. Vinte e cinco anos depois do caso *Bakke*, com uma composição majoritariamente conservadora, a Suprema Corte surpreende a opinião pública ao endossar o posicionamento de que a diversidade do corpo discente é um interesse estadual premente capaz de justificar o uso do critério racial nos processos de admissão nas universidades. “Quando, no decurso do ano judicial de 2005/2006, o Supremo se tronou ainda mais conservador com a entrada dos Juízes John Roberts e Samuel Alito para os lugares deixados vagos por William Rehnquist e Sandra O’Connor, todos se mostrara, expectantes quanto ao futuro da *affirmative action*, temendo ou ansiando a revogação de *Grutter*” (JERÔNIMO, 2010: 431).

No ano de 2007, o julgamento *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District nº 1 et al*, há uma significativa mudança de posicionamento da Suprema Corte que passa a declarar a inconstitucionalidade do emprego de classificações raciais em processos seletivos. Em uma inversão bastante questionável da interpretação consolidada no caso *Brown*, o juiz Roberts, com apoio dos juízes Scalia, Thomas e Alito, afirmou ‘em deferência’ a esse precedente que, do mesmo modo que em 1978 a 14ª Emenda proibiu os Estados de tratarem as crianças americanas de forma diferente consoante sai cor ou raça, atualmente, os distritos escolares deveriam ser impedidos de atentar para cor da pele ao decidirem os critérios de admissão nas escolas. O juiz Kennedy, por sua vez, embora votando pela inconstitucionalidade dos programas sob análise sustentou que os decisores públicos podem utilizar-se do critério racial sem receio de incorrer em práticas

argumento da diversidade mesma ênfase que o da reparação, embora no senso comum o primeiro argumento encontre muito mais apoio que o segundo²²⁹.

Em determinada passagem de seu voto o Ministro Lewandowski afirma em nítida defesa da diversidade que:

O grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o **diferente** ou, nas palavras de Jürgen Habermas, conviver com o **outro**.

[...]É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao **outro** e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.

Antes de qualquer análise que se possa empreender sobre essa linha argumentativa, principalmente quando comparamos a sua utilização por tribunais americanos, é necessário enfatizar que o termo alberga sentidos distintos aqui e lá. Na lógica estadunidense, existe uma vinculação entre diversidade²³⁰ e diferença.

inconstitucionais para garantir a todos, independentemente de sua origem racial iguais oportunidades educativas. “Foi esse – lembrou – o desígnio de *Brown* e é esse, ainda hoje, um interesse governamental relevante, atento o peso que a raça continua a ter, malgrado todas as conquistas, na sociedade norte-americana” (JERÔNIMO, 2010: 438).

Em 2007 apenas o juiz Stephen Breyer assumiu a defesa do argumento da reparação alegando que os distritos tem um interesse legítimo em reparar os danos presentes resultantes de discriminação passada.

De acordo com Patrícia Jerônimo (2010:442) as primeiras reações a *Parents* não foram de surpresa, mas de indignação: “o absurdo de pretender que a decisão que decretou a ilegalidade da segregação racial nas escolas, impondo uma série de medidas afirmativas de inclusão, possa constituir um obstáculo ao emprego de programas que visam justamente contrariar a atual tendência para a resegregação do ensino”.

²²⁹ Apenas para exemplificar, utiliza-se do argumento que o antropólogo e professor da Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais, George Zarur defendeu na audiência pública: “Mestiço com muito orgulho declaro não sentir a menor culpa pelo fato de minha bisavó materna de pele mais clara ter, talvez, maltratado minha outra bisavó materna de pele mais escura - talvez o inverso tivesse acontecido também. Além disto, ninguém pode ser considerado culpado por supostos crimes cometidos por seus antepassados. Porém, a associação entre culpa, dívida de sangue e reparação material, estranha a nosso direito, é muito antiga no direito anglo-germânico como demonstra o instituto do “*wergeld*”. (...) A culpa de uns e o direito à reparação de outros são transmitidos através das gerações, como em várias passagens do Velho Testamento. A vida social torna-se um tenso e permanente processo de negociação de versões de supostos crimes históricos e do custo de sua reparação.”

²³⁰ De acordo com o Professor da Harvard Law School, Randall Kenedy (2012), o argumento da diversidade torna-se especialmente atraente pelos seguintes motivos:

- 1- A diversidade ampara-se em argumento não acusatório, não depende de predicados de má conduta ou injustiça, com isso, poderia minimizar a raiva acesa quando brancos são acusados de cumplicidade na prática do mal na condição de herdeiros dos opressores, beneficiários de privilégio racial ou autores de práticas racistas;
- 2- Diversidade como iniciativa pragmática para fazer o que é preciso para tornar as organizações mais capazes de realizar suas funções essenciais. Ação afirmativa como

Para eles, a grande vantagem estratégica de usá-la como legitimadora das ações afirmativas repousa na celebração da diferença e nos ganhos que o contato com o diferente pode representar para indivíduos e instituições. Ainda que amparada em concepções superficiais de identidades, reforçando estereótipos nem sempre vinculados à noção de respeito, diversidade nos Estados Unidos da América pressupõe a noção de diferença. No Brasil, de outro modo, os que falam em diversidade celebram a ideia de mistura e, portanto de cortina para as diferenças.

Nesse sentido, ressalta-se que o argumento da diversidade é muito sedutor para um país marcado pela ideia de democracia racial. E por isso mesmo, deve merecer um olhar bastante cuidadoso para que não descaracterize os próprios objetivos das ações afirmativas. Se um dos principais legados das ações afirmativas é exatamente o de fomentar a discussão da questão racial em um país que ainda concede credibilidade ao mito da democracia racial, usar a diversidade para evitar assuntos espinhosos e afastar o enfrentamento de “verdades perturbadoras” tende a limitar os efeitos das ações afirmativas.

O ‘preconceito a ter preconceito’ que caracteriza as relações sociais brasileiras fica igualmente protegido pela noção de diversidade e como o efeito gerado é o de escamotear conflitos patentes e desonerar a todos pela convivência inerte com uma realidade tão desigual e opressora, mais motivos ainda para que se tome cuidado com sua utilização.

prática capaz de trazer melhorias para bens, produtos e serviços e não como um auxílio especial para minorias raciais ou exigência de justiça distributiva. Segundo Kennedy, empresários gostam de dizer que “a diversidade é boa para a linha de fundo”. Muitos deles seriam ideologicamente alérgicos a uma prática de empresarial baseada exclusivamente em noções de justiça ou altruísmo e se sentem muito mais confortáveis em apoiar um programa que pode ser visto como reforço da missão principal de suas empresas;

- 3- Evita o confronto com assuntos espinhosos. Ao invés de ressaltar o sistema de opressão gerado pela escravidão e sua perpetuação através de novas práticas sociais, a lógica da diversidade se apresenta como otimista e preocupada em gerar melhores desempenhos em instituições e relações sociais complexas. Com isso, evitaria que brancos se vissem fora do gancho moral do racismo e tiraria dos não brancos a sensação, para alguns desconfortável, de sentirem –se inferiores como beneficiários das ações afirmativas;
- 4- A lógica da diversidade move o centro das atenções das deficiências percebidas de negros para seus pontos fortes percebidos. Ela afirma que indícios convencionais de talento, realização e potencial de contribuição devem ser complementados por outros indicadores que tem até agora sido negligenciados. Nesse sentido, vincula-se com a meritocracia porque a seletividade racial traz para a mesa algo que candidatos brancos não podem oferecer. Diversidade estaria, nesse sentido, baseada na ideia de que a condição de minoria racial carrega consigo fontes úteis de informação e pontos de vista.

Mas, conforme afirmado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou apenas pela diversidade, nas análises que se centraram no princípio da igualdade tocaram no argumento da reparação. O Ministro Luiz Fux afirmou que a construção de uma sociedade justa e solidária tal como preconizada no artigo 3º da Constituição imporia a toda a coletividade a reparação de danos pretéritos, a adimplir obrigações morais e jurídicas. Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello utilizaram-se da expressão ‘medidas compensatórias’ para referir-se às ações afirmativas.

A ideia de reparação está cercada de mitos que precisam ser desfeitos para um olhar mais atento da realidade. Normalmente aqueles que se colocam contrários ao argumento da reparação atribuem a essas medidas a pecha de políticas voltadas ao passado. A reparação, seguindo essa lógica, implicaria em uma busca retrospectiva por justiça, a partir da atribuição de responsabilidade às gerações atuais por danos cometidos por seus ascendentes e que se perpetuam ao longo dos tempos. Tratar-se-ia, portanto, de medida com caráter meramente retaliativo, com baixa carga de transformação do olhar que se produz sobre o Outro²³¹.

²³¹ Curioso pensar que na Revolução Haitiana esse mesmo argumento não foi utilizado pelas elites que exigiram dos ex-escravos indenizações pelas “expropriações” que estariam sofrendo com o fim da escravidão e tomada das propriedades pelos revolucionários. Enquanto no primeiro caso, a reparação decorreu de uma relação madura e civilizada entre ocorrência de dano e responsabilização pelos atos praticados; no caso brasileiro, todas as expropriações cometidas através de gerações e cujos efeitos se perpetuam até os dias atuais são tratados como apelos retrospectivos baseados em sentimentos de rancor, retaliação ou vingança.

Nesse trabalho, a leitura que se faz da reparação²³² situa-se em direção diametralmente oposta. É com olhar prospectivo que se defende a necessidade de assumir as ações afirmativas com caráter reparatório. A atribuição de responsabilidades e de divisão de ônus entre os diversos grupos sociais brasileiros pelos danos causados a parcela significativa da sociedade é vista como condição necessária para a construção de uma sociedade futura mais fraterna, plural e igualitária. Até porque aqueles que dizem que não podem ser responsabilizados pelo que não fizeram, não assumem o fato de que são beneficiários de um sistema de privilégios. Mesmo não tendo participado diretamente na construção desse sistema, atuam diretamente na sua preservação e colhem as vantagens de pertencerem a grupos definidos como dignos de respeito em detrimento de Outros.

Resgatar a memória e poder contar as contribuições de cada grupo invisibilizado pela história oficial brasileira, pressupõe a noção de que os atuais e futuros integrantes dos grupos tradicionalmente não reconhecidos possam pertencer a essa história e serem retratados nela como sujeitos de igual estima e consideração. Essa necessária redefinição dos papéis sociais racialmente distribuídos, de modo a que qualquer ser humano possa realizar seus projetos individuais e coletivos de vida boa só pode ser efetuada com o enfrentamento, sem mitos, dos pressupostos que sustentam uma sociedade racista.

Defende-se, portanto, um modelo de reparação pública para que toda a sociedade responda por sua atuação, no mínimo omissa, frente ao racismo

²³² De acordo com Marildo Menegat o combate ao racismo pressupõe uma luta anticapitalismo. Aos negros no Brasil não está vetado apenas o caminho da mobilidade social, pobreza e negritude se vincularam, de tal forma que se tornou natural. “Não há como resolver isso apenas com uma crítica no campo da lei ou no campo das instituições, tem que fazer uma crítica ao próprio fundamento de como essa sociedade se constitui e como na constituição desse fundamento ela se apropria dessas diferenças” (anexo: 32). Nesse sentido, a ideia básica da reparação é dar um xeque mate no capitalismo porque mexe na acumulação primitiva do capital. “O que torna viável a sociedade capitalista, além do cercamento dos campos na Inglaterra, é a escravidão africana e a colonização da América. Esses três eixos são fundantes da exposição do capitalismo na sua afirmação européia. Pensar a reparação é pensar esse ponto zero. Voltar a esse ponto zero é pensar hoje uma política radical de inverter o processo de produção de riqueza que a sociedade burguesa produz, que é o valor mesmo, essa matéria abstrata, e começar a pensar, por exemplo, no bem estar daquele continente inteiro que foi sangrado para tornar possível essa forma de riqueza” (anexo: 33). Para o Professor a ampliação do sistema de cotas é necessária porque desnaturaliza essa sociedade, “impõe que se discuta certo mal-estar que fica só pressuposto, mas não é posto”, além disso, aponta como um dos maiores ganhos da política de cotas a produção de uma intelectualidade negra: “Não sei se necessariamente essa intelectualidade vai se debruçar sobre esse tema, e isso não é obrigatório, o interessante é que surjam intelectuais negros que produzam uma outra sensibilidade no debate e que sejam reconhecidos por essa sensibilidade. Isso já começa a trazer novos pontos de vista que deslocam um pouco os eixos sobre os quais essa discussão foi feita” (anexo:34).

institucional e estrutural ainda existente. Reparação ao contrário da ideia de vingança privada é orientada por pressupostos de solidariedade na medida em que pobres, ricos, brancos e não brancos tem atuação direta sobre os recursos que financiariam políticas afirmativas. Em políticas públicas de reparação estão envolvidos, portanto, agressores diretos e indiretos e vítimas diretas e indiretas do racismo.

Defende-se, outrossim, que a justificativa da reparação não exclua as demais trabalhadas ao longo deste item e que também não seja tratada no debate público das ações afirmativas em segundo plano ou envolta a considerações equivocadas. Apesar da análise ter sido encadeada a partir das discussões relacionadas à política de cotas nas universidades públicas, o objetivo foi o de ressaltar as ações afirmativas como políticas de reconhecimento e, com isso, como importante instrumento de transformação das relações sociais.

Nenhuma norma ou política pública isolada conseguirá romper os grilhões que ainda acorrentam na subcidadania grande segmento da população brasileira. De outro modo, a mudança de perspectiva em relação ao Outro não é construída com falas retóricas de igualdade e sem impacto nas relações cotidianas. A construção do incômodo frente a não presença do Outro nos espaços privilegiados e na esfera pública tem nas ações afirmativas – sejam elas repressivas, de valorização, de combate à desigualdade, de combate ao racismo institucional, de ampliação de espaços de interlocução e representatividade política – importante instrumento de luta por dignidade e respeito.

4.3

Direitos sociais, econômicos e culturais

Uma das questões desenvolvidas no item anterior girava em torno do questionamento sobre a eficiência das ações afirmativas, enquanto demandas particularistas, em contraposição a políticas públicas universais de enfrentamento das desigualdades e da falta de acesso a bens materiais pela população brasileira em situação de vulnerabilidade em virtude de sua condição sócio-racial.

Foi feita a defesa das medidas afirmativas como políticas de reconhecimento eficientes, mas em nenhum momento afirmou-se que sua utilização deveria excluir ações universais. Tendo por preocupação central da tese

a temática racial, é necessário avaliar que tipo de intervenção de caráter universal, aliada às iniciativas direcionadas aos grupos raciais discriminados, teria o condão de promover maior equilíbrio nas relações raciais.

Diante da influência que o pensamento de Honneth exerce para o entendimento acerca do tema do reconhecimento, parte-se da hipótese de que a consagração constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais na condição de direitos fundamentais pela Constituição de 1988 configura política de reconhecimento dos negros no Brasil.

Para melhor desenvolvê-la, é necessário entender a realidade vivida por esse grupo social. Principalmente a partir das contribuições teóricas de Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle, ganham destaque as análises de indicadores sociais para pensar a dinâmica das relações raciais. No entanto, mesmo com a consagração de seus estudos desde a década de setenta, percebe-se ainda hoje que o acesso a dados com recorte de cor ou raça fica dificultado pela existência de poucas fontes que se propõem a sistematizar os indicativos a partir desses critérios. Durante muito tempo houve recusa, inclusive, em fazer constar a referência à cor ou raça nas principais bases de dados oficiais, muito em função do uso da miscigenação como elemento de unidade nacional e do mito da democracia racial como ideologia institucional predominante.

Como a produção desses dados fugiria aos limites desse trabalho, a discussão que se apresentará adiante ampara-se no *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010* (PAIXÃO, 2011), desenvolvido pelo LAESER (Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais, vinculado ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e coordenado pelo Professor Marcelo Paixão) e que se dedicou a apresentar a evolução das assimetrias de cor ou raça e gênero desde o momento da promulgação da Constituição de 1988, com especial ênfase nos direitos sociais.

Tais direitos caracterizam-se por proporcionar as condições materiais que permitem o exercício dos demais direitos fundamentais. Estão positivados no texto constitucional como tais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a

moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

Sem a fruição desses direitos, faltam as condições para o exercício das liberdades, para participação no processo público de tomada de decisões, além de ter diminuídos os meios de resistência à exploração da produção e à imposição de padrões culturais. O quadro geral de acesso aos direitos sociais pode evidenciar a parcela da população que está sujeita mais diretamente aos impactos descritos acima, pode servir como importante mecanismo de denúncia e subsidiar medidas transformativas.

Não se pretende trazer indicadores de todos os tipos de direitos sociais consagrados na Constituição, mas apresentar alguns relativos às áreas da saúde, segurança alimentar, previdência social e educação, como forma de refutar ou confirmar a hipótese acima lançada.

Em relação ao direito à saúde, o tratamento constitucional nos termos do artigo 196²³³, tomou como parâmetros de concretização “o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Nesse sentido, o desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde não leva em conta peculiaridades de gênero, raça, orientação sexual ou outro critério que possa justificar uma maior incidência de enfermidades em determinados grupos, mas a preocupação em construir um sistema de saúde único, capaz de oferecer a todos e todas o mesmo tratamento.

Tal como já admitido no primeiro capítulo, partilha-se de uma desconfiança *prima facie* em relação a qualquer medida que se intitule universal. No entanto, é necessário apelar para dados que possam confirmar ou refutar a sensação inicial. O *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010* (PAIXÃO, 2011:77) evidencia que no ano de 2008:

- 43,5% dos homens negros (pretos e pardos) não haviam visitado um médico no último ano; entre os brancos o percentual foi o de 38,6%. Entre as mulheres, 26,6% das negras e 21,5% das brancas;

²³³ Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

- 12,0% dos negros com quadro de saúde ruim ou muito ruim não passaram por consulta médica no último ano; entre os brancos o percentual foi o de 8,8%;
- 15,4% de homens negros e 10,1% de homens brancos nunca haviam ido ao dentista, enquanto entre as mulheres os índices foram de 12,6% entre as negras e 8,5% entre as brancas;
- Quanto à qualidade do atendimento, 15,6% dos negros que procuraram atendimento qualificaram-no como regular, ruim ou muito ruim; entre os brancos o número foi de 11,1%; critério que pode sugerir diferenças de tratamento recebido nos estabelecimentos do sistema universal de saúde. Além disso, dos que não conseguiram atendimento por falta de senha ou demora no atendimento, 58,4% eram negros; por ausência de profissional de saúde especializado, 66,3% também negros. Destacam no relatório que essa assimetria aparece em todas as macrorregiões do país e torna-se mais dramática quando se faz o recorte de gênero, figurando as mulheres negras no contingente mais deficitário;
- Entre aqueles que precisariam de atendimento de saúde, pode-se perceber que não o procuraram:
 - por problemas financeiros ou domésticos: 66,7% eram negros;
 - por falhas no sistema de saúde: 62,6% eram negros;
 - por problemas locais e de transporte: 67,4% eram negros;

Os dados alertam ainda para o fato de que a dependência do atendimento público de saúde é significativamente maior entre os negros. No ano de 1998, entre os negros que procuraram atendimento médico, 70,1% recorreram à rede pública e 29,6% ao setor privado; em relação aos brancos, 47,4% buscaram a rede pública e 52,3% a privada. Dez anos depois, os índices permaneceram basicamente no mesmo patamar: 69,2 % dos negros buscaram a rede pública e 30,6% a privada, em face de 49,3% de brancos no setor público e 50,6% no privado.

Além da assimetria em relação a todos os critérios, o fato dos pretos e pardos buscarem notadamente o serviço público de saúde demonstra o quanto é

necessário que sejam desenvolvidas políticas públicas nessa área. O não acesso ao setor privado ou o acesso aos serviços privados de pior qualidade²³⁴ faz com que a população negra no Brasil dependa basicamente da prestação pública e da atuação estatal nesse setor.

Essa realidade demonstra que a escolha do Constituinte de 1988 em promover o acesso amplo ao sistema único de saúde representa, sem dúvida, uma medida com impactos significativos para a população negra aqui residente. Enquanto medida capaz de garantir o acesso a condições materiais de vida digna, a proteção constitucional e normativa do direito à saúde afirma-se como política de reconhecimento para pretos e pardos.

Diante dos indicadores apresentados, percebe-se que a “perspectiva integradora das políticas de saúde com a arquitetura geral do sistema de seguridade social, gerou um efeito potencialmente benéfico em termos de redução das assimetrias” (PAIXÃO, 2011:76), apesar disso, os índices refletem “as dificuldades da plena universalização dos serviços de atendimento à saúde no Brasil, evidenciando que a luta pela igualdade de cor ou raça no acesso ao sistema e a implantação do dispositivo constitucional são não apenas complementares, mas a própria via para sua efetivação” (PAIXÃO, 2011:77).

A denúncia da insuficiência de medidas universais não tem o condão de desqualificá-las ou minimizar seus impactos positivos, mas tão somente destacar suas falhas e subsidiar políticas particularistas que as complementem. As falhas das ações universais ficam patentes, por exemplo, quando se analisa os padrões de

²³⁴ De acordo com o *Relatório* (PAIXÃO, 2011:71-74), em 2008, em todo o país, 34,9% da população branca e 17,1% dos negros tinham plano de saúde particular. Do total dos planos existentes, 63,6% eram pagos por empresas, 35,4% pelo titular e 1,0% por outros agentes. “No caso da população branca, a empresa pagava 60,0% dos planos, o titular 39,0% e outros agentes 1,0%. Já entre pretos & pardos, o pagamento do plano de saúde via empresa correspondia a 70,9% dos planos, pelo próprio titular, a 28,1% e por outros agentes, mais uma vez 1,0%. Quanto ao montante pago às empresas de saúde, no caso da população branca 44,8% eram valores de até R\$100,00, 36,0%, valores entre R\$100,00 e R\$300,00 e 19,1% valores acima de R\$300,00. Esta distribuição pouco se assemelha à dos pretos & pardos que possuíam plano privado de saúde: 62,3% eram valores de até R\$ 100; 29,3% entre R\$100,00 e R\$300,00 e 8,3% valores acima de R\$ 300,00” (PAIXÃO, 2011:73)”.
Para determinar a qualidade dos planos de saúde, os autores do relatório fixaram como padrão de boa qualidade os planos que ofereciam os seguintes serviços: direito a reembolso, internação e atendimento em outros municípios. Os que não contemplassem alguma dessas condições, foram considerados de baixa qualidade. Por esses critérios, em 2008 o percentual da população branca coberta por planos de boa qualidade chegava a 32,1% (de baixa qualidade, 69,5%); no caso dos negros 25,5% eram cobertos por planos de boa qualidade, frente a 74,5% dos que estavam diante de planos de baixa qualidade.

morbidade. As doenças decorrentes de precárias condições de vida, como a dengue, tuberculose, hanseníase, leishmaniose, esquistossomose, sífilis congênita e gestante afetam com maior probabilidade os pretos e pardos. As lacunas do sistema único de saúde afetam mais diretamente um determinado grupo social, o que leva à conclusão de que nem o acesso, tampouco a distribuição dos ônus desse sistema se dá de maneira universal e igualitária tal como prescreve o dispositivo constitucional.

Situação semelhante aparece quando se busca analisar o direito social mais recentemente positivado na constituição, o direito à alimentação. Por só ter sido incorporado pelo constituinte reformador em 2010, através da Emenda Constitucional nº 64, são poucos os trabalhos jurídico-doutrinários relativos ao tema. Na condição de direito fundamental visa garantir que qualquer ser humano tenha acesso a quantidade e qualidade de alimentos necessários à sua subsistência, tendo em vista seus hábitos e práticas culturais. Representa, portanto, algo mais do que matar a fome.

Para determinar padrões alimentares adequados, apela-se à *Escala Brasileira de Insegurança Alimentar* (Ebia)²³⁵ que estabelece quatro categorias de

²³⁵ A Ebia contempla 15 perguntas:

- 1- Nos últimos três meses, os moradores do domicílio tiveram a preocupação de que os alimentos acabassem antes de poderem comprar ou receber mais comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 25,5% dos brancos e 47,8% dos negros entrevistados.
- 2- Nos últimos três meses, os alimentos acabaram antes que os moradores do domicílio tivessem dinheiro para comprar mais comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 16,7% dos brancos e 36,0% dos negros entrevistados.
- 3- Nos últimos três meses, os moradores do domicílio ficaram sem dinheiro para ter uma alimentação saudável e variada? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 21,6% dos brancos e 44,2% dos negros entrevistados.
- 4- Nos últimos três meses, os moradores do domicílio comeram apenas alguns alimentos que ainda tinham porque o dinheiro havia acabado? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 19,9% dos brancos e 41,0% dos negros entrevistados.
- 5- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade diminuiu, alguma vez, a quantidade de alimentos nas refeições porque não havia dinheiro para comprar comida? Ou deixou de fazer alguma refeição porque não havia dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a primeira pergunta 49,0% dos brancos e 60,7% dos negros entrevistados. Na segunda, o percentual de brancos foi de 21,0% e 30,5% de pretos e pardos.
- 6- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade, alguma vez, comeu menos porque não havia dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 42,8% dos brancos e 54,6% dos negros entrevistados.
- 7- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade, alguma vez, sentiu fome, mas não comeu porque não tinha dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 18,0% dos brancos e 25,5% dos negros entrevistados.

alimentação: 1) segurança alimentar²³⁶; b) insegurança alimentar leve²³⁷; c) insegurança alimentar moderada²³⁸; e, d) insegurança alimentar grave²³⁹. A partir desses critérios, foram coletados dados, divididos por regiões e por grupamento de cor ou raça, que permitem entender a situação alimentar das famílias brasileiras, conforme tabela abaixo.

-
- 8- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade perdeu peso porque não comeu quantidade suficiente de comida, devido à falta de dinheiro para comprá-la? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 15,9% dos brancos e 21,9% dos negros entrevistados.
 - 9- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade, alguma vez, fez apenas uma refeição ou ficou um dia inteiro sem comer, porque não tinha dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 14,4% dos brancos e 20,6% dos negros entrevistados.
 - 10- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade, alguma vez, deixou de ter uma alimentação saudável e variada, porque não havia dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 53,6% dos brancos e 65,6% dos negros entrevistados.
 - 11- Nos últimos três meses, algum morador de 18 anos ou mais de idade, alguma vez, não comeu quantidade suficiente de comida, porque não havia dinheiro para comprá-la? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 27,3% dos brancos e 39,3% dos negros entrevistados.
 - 12- Nos últimos três meses, alguma vez foi diminuída a quantidade de alimentos das refeições de algum morador com menos de 18 anos de idade, porque não havia dinheiro para comprar a comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 29,1% dos brancos e 41,1% dos negros entrevistados.
 - 13- Nos últimos três meses, alguma vez, algum morador com menos de 18 anos de idade deixou de fazer uma refeição porque não havia dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 11,9% dos brancos e 19,1% dos negros entrevistados.
 - 14- Nos últimos três meses, alguma vez, algum morador com menos de 18 anos de idade sentiu fome, mas não comeu porque não havia dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 11,3% dos brancos e 18,0% dos negros entrevistados.
 - 15- Nos últimos três meses, alguma vez algum morador com menos de 18 anos de idade ficou sem comer por um dia inteiro porque não havia dinheiro para comprar comida? Em 2004, responderam positivamente a esse quesito 4,6% dos brancos e 7,3% dos negros entrevistados.

²³⁶ Há *segurança alimentar* quando não há restrição alimentar de qualquer natureza, nem mesmo a preocupação com a falta de alimentos no futuro. (PAIXÃO, 2011:125)

²³⁷ A *insegurança alimentar leve* ocorre quando há preocupação ou incerteza quanto ao acesso aos alimentos, portanto, há o comprometimento da qualidade da dieta e o risco para a sustentabilidade das pessoas que residem no domicílio. (PAIXÃO, 2011:125)

²³⁸ Na *insegurança alimentar moderada* aparecem restrições quantitativas especialmente relevantes em termos de acesso ao alimento entre pessoas adultas. (PAIXÃO, 2011:125)

²³⁹ Na hipótese de *insegurança alimentar grave* há redução importante da quantidade de alimentos disponíveis, tanto para a alimentação de adultos como para a de crianças que residem no domicílio. São situações com reais possibilidades de ocorrência de fome. (PAIXÃO, 2011:125)

Tabela 1. População residente de acordo com a prevalência de intensidade de situação de insegurança alimentar sobre os grupos de cor ou raça selecionados, grandes regiões, 2004 (em % da população)												
Regiões	Branços				Pretos e Pardos				Total			
	Segurança alimentar	Insegurança alimentar			Segurança alimentar	Insegurança alimentar			Segurança alimentar	Insegurança alimentar		
		leve	moderada	grave		leve	moderada	grave		leve	moderada	grave
Norte	61,7	16,0	14,2	8,0	43,6	20,2	21,3	14,9	48,0	19,2	19,6	13,2
Nordeste	51,0	19,9	19,3	9,7	36,8	21,3	25,6	16,3	41,1	20,9	23,7	14,3
Sudeste	76,5	14,1	6,8	2,6	57,8	21,9	13,8	6,5	69,5	17,0	9,4	4,1
Sul	77,1	13,2	6,8	2,9	58,1	19,9	14,6	7,4	73,9	14,3	8,1	3,7
Centro-Oeste	74,0	15,0	8,0	3,1	59,4	21,0	13,0	6,5	65,8	18,4	10,8	5,0

Fonte: IBGE, microdados PNAD (Suplemento "Segurança Alimentar")
 Tabulações LAESER: Fichário das Desigualdades Raciais. (PAIXÃO, 2011:126)
 Nota: a população total inclui indivíduos de cor ou raça amarela, indígena e ignorada.

Figura 1

De acordo com o Relatório (PAIXÃO, 2011:126) as questões que mais comumente afetaram pretos & pardos foram: a) ter deixado, alguma vez, de comprar alimentação saudável e variada por falta de dinheiro para comprar comida; b) ter diminuído, alguma vez, a quantidade de alimentos nas refeições por falta de dinheiro para comprar comida; c) algum morador com 18 anos ou mais, alguma vez comeu menos por falta de dinheiro para comprar comida; d) moradores do domicílio tiveram preocupação de que os alimentos acabassem antes de poderem comprar ou receber mais comida; e, e) ficaram sem dinheiro para ter uma alimentação saudável e variada.

O grau de assimetria a que está exposta a população negra, em relação ao acesso à alimentação demonstra igualmente que políticas públicas universais de combate à fome e de garantia de uma alimentação saudável e equilibrada tendem a representar políticas de reconhecimento para esse grupo social. Essa afirmação pode ser exemplificada pelos efeitos que o Programa Federal Bolsa Família teve no perfil das famílias (em relação à sua condição alimentar), cujos titulares da política eram pretos ou pardos.

Ainda que os requisitos²⁴⁰ para ser beneficiário do Programa Bolsa Família (PBF) não sejam definidos por cor ou raça, percebe-se uma nítida preponderância de negros como seus titulares. Esses respondem por 65,5% do programa, enquanto

²⁴⁰ De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e combate à fome, o Programa Bolsa Família é um programa de transferência direta de renda que beneficia família em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País. Nesse sentido, são beneficiadas as famílias com renda mensal por pessoa de até R\$ 70,00 (setenta reais), com ou sem crianças e aquelas com renda mensal por pessoa entre R\$ 70,01 e R\$140,00 (cento e quarenta reais) e que tenham crianças e adolescentes em sua composição. Dados disponíveis em <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>, acesso em 13 de julho de 2012.

brancos representam 34,6% dos favorecidos. Em 2008, O IBASE publicou uma pesquisa intitulada *Repercussões do Programa Bolsa Família na Segurança Alimentar e Nutricional*²⁴¹. Nessa pesquisa, fica evidenciado o impacto que a política gerou na saúde alimentar das famílias brasileiras em situação de vulnerabilidade.

Especialmente nas famílias cujos titulares do programa federal eram pretos ou pardos, a mudança foi significativa.

Observa-se que a presença da renda do PBF contribuiu para o aumento, especialmente, na quantidade de alimentos (73,8%), na sua variedade (70,0%), no aumento no número de refeições dentro e fora de casa (14,9%), bom como na compra de alimentos infantis (63,0%).

(...) verifica-se que os pretos & pardos, comparativamente aos brancos, revelaram maior proporção de famílias que aumentaram a quantidade de alimentos (respectivamente, 75,7% e 70,1%) e que ampliaram a compra de alimentos infantis (64,2% entre as famílias de titulares do PBF pretos & pardos, e 60,9%, entre as famílias de titulares do PBF brancos). (PAIXÃO, 2011:140)

Merece destaque também o fato do programa ter aumentado a disponibilidade de todos os grupos de alimentos. Famílias cujos titulares são negros, experimentaram um maior incremento comparativo de sua alimentação, principalmente em relação aos seguintes alimentos: arroz, feijão, carnes, leites e derivados, açúcar, café, óleos e gorduras.

Aqueles que na tabela anterior mais padeciam de insegurança alimentar, nas suas três modalidades, foram os que mais benefícios auferiram com o programa. Mais uma demonstração de que nem o apelo irrestrito à políticas particularistas, tampouco a defesa incontestada da neutralidade pública são suficientes para o enfrentamento dos problemas sociais mais graves.

No âmbito da previdência social, o impacto da proteção do direito à seguridade sobre a população negra sofre alterações dependendo principalmente das políticas econômicas adotadas. Antes da Constituição de 1988, boa parte da população preta e parda ficava excluída dos benefícios previdenciários e assistenciais porque o critério básico para adquiri-los era pertencer a uma categoria profissional formal e contribuir para a Previdência. Estando esse

²⁴¹ Disponível em < http://www.ibase.br/userimages/ibase_bf_sintese_site.pdf>, acesso em 13 de julho de 2012.

contingente basicamente distribuído entre trabalhadores domésticos, rurais e do mercado informal, obstado estava o acesso aos mecanismos oficiais de proteção.

Depois da promulgação do texto constitucional, percebe-se um avanço significativo do acesso da população negra à previdência. A universalidade da cobertura e do atendimento trouxe novos atores ao modelo de seguridade e propiciou uma velhice mais digna a uma série de trabalhadores brasileiros.

No que tange à evolução das desigualdades de cor ou raça em termos dos benefícios previdenciários, o cenário do período 1988-2008 foi de redução nas assimetrias nos proventos médios recebidos por brancos e pretos & pardos. O declínio das desigualdades ocorreu dentro de um contexto de elevação dos rendimentos previdenciários em termos reais. Estes aumentos, por sua vez, ocorreram impulsionados pelos já mencionados controle da inflação, vínculo do piso previdenciário ao piso salarial nacional, criação da figura o *segurado especial* e aumento real do salário mínimo verificado ao longo dos últimos anos. No ano de 1988, a diferença entre a remuneração das aposentadorias dos brancos de ambos os sexos e dos pretos & pardos de ambos os sexos era igual a 120,9%. No ano de 1998, esta diferença havia declinado para 76,0% e, em 2008, se reduziu para 46,7%. (PAIXÃO, 2011:184)

Em 1988, 37,5% do total de beneficiários da Previdência Social eram negros; em 2008, esse contingente totalizou 42,6% (PAIXÃO, 2011:182). Acredita-se que o avanço só não foi maior porque as alterações empreendidas no final da década de 90, principalmente através da Emenda Constitucional nº 20²⁴², trouxeram alguns retrocessos, na medida em que vincularam a contribuição individual aos benefícios e postergaram a idade média para o acesso aos mesmos.

O sistema previdenciário brasileiro ainda alberga mais brancos do que negros. Esses últimos, quando conseguem acessá-lo, acabam usufruindo por menos tempo dos benefícios. Aqueles que conseguem escapar do genocídio a que está sendo submetida a juventude negra²⁴³ e ainda assim, reunir as condições necessárias para o benefício, esbarram nas situações de saúde pública e alimentar anteriormente destacadas, entre outras, o que acaba influenciando na menor

²⁴² De acordo com PAIXÃO (2011: 203): “Considerando-se apenas o contingente de 60 anos de idade ou mais, no ano de 1998, ano da aprovação da Emenda Constitucional nº 20, 58,0% dos brancos naquele grupamento etário estavam aposentados, percentual que, em 2008, declinou para 57,8%, uma redução de 0,2% ponto percentual. No contingente preto & pardo de 60 anos de idade ou mais, o peso relativo dos aposentados declinou de 63,0%, em 1998, para 59,1%, em 2008, uma queda de 3,9 pontos percentuais”.

²⁴³ Essa questão será explorada com mais detalhes no próximo capítulo.

expectativa de vida desse grupo social²⁴⁴ e no conseqüente declínio desse contingente na população beneficiária quando se avança no corte etário.

Mais um fator de desigualdade racial flagrante que tentou ser minimizado pelo constituinte de 1987-88, através de critérios que garantissem ao mesmo tempo a cobertura universal e a inclusão de grupos sociais até então destituídos da proteção estatal, mas que teve seus efeitos enfraquecidos pela aproximação do modelo brasileiro das exigências do ideário neoliberal hegemônico da década de 90.

Os indicadores sociais relativos ao direito à educação refletem igualmente avanços que podem ser creditados ao ordenamento constitucional de 1988, mas evidenciam o fato que de as assimetrias entre brancos e negros permanece ainda muito grande. As medidas universais melhoraram o acesso e permanência de pretos e pardos na escola, mas do índice de analfabetismo ao ensino superior, percebe-se que esse contingente mantém em relação aos brancos um *déficit* muito significativo.

Tabela 2. Taxa de analfabetismo da população residente por faixas etárias selecionadas, segundo os grupos de cor ou raça, Brasil, nos anos de 1988, 1998 e 2008 (em % da população)												
	1988				1998				2008			
	15+	25+	40+	65+	15+	25+	40+	65+	15+	25+	40+	65+
Branco	12,1	14,8	21,8	36,4	8,4	10,5	14,9	26,6	6,2	7,6	10,2	20,6
Pretos & pardos	28,6	34,9	47,3	68,6	20,8	26,3	36,0	56,8	13,6	17,4	24,5	45,4
Total	18,9	22,7	31,7	48,6	13,8	17,0	23,3	37,4	10,0	12,4	16,9	30,9

Fonte: IBGE, microdados PNAD
 Tabulações LAESER: Fichário das Desigualdades Raciais. (PAIXÃO, 2011:207)
 Nota 1: a população total inclui os indivíduos de cor ou raça amarela, indígena e ignorada
 Nota 2: nos anos de 1988 e 1998 não inclui a população residente nas áreas rurais da região Norte (exceto Tocantins em 1998)

Figura 2

²⁴⁴ Levantamento feito pelo Nepo (Núcleo de Estudos de População) da Unicamp revela que entre a população preta e parda, a expectativa de vida, em 2008, era de 67,03 anos. Entre a parcela de cor branca, a perspectiva era de 73,13 anos. Na população brasileira, a esperança de vida era de 70,94 anos.

Entre os homens pretos e pardos, o indicador não passou de 66,74 anos. No contingente masculino da população branca, a expectativa alcançou 72,39 anos. No estudo com as mulheres, a esperança de vida entre pretas e pardas foi de 70,94 anos, abaixo dos 74,57 anos estimados para a parcela feminina da população branca. Dados disponíveis em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/904683-expectativa-de-vida-de-negros-e-6-anos-menor-que-de-brancos.shtml>>, acesso em 8 de julho de 2012.

Os dados demonstram que apesar dos negros terem experimentado uma redução mais acelerada nas taxas de analfabetismo (entre brancos, em vinte anos, a taxa caiu 5,9 pontos percentuais; entre os negros 14,9 pontos percentuais), em 2008 os índices de analfabetismo entre pretos & pardos ainda era superior ao mesmo indicador entre os brancos de vinte anos antes. (PAIXÃO, 2011:207). Além de importante diminuição nas taxas de analfabetismo, houve, no período entre 1988 e 2008, redução também do analfabetismo funcional da população acima de 15 anos. Entre os brancos a taxa caiu de 30,4% para 16,1%; entre os negros de 51,5% para 26,6%; na população total os índices caíram de 39,1% para 21,4%.

A média dos anos de estudo também subiu nos dois grupos raciais, mantendo o hiato entre eles: Para os brancos, a média de anos de estudo em 1988 era de 5,2; em 1998 de 6,8; e em 2008 passou para 8,3. Entre os negros, em 1988 (3,6); 1998 (4,7) e 2008 (6,5). Levando-se em conta toda a população: em 1988 (4,5), 1998 (5,9) e em 2008 (7,4).

Os dados referentes à cobertura do sistema de ensino foram produzidos a partir da taxa de adequação dos estudantes a cada uma das fases escolares, daí a aferição do ensino fundamental entre aqueles com 07 a 14 anos, do ensino médio (entre os de 15 e 17 anos) e no ensino superior (de 18 a 24 anos).

	ENSINO FUNDAMENTAL (em % da população de 07 a 14 anos)			ENSINO MÉDIO (em % da população de 15 a 17 anos)			ENSINO SUPERIOR (em % da população de 18 a 24 anos)		
	1988	1998	2008	1988	1998	2008	1988	1998	2008
Branco	84,9	93,4	95,4	22,2	40,7	61,0	7,7	10,9	20,5
Pretos & pardos	74,9	88,6	94,7	7,8	18,6	42,2	1,8	2,0	7,7
Total	80,0	90,9	94,9	15,4	29,9	50,4	5,2	6,8	13,7

Fonte: IBGE, microdados PNAD
 Tabulações LAESER: Fichário das Desigualdades Raciais. (PAIXÃO, 2011)
 Nota 1: a população total inclui os indivíduos de cor ou raça amarela, indígena e ignorada
 Nota 2: nos anos de 1988 e 1998 não inclui a população residente nas áreas rurais da região Norte (exceto Tocantins em 1998)

Figura 3

É digna de comemoração propriamente dita a quase universalização presenciada no ensino fundamental (95,4% entre branco; 94,7 entre negros e 94,9 da população brasileira). Para análise dos percentuais apresentados sobre o ensino

médio, além do contingente refletido na tabela 3, é necessário considerar a realidade de jovens que deveriam figurar naquela estatística, por estarem entre 15 e 17 anos, mas que lá não estão. De acordo com o *Relatório* quase três em cada quatro jovens dessa faixa etária estavam, em 2008, estudando em séries abaixo de sua idade ou haviam abandonado o colégio: “Entre os brancos, a taxa chegava a 66,0%, e entre os pretos & pardos, a quase 80,%” (PAIXÃO, 2011:246).

O funil representado pelo ensino superior demonstra seu elitismo e caráter excludente através dos índices que marcam os períodos de 1988 e 1998, bem como um salto quantitativo na última década aferida, que pode ser creditado aos programas de ação afirmativa de corte sócio-racial implementados em maior escala, notadamente a partir de 2003, tanto em Instituições de ensino públicas quanto nas privadas.

Conforme afirmado no item referente às Ações Afirmativas, políticas universais de educação não são suficientes para equilibrar o quadro social entre brancos e negros. Melhoram as condições dos dois grupos, mas mantém praticamente intocadas as assimetrias entre eles.

Pensar o reconhecimento da população negra brasileira passa necessariamente pela tomada de consciência da realidade social a que estão submetidos. Os dados produzidos pelo LAESER foram trazidos exatamente com o intuito de reforçar a crença inicial de que não se pode, notadamente no Brasil, defender o respeito ao Outro sem alteração das condições materiais indignas de vida que precisam enfrentar. Não se trata de falar em reconhecimento e redistribuição, porque sinceramente não se acredita que possa haver respeito, e portanto reconhecimento, descolado do acesso à saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho, seguridade social e lazer. Falar em reconhecimento é pressupor não apenas a proteção dos direitos sociais, mas principalmente sua concretização.

Os direitos sociais são, nesse sentido, fundamentais para conformação da segunda esfera do reconhecimento, a conquista do autorrespeito. A impossibilidade do exercício dos direitos gera a crença de que lhes faltam as condições necessárias para a participação igual no acordo racional, há a confirmação de uma auto-imagem distorcida, na medida em que se acredita que não merece por parte do Estado o mesmo respeito que os demais.

No tratamento dado aos direitos sociais, a dogmática constitucional tem sido hegemônica no sentido de assinalar a sua flagrante carência de efetividade. No entanto, as tentativas de proposição de uma maior efetividade têm se reduzido ao reconhecimento de limitações, principalmente de natureza financeira, justificando a não prestação por parte do Estado destes direitos.

Faz-se referência aqui à adesão na doutrina e jurisprudência que teorias como *Mínimo Existencial*²⁴⁵, *Reserva do Possível*²⁴⁶ e *Reserva Orçamentária*²⁴⁷ alcançaram nos últimos anos. Admitir a aplicação destas teorias no processo de efetivação dos direitos sociais é afirmar a possibilidade de que se estabeleça gradações de respeito entre brasileiros. A prestação destes direitos pelo Estado não significa cortesia, trata-se de observância de um compromisso formalmente adotado pelo poder constituinte originário que influencia diretamente no processo de formação de identidades. E, como tal, deve ser tratado de forma mais séria e responsável.

Dentre os direitos fundamentais consagrados nas Constituições, os direitos sociais são aqueles que mais fortemente marcam a interferência do Estado na sociedade, no intuito de garantir condições de vida digna para sua população. São direitos implementados através de políticas públicas²⁴⁸ e programas de ação

²⁴⁵ Nas palavras de Ricardo Lobo Torres: “A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo do qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; (...) Insista-se em que o mínimo existencial pode exibir o *status negativus*, que impede generalizadamente a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos, e o *status positivus libertatis*, que postula a entrega de prestações estatais positivas a quem se encontra abaixo de certo nível de pobreza” (TORRES, 2003:356). Segundo o mesmo autor: “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (...) considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (...) que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social”. (TORRES, 2008:314). Em complementação à teoria do mínimo existencial, foi desenvolvida a teoria da *proibição do retrocesso*: diante de “normas constitucionais que impõem ao Estado a realização de tarefas concretas e definidas no âmbito da realização dos direitos sociais (...) entende-se que o legislador perde margem para eventual retrocesso, pelo menos quando tal retrocesso configure a criação ou reposição de um incumprimento omissivo da Constituição” (NOVAIS, 2006:192).

²⁴⁶ Entende-se por Reserva do Possível “Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade (...) o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir seu direito fundamental”. (LEIVAS, 2006:99).

²⁴⁷ A Reserva Orçamentária ou Reserva financeira do Possível exigem a disponibilidade financeira de recursos e a conseqüente previsão em lei orçamentária para que o estado seja obrigado a prestar determinado direito social. (LEIVAS, 2006).

²⁴⁸ Conforme Eloísa de Mattos Höfling (2001), políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a

governamental e que visam superar os *déficits* sociais. São, portanto, direitos que têm como desafio lidar com o fenômeno da exclusão, vista não apenas no seu aspecto econômico convencional.

Os direitos sociais representam o compromisso do Estado pela busca do reconhecimento mútuo pleno, na medida em que impõem a realização de políticas públicas não contingenciais, não vinculadas a governos, mas políticas de Estado direcionadas, dentre outros, à construção de uma sociedade livre, justa, solidária e preocupada com a promoção do bem de todos, respeitadas as diferenças de formas de vida culturais específicas.

São direitos que têm por objetivo fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição da igualdade e de uma liberdade real, por isso, estão intimamente atrelados à idéia de compensação das desigualdades²⁴⁹. Marcam a transição da liberdade formal para a liberdade real, tendo como norte a busca pela realização concreta da igualdade.

Defender a efetividade dos direitos sociais consiste, antes de qualquer coisa, em afirmar a possibilidade de apostar na realização de um Estado Social de Direito e reagir à hegemonia do modelo de um Estado Liberal de Direito²⁵⁰. A defesa de um Estado Social de Direito deve ser mais intensa em países periféricos, uma vez que sua implementação encontra-se diretamente vinculada ao seu grau de legitimidade: “Sem Estado Social não há democracia, sem democracia não há legitimidade” (BONAVIDES, 2003:156). No mesmo sentido, ressalta Gilberto Bercovici (2004:127) que “sem homogeneidade social, a mais radical igualdade

redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais. In Estado e Políticas (Públicas) Sociais. Cadernos CEDES vol.21 no.55 Campinas Nov. 2001. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>>, acesso em 05 de maio de 2007.

²⁴⁹ O debate proposto sobre a desigualdade, a considera no sentido desenvolvido por Göran Therborn, que a define envolvendo “a divisão do trabalho – hierárquico ou igualitário-, a alocação de direitos, a distribuição de renda e riqueza, a estrutura de riscos de saúde e de oportunidades de carreira. Deveria atentar também para a padronização de auto-imagens e autoconfiança, a difusão de conhecimentos e para a abertura de ou rigidez de sistemas valorativos relativamente à gama de opções individuais e aspirações na vida”. Göran Therborn (2002:67).

²⁵⁰ Conforme ressalta Andreas Krell (2002:91), “Torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juizes brasileiros a teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não adaptou suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico”.

formal se torna a mais radical desigualdade, e a democracia formal, ditadura da classe dominante”.

Num contexto como o brasileiro, envergonhado pela fome, miséria, desrespeito, exclusão e invisibilidade:

O Estado social, a despeito da impiedosa crítica marxista e do colapso do Estado liberal, constitui a palavra de esperança com que acenam estadistas e teóricos do Ocidente, na ocasião em que os elementos da tempestade social, de há muito acumulado no horizonte político das massas proletarizadas, ameaçam desabar sobre a ordem social vigente, impondo-lhe o dilema de renovar-se ou destruir-se. Nele vemos a única saída honrosa e humana que ainda resta para a crise política e social dos povos que habitam a grande bacia atlântica. (BONAVIDES, 2003:147)

O Estado Social, ao permitir a utilização de meios intervencionistas direcionados à instituição do equilíbrio entre as relações sociais, propõe um regime de garantias ancoradas numa concepção democrática de poder e comprometida com a realização dos direitos fundamentais, “concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado” (BONAVIDES, 2003:157). Emergem como eco das demandas sociais por justiça, igualdade e liberdade e, nesse sentido, funcionam como um importante elemento no processo de construção dos laços de pertença da sociedade com o texto constitucional.

O Constituinte de 1987/88 estava, sem dúvida, atento a este contexto ao propor um texto “formalizador” de um Estado Social de Direito²⁵¹. Não por acaso, gerou inconformismo por parte do capital estrangeiro e das elites nacionais desde o seu processo de elaboração²⁵². O texto de fato reflete este ideário, mas o processo de efetivação de suas normas, notadamente as que conformam os direitos sociais, caminham em sentido inverso.

²⁵¹Maria Victoria Benevides afirma que “Temos uma bela Constituição social o que, sem dúvida, representa um avanço considerável em relação à história de um país regado com sangue de escravos. No entanto, ainda hoje, a realidade brasileira explode em violenta contradição com aqueles ideais proclamados”. Disponível em <<http://www.hottopos.com/vdletras3/vitoria.htm>>, acesso em 25 de maio de 2007.

²⁵²Paulo Bonavides (2004:498) alerta que em artigo do *Financial Times* de Londres, encontramos afirmações nesse sentido: “A constituição é menos impressionante quando aborda questões econômicas. As disposições são retrógradas, ignorando a atual tendência latino-americana de maior participação das forças de mercado e de diminuição das restrições ao capital estrangeiro”. Quando do segundo turno das votações da Constituinte de 1987/1988, o então Presidente da República José Sarney ocupou a cadeia nacional de rádio e televisão para demonstrar que texto que estava sendo produzido transformaria o país em ingovernável. Em resposta, o Presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, afirmou “A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis.”

Autores como Ingo Sarlet (2003) apontam como principais problemas de efetividade dos direitos sociais: 1) o seu caráter prestacional, e 2) a sua natureza de normas programáticas. Enquanto direitos positivos ou prestacionais²⁵³, os direitos sociais demandam para sua efetivação uma conduta positiva por parte do Estado, “reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera social e econômica” (SARLET, 2003:272). São direitos cuja realização impõe seja criada ou colocada à disposição uma prestação, “objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” (Idem).

O fato de serem direitos vinculados à destinação, distribuição e redistribuição de bens e recursos públicos, faz com que possuam uma dimensão econômica significativa. Nessa característica repousa um limite fático à efetivação destes direitos²⁵⁴. Normalmente os Estados periféricos dispõem de uma capacidade limitada de recursos para promoção dos direitos sociais, da forma determinada pelo texto constitucional. Além da inexistência ou carência de recursos, em alguns casos faltaria ao Estado a capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes, isto é, de dar uma destinação distinta aos recursos previstos na Lei Orçamentária. Assim, os direitos sociais ficam submetidos àquilo que a doutrina convencionou chamar “Reserva do Possível” e “Reserva Orçamentária”. Além disso, sua jusfundamentalidade tem sido reduzida à idéia do “Mínimo Existencial”.

Outro entrave à sua concretização estaria vinculado ao aspecto político. A grande maioria das normas constitucionais que definem direitos sociais são classificadas como normas programáticas. Apesar do parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição Federal determinar que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, o entendimento dominante sustenta que a eficácia plena destas normas fica condicionada a elaboração de uma futura norma infraconstitucional regulamentando seu exercício. Esta característica

²⁵³ Nem todos os direitos sociais são considerados prestacionais, alguns são caracterizados como direitos de defesa ou direitos negativos. Estes, ao contrário, caracterizam-se por limitar o poder estatal, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal. Podem ser considerados como direitos sociais de defesa, por exemplo, o direito à greve.

²⁵⁴ É esta relativa ineficácia que alimenta, em larga medida, a ideia feita de que os direitos sociais – dependentes como estão de uma actuação positiva financeiramente condicionada – não passam de proclamações políticas com assento constitucional, mas sem a força normativa própria dos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2006:191)

foi tratada como “entrave político”, na medida em que a mora ou omissão do legislador impedem a imediata fruição destes direitos. A sua não regulamentação implica em não definição das bases através das quais deve o Estado prestar o direito fundamental. Como a administração pública só pode fazer aquilo que a lei expressamente permite e nos limites definidos por esta²⁵⁵, a inexistência da lei implica na não realização das políticas públicas responsáveis pela prestação dos direitos sociais.

Todas essas limitações à efetividade dos direitos sociais podem ser mitigadas se afirmado o caráter social da Constituição brasileira, propondo nada além do que a sua correta observância. O modelo informador do texto constitucional pretende equilibrar a construção de um Estado Social com o exercício da Democracia e demais direitos fundamentais. O modelo liberal tomado como hegemônico no seu processo de interpretação e aplicação gera uma contradição inaceitável entre o texto e a realidade e, pior, macula a possibilidade das minorias perceberem no texto constitucional o eco de suas demandas e, com isso, se verem reconhecidas nele e por ele. A comunidade deve reconhecer o texto jurídico hierarquicamente superior como fruto de suas lutas, repositório de suas principais conquistas, quem sabe até o documento que representará o triunfo político de sua sociedade²⁵⁶.

É preciso que o povo reconheça o texto constitucional como seu: “Nos identificamos como membros de um grupo quando somos capazes de ver nossos próprios sentimentos e ações com o mesmo olhar com que os demais também veriam” (CITTADINO, 2005:159). A falta de reconhecimento ou o falso reconhecimento aprisionam indivíduos ou grupos em um mundo marcado pela

²⁵⁵ Conforme José Afonso da Silva (2005:427), para a administração pública, o princípio da legalidade tem uma conotação própria: na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto os particulares podem fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

²⁵⁶ A idéia de um texto representativo de um triunfo expressivo tem raízes profundas na nossa civilização. Na realidade, remonta às religiões semíticas: o judaísmo, o cristianismo e o islã. Em cada uma delas, existe um profeta que muda o curso do tempo e anuncia um “recomeço”, como foi o caso de Moisés, Jesus e Maomé. O profeta diz: “Trago um texto para vocês, que é a voz de Deus”, e o mundo se transforma por completo. Assim, um texto no Ocidente representou durante milhares de anos uma situação de “recomeço”. Já nas Revoluções Francesa e Americana, o Iluminismo apropriou-se dessas mesmas idéias. (...) Tanto na Revolução Americana como na Francesa, os defensores do Iluminismo secular se apropriam da idéia de um “recomeço” da religião semítica, dizendo: “OK, esqueçam Deus, pois nós, o povo, vamos criar os fundamentos de um ‘recomeço’ e vamos escrevê-los, de forma a defender esses princípios contra o retrocesso.” Nesse sentido, ver Bruce Ackerman (1999:16-17).

humilhação e noção de inferioridade. Quando uma constituição não assegura a todos os seus destinatários o exercício dos direitos nela declarados, está contribuindo para o enraizamento das relações de desigualdade e desrespeito e, conseqüentemente, violando frontalmente as identidades de muitos de seus cidadãos²⁵⁷.

Uma ordem jurídica será legítima, na medida em que assegurar por igual a autonomia dos cidadãos. Os cidadãos só são autônomos quando, destinatários do direito podem, ao mesmo tempo, entender-se a si mesmos como autores do direito. A integridade dos indivíduos para ser garantida depende da proteção das formas de vida e tradições nas quais os membros de uma comunidade podem reconhecer-se.

Uma configuração adequada do direito, ancorada nas idéias de Estado de Direito e Democracia, acata não apenas demarcações políticas de objetivos gerais, mas também fins coletivos que se articulam em lutas por reconhecimento. As ordens jurídicas nada mais são do que expressões de uma forma de vida em particular, as decisões do legislador político, que, para serem legítimas, devem representar a autocompreensão de uma coletividade e de suas formas de vida. Nesse sentido, a constituição deve criar as condições através das quais as relações de dominação e desigualdade possam ser enfrentadas, discutidas e limitadas.

A carta constitucional deve exigir do Estado a promoção de uma política de reconhecimento igualitário, isto é, além dos direitos a todos assegurados, o reconhecimento de necessidades particulares de indivíduos ou grupos enquanto membros de culturas subjugadas (CITTADINO, 2005:161). A dignidade intrínseca aos seres humanos os tornam iguais, mas o que os torna diferentes deve ser respeitado e valorizado, como o é o princípio da cidadania igualitária.²⁵⁸

²⁵⁷ Michel Rosenfeld (2003:40) afirma que o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar a sua identidade: “o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível”.

²⁵⁸ O princípio da cidadania igualitária decorre da máxima de que o exercício democrático pressupõe tratar a todos como iguais independentemente das múltiplas identidades sexuais, raciais, étnicas ou religiosas. Ele envolve a atribuição de iguais direitos a todos e só admite a alteração desse esquema se a distribuição desigual de direitos vier a beneficiar os mais desfavorecidos. Nesse sentido afirma Gisele Cittadino (2005).

Não basta, todavia, que o texto constitucional cumpra todos os “requisitos” desenvolvidos acima do ponto de vista formal. Se não existir uma lealdade mínima entre o disposto no texto e a realidade social, o falso reconhecimento ou a falta de reconhecimento estarão configurados, principalmente, se o texto não puder alcançar mais diretamente alguns grupos sociais. Do contraste gritante entre a atribuição igualitária formal dos direitos e a distribuição desigual dos bens públicos, constata-se uma das hipóteses de Honneth, a de que as formas de reconhecimento estão sempre relacionadas a formas recíprocas de desrespeito social:

Em função dessa repartição de direitos subjetivos, a aquisição correspondente de *competências* no plano pessoal faz aparecerem formas específicas de menosprezo relativas às exigências que uma pessoa pode esperar ver satisfeitas pela sociedade. Outra é, desse ponto de vista, a humilhação relativa à negação de direitos civis, outra é frustração relativa à ausência de participação na formação da vontade pública, outra é o sentimento de exclusão resultante da recusa de acesso aos bens elementares. Sob a forma da negação de reconhecimento, a perda do respeito que a pessoa tem por si mesma recebe cada vez uma modalidade afetiva diferente. (RICOEUR, 2006:214)

O que a doutrina e jurisprudência constitucional brasileira tem oferecido como possibilidade de fruição dos direitos sociais, isto é, um modelo condicionado à edição de leis, à Reserva do Possível, à Reserva Orçamentária e, conseguindo superar todas essas condições, à sua aplicação apenas no mínimo necessário à sobrevivência, faz com que o Estado não reconheça como dignos de igual estima e consideração boa parte de seus cidadãos.

Conforme analisado no primeiro capítulo, Axel Honneth defende que uma das dimensões para que haja reconhecimento é a esfera do direito. No mesmo sentido, afirma Paul Ricoeur:

Cabe a esta análise enfatizar as condições materiais daquilo a que chamamos igualdade de oportunidades nas conquistas referentes ao direito: uma parte do não-reconhecimento não pode deixar de permanecer ligada à instituição do direito. (2006:211)

A perspectiva normativa de um outro generalizado – que ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos – é que faz com que indivíduos se vejam como pessoas de direito, seguras do cumprimento social de algumas de suas pretensões. O direito permite uma forma de reconhecimento do outro que independe da estima por suas realizações e

características particulares, são as propriedades universais que o identificam como pessoa, que servem de fundamento a essa forma de respeito. As lutas por reconhecimento nessa esfera têm por objetivo conceder àqueles que estão excluídos dessa relação as condições necessárias para a participação igual no acordo racional:

A tarefa dos direitos humanos é a compensação das vulnerabilidades e das desigualdades naturais e sociais. Uma doutrina dos direitos humanos equilibra-se entre dois pólos: o ideal da igualdade e o ideal da diferença. Ao mesmo tempo uma luta pela supressão de certas diferenças e pela preservação de particularismos. A luta pela supressão das diferenças se expressa no ideal da igualdade perante a lei, direitos civis e políticos, e pela proporcional distribuição dos custos e benefícios da vida social, direitos econômicos e sociais. A luta pela diferença significa valorizar a pluralidade do gênero humano, a luta pela afirmação de identidades. (LOPES, 1996).

Se é verdade que “a indignação constitui a estrutura de transição entre o menosprezo sentido na emoção da irritação e a vontade de se tornar um parceiro na luta pelo reconhecimento” (RICOEUR, 2006:214), constata-se outra hipótese de Honneth, a de que se pode atribuir às formas de desrespeito social o papel de combustível para o desencadeamento dos conflitos sociais por emancipação e mudança. Assim, defende-se que a luta pela efetividade dos direitos sociais é uma das formas de exercício da luta por reconhecimento e, como tal, não admite que o Estado institucionalize formas de gradação do respeito.

Ao lado dos direitos sociais, os direitos econômicos determinam modelos de intervenção estatal no mercado e identificam, ainda, uma moldura para os arranjos que podem ser admitidos entre agentes econômicos. Sua narrativa estabelece o padrão de relação que o Estado admite que o mercado mantenha com seres humanos, determinando limitações que indicam o grau de importância conferido ao primeiro ou a primazia de seus cidadãos.

A Constituição de 1988 fez uma opção muito nítida ao privilegiar, no título da *Ordem Econômica*, o tratamento respeitoso dos indivíduos e grupos sob sua jurisdição. E essa opção marcou de maneira significativa as discussões constituintes:

No rol das deliberações mais polêmicas destacavam-se questões concernentes à ‘constituição material’ da sociedade e do Estado brasileiros: propriedade fundiária, exploração de recursos naturais, desempenho de atividades econômicas, concessões de serviços públicos. Condensação da maioria governista no Congresso e da minoria conservadora na Constituinte, o bloco conservador

apresentou-se, ali, sobretudo após a formação do Centrão, como autêntica expressão parlamentar do ‘partido da ordem’. (PILATTI, 2008:4)

Não sem muita disputa e habilidade política de Ullysses Guimarães e Mário Covas principalmente, a maioria conservadora na constituinte foi obrigada a reconhecer novos atores político-econômicos e sujeitos de direito até então mantidos nos porões e senzalas da sociedade brasileira²⁵⁹.

Orientada pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, há a vinculação expressa da ordem econômica com a dignidade e justiça social. Junto com a previsão de respeito à livre concorrência e propriedade privada, encontra-se entre os limitadores da atividade econômica: a função social da propriedade; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; compromisso com a redução das desigualdades regionais e sociais, com a busca do pleno emprego; a garantia das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes.

O Estado se coloca como agente normativo e regulador dessas atividades, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, estimulando o cooperativismo e outras formas de associativismo.

O tratamento conferido pelo texto constitucional nessa matéria alinha-se a uma postura econômica que coloca o ser humano como fim de sua atividade e não como meio:

Os seres humanos são agentes, beneficiários e juízes do progresso, mas também são direta ou indiretamente, os meios primários de toda a produção. Esse duplo papel dos seres humanos dá origem à confusão entre fins e meios no planejamento e na elaboração de políticas. De fato, essa confusão pode tomar- e frequentemente toma – a forma de uma noção da produção e da prosperidade como a essência do progresso, considerando-se as pessoas como os meios pelos quais tal progresso na produção é obtido (ao invés de considerar a vida das pessoas como a finalidade última e tratar a produção como meios, tão somente, para atingi-la). (SEN, 1993)

²⁵⁹ Ainda que se possa fazer uma série de críticas quanto ao caráter conservador do texto em matérias referentes à reforma agrária e concessões de serviços públicos, o texto apresentava um caráter muito mais progressista do que o desejado pela elite nacional. Não por acaso, “no período pós-Constituinte, a revisão de algumas das decisões que corresponderam a vitórias progressistas integrou permanentemente a agenda congressual conservadora, até ser efetivada no ciclo de reformas de 1995, desencadeado por iniciativas formais do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso”. (PILATTI, 2008:5). Nesse sentido, Adriano Pilatti destaca as alterações empreendidas pelas Emendas Constitucionais nº 5, 6, 8 e 9 que determinaram, entre outros, a abertura da exploração de serviços locais de gás canalizado a empresas privadas; a supressão do conceito de empresa brasileira de capital nacional; a quebra do monopólio das telecomunicações; e a quebra do monopólio estatal do petróleo.

Considerando que o desenvolvimento econômico não se reduz à ampla prevalência do aumento da renda real, só estando garantido quando o bem-estar humano e a qualidade de vida passam a determinar seus contornos²⁶⁰, pode-se pensar os direitos econômicos como mecanismos de expansão de capacidades e, nesse sentido, como políticas de reconhecimento. (SEN, 1993).

E são especialmente políticas de reconhecimento para os negros no Brasil, na medida em que esse grupo social representa o contingente com maior privação de suas capacidades e, por conseguinte, de suas liberdades. A pobreza e a indigência por aqui tem cor. Da escravidão aos dias atuais as camadas mais pobres da sociedade são formadas expressivamente por pretos e pardos, de forma a consolidar um ideário que naturaliza a sua posição de inferioridade social e, por consequência da falta de acesso aos meios necessários para uma vida plena, os excluem dos lugares privilegiados e do desenvolvimento.

Tabela 4. Proporção de pessoas abaixo da linha de indigência²⁶¹, segundo grupos de cor ou raça, Brasil, 1995-2006 (em %)

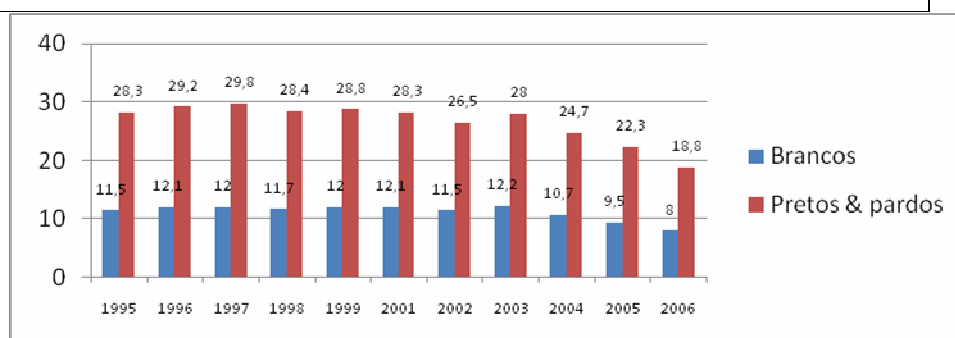


Figura 4

O quadro acima representa, em termos tradicionais, o quadro de desigualdade racial flagrante no acesso à renda no Brasil. Se somarmos ao critério *renda necessária para aquisição de alimentos mínimos necessários à sobrevivência*, outros como ‘longevidade’, ‘nível de educação’ e ‘produto inter

²⁶⁰ Segundo Amartya Sen (1993), os elementos constitutivos da vida são vistos como combinações de várias diferentes efetivações. E lista entre elas, algumas efetivações elementares como a de evitar a morbidade ou mortalidade precoce, alimentar-se adequadamente, realizar movimentos usuais; até efetivações mais complexas como “desenvolver o autorrespeito, tomar parte da vida da comunidade e apresentar-se em público sem se envergonhar” como uma conquista valorizada em todas as sociedades, embora as mercadorias necessárias para sua concretização variem de uma sociedade a outra.

²⁶¹ A linha de indigência é determinada pelo valor monetário para aquisição de uma cesta de alimentos que contenha a mínima quantidade calórica necessária à sobrevivência do indivíduo. Os dados tabulados pelo LAESER foram retirados do IBGE, microdados PNAD e podem ser verificados em PAIXÃO & CARVANO (2008:120)

bruto *per capita*', chega-se a indicadores que caracterizam as dimensões do desenvolvimento humano, nos termos referidos por Amartya Sen.

Quando o IDH²⁶² (Índice de Desenvolvimento Humano) da população brasileira é mensurado pelo corte de cor ou raça, percebe-se a continuidade do grau de desigualdades raciais existentes. No Brasil, em vinte anos – de 1980 a 2000, o IDH total passou de 0,549 para 0,665; no mesmo período o IDH dos brancos foi de 0,699 para 0,814, enquanto que o dos negros subiu de 0,562 para 0,702.

Caso formassem uma nação à parte, os brancos, com um nível de desenvolvimento humano alto (acima de 0,800), ficariam na 44ª posição no *ranking* do IDH das nações, entre Costa Rica e Kuwait, segundo o *RDH* global de 2002. A população negra, com um nível de desenvolvimento humano médio (entre 0,500 e 0,799), teria IDH-M compatível com a 105ª posição – entre El Salvador e Moldávia. A distância entre brancos e negros, portanto, seria enorme: 61 posições no *ranking* do IDH mundial. (PNUD, 2005:59)

Além da defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; compromisso com a redução das desigualdades regionais e sociais, com a busca do pleno emprego; a garantia das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes, outro fator que mereceu tratamento do constituinte como direito econômico, por ser fundamental na determinação dos sujeitos desses direitos, foi o acesso à terra. Excluídos da condição de proprietários desde a edição da primeira lei de Terras em 1850, pretos e pardos continuam figurando desproporcionalmente em relação aos brancos nesse quesito.

Dados de 2006 dividem a população em grupos de cor ou raça de acordo com a condição de posse da terra²⁶³ que dispõem e mostram que:

²⁶² O índice varia de 0 a 1 e o grau de desenvolvimento humano é categorizado em baixo (até 0,499), médio (0,500 a 0,799) e alto (0,800 a 1).

²⁶³ As categorias escolhidas pelo IBGE foram: parceiro, arrendatário, posseiro, cessionário e proprietário. O *parceiro* é aquele que explora produtivamente propriedade de terceiros, cujo uso é pago com uma parte da produção, previamente ajustada. O *arrendatário* também explora empreendimento de propriedade de terceiro, mas mediante o pagamento de uma quantia fixa. O *posseiro* explora propriedade alheia sem ter consentimento para tal e sem pagar. O *cessionário* tem autorização para usar a terra, sem ônus. E, por fim, o *proprietário* explora sua propriedade, total ou parcialmente, inclusive em regime de usufruto ou foreiro. (PAIXÃO & CARVANO, 2008:138)

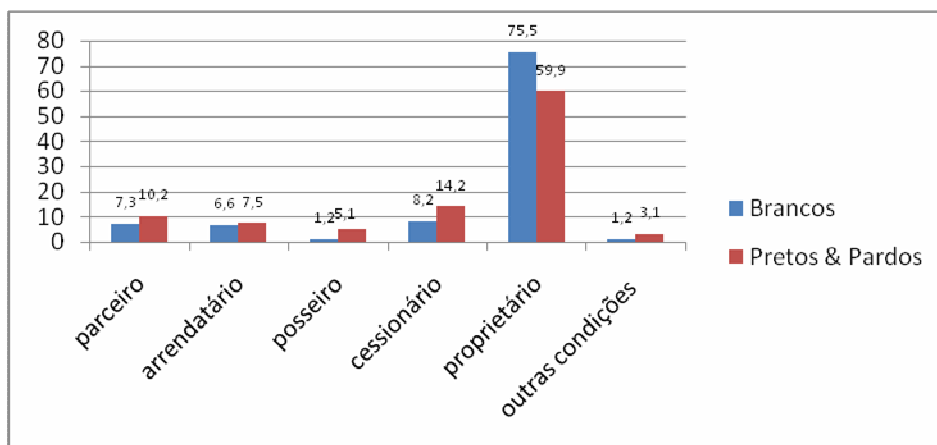


Figura 5

Nos capítulos II e III do título referente à ordem econômica, estão disciplinadas as políticas urbanas²⁶⁴, agrícola²⁶⁵, fundiária e de reforma agrária. Neles afirma-se o princípio da função social da propriedade e, apesar de tímidos em relação à reestruturação fundiária nacional e realização da reforma agrária, contemplam essa possibilidade nos termos dos artigos 184 e 191²⁶⁶.

Com inspiração aristotélica, Amartya Sen refere-se à ‘qualidade de vida’ em termos de “atividades valorizadas e da capacidade de desempenhar essas atividades” (SEN, 1993). Quando Honneth (2003a) apresenta a terceira esfera do reconhecimento, a solidariedade, diz que os seres humanos são reconhecidos

²⁶⁴ Através, entre outros, da obrigatoriedade de elaboração de planos diretores que dêem conta de modelos de urbanização que garantam a fruição do direito à cidade e da garantia do usucapião urbano: Art. 183 da Constituição Federal de 1988: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

²⁶⁵ Nos termos do artigo 187 da Constituição: A política agrícola (atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais) será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I - os instrumentos creditícios e fiscais; II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV - a assistência técnica e extensão rural; V - o seguro agrícola; VI - o cooperativismo; VII - a eletrificação rural e irrigação; VIII - a habitação para o trabalhador rural.

²⁶⁶ Art. 184: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

Art. 191: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

quando suas propriedades singulares contribuem em alguma medida para o desenvolvimento da sociedade.

A estima social depende do contexto de vida compartilhado pelos membros de uma comunidade de valores. É a autocompreensão cultural de uma sociedade que predetermina os critérios que irão definir se uma pessoa pode ou não ser estimada. São reconhecidos, portanto, quando há uma espécie de relação interativa na qual os sujeitos tem um interesse recíproco pelos distintos modos de vida, pelo fato de se estimarem entre si de maneira simétrica.

Os direitos culturais figuram, assim como os econômicos entre a segunda (direito) e a terceira (solidariedade) esferas de reconhecimento. Entre os direitos que podem ser identificados como políticas de reconhecimento para pretos e pardos destacam-se:

- o acesso às fontes da cultura nacional, estando os afrobrasileiros mencionados expressamente como grupo participante do processo civilizatório nacional;
- valorização e difusão de suas manifestações culturais;
- a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais;
- democratização do acesso aos bens de cultura;
- valorização da diversidade étnica e regional;
- proteção do patrimônio material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira;
- o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Enquanto expressão de demandas articuladas pela militância negra na constituinte vinculam a noção de autorrespeito, nos mesmos termos acima descritos em relação aos direitos sociais. Nesse sentido, a existência desses direitos culturais no texto constitucional representa a possibilidade do negro se

referir positivamente em relação a si mesmo e afirmar-se como capaz de participar autonomamente na formação discursiva da vontade.

Todos os entraves encontrados no processo de efetivação do disposto nos artigos 215²⁶⁷ e 216, por sua vez, operam no sentido de enfraquecer esse potencial e gerar falta ou falso reconhecimento. Isto porque, com já afirmado anteriormente, não basta a mera declaração do direito para que o indivíduo adquira autorrespeito. O grau de aplicabilidade dessas normas informa diretamente ao sujeito como as Instituições públicas o vêem, se digno de igual estima e consideração atribuída a um cidadão ou se admite flexibilizar o caráter normativo desses comandos, imprimindo no indivíduo a pecha da subcidadania.

Ainda que nitidamente relacionada ao autorrespeito, é na conformação da autoestima que os direitos culturais operam em maior medida. Ao determinarem que se ressalte a importância política dos negros na conformação da história e memória nacionais, os direitos culturais criam as condições necessárias para que as formas de vida compartilhadas pelos pretos e pardos brasileiros sejam valorizadas e consideradas como importantes pelos demais indivíduos e grupos.

Seja no âmbito das produções culturais, manifestações populares, assimilações e ressignificação de tradições, religiosidade, culinária, relação com a natureza ou comemorações, o resgate do negro como sujeito ativo de sua história e da História do Brasil - ao lado dos demais grupos formadores da nação, promove a construção de um outro olhar acerca desse sujeito, capaz de promover, a longo prazo, uma mudança significativa do ideário da subalternidade e inferiorização a que ficaram submetidos até então.

²⁶⁷ Artigo 215: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II- produção, promoção e difusão de bens culturais; III- formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV- democratização do acesso aos bens de cultura; V- valorização da diversidade étnica e regional.

A fruição dos direitos culturais permite que o negro tenha a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades. Entender a si próprio como um ser estimado por suas capacidades e propriedades características, sem a permanente depreciação da forma de vida escolhida, é fundamental para enfraquecer mecanismos de dominação e opressão fortemente ancorados em uma visão depreciativa do negro.

4.4 Criminalização do racismo

No intuito de proteger a conformação sadia das identidades, criando obstáculos à aceitação pública de práticas de desrespeito, muitos movimentos sociais buscam no sistema penal mecanismos de coação capazes de eliminar ou minimizar práticas sociais discriminatórias.

O racismo, como prática social desprezada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, foi objeto de previsão expressa como indicativo criminalizante na Constituição Federal de 1988 – artigo 5º, XLII que determina seja o mesmo considerado crime inafiançável e imprescritível²⁶⁸. Em 2006, foi promulgada a *Lei Maria da Penha*, lei 11.340, que reforçou a repressão penal para crimes envolvendo violência de gênero e há, ainda, em tramitação no Senado Federal, projeto de lei criminalizando práticas discriminatórias em razão da orientação sexual, o *Projeto de Lei contra Homofobia*²⁶⁹.

Tradicionalmente, o Sistema Penal²⁷⁰ é utilizado como meio para expor publicamente que uma determinada conduta é nociva à vida em comunidade,

²⁶⁸ Outras normas relativas ao tema são: Lei 7716/89 combinada com as alterações propostas pela Lei 9457/97.

²⁶⁹ Projeto de Lei nº 122/06, aprovado na Câmara dos Deputados em novembro de 2007.

²⁷⁰ Ana Luiza Flauzina (2008) utiliza-se da periodização formulada por Nilo Batista para caracterizar o sistema penal brasileiro em quatro modelos: 1) o colonial-mercantilista; 2) o imperial-escravista; 3) o republicano-positivista; e, o 4) neoliberal.

O *sistema colonial-mercantilista* tinha como função precípua a manutenção do modelo de exploração colonial, de base escravista, e operava basicamente pela captura e controle do tempo, dos saberes e dos corpos dos indivíduos submetidos a esse modelo de dominação, impondo-lhes da tortura psicológica às mutilações, controlando as fugas e patrulhando episódios de insurreição.

O *sistema imperial-escravista* não rompeu com o empreendimento colonial. “Não conseguindo enxergar no segmento negro nada além de sua ‘vocação’ para o trabalho forçado, era preciso criar as condições para gerenciar aquele contingente e o inviabilizar coletivamente em termos sociais. Indispostas a partilhar qualquer dimensão das estruturas de poder e recusando-se a viver em um país com numerosa massa de seres inferiores, as elites construíram o Império como forma de preparar as condições para o descarte desses indesejáveis. (...) O Império não são assumiu como

inaceitável e passível de ser repreendida por um Estado que se compromete com a sua eliminação. Foi essa a mensagem recebida pelos negros desde os tempos do Brasil Colônia²⁷¹.

Desde a época da escravidão, faltava-lhes a condição plena de sujeitos de direito no âmbito civil²⁷², mas a sua responsabilização penal esteve sempre

s sofisticou o projeto colonial.” (2008:65). Aos senhores foi dada a autoridade de um órgão de execução penal, enquanto a atividade policial tratava de garantir a ‘limpeza’ das cidades, retirando da circulação pública escravos fugidios e capturados. Quanto mais se aproximava o fim da escravidão, com as medidas legais tomadas a partir de 1850, mais recrudescia a repressão e mais se fortalecia o aparelho repressor do Estado.

O *sistema republicano-positivista* foi construído inicialmente sob o ideário do branqueamento, das doutrinas científicas de inferiorização do negro, da antropologia criminal de inspiração lombrosiana que vinculava o negro à figura do delinquente. Aos negros a prisão, por sua condição natural, aos brancos inadaptados ao modelo de produção em desenvolvimento, idem. Nesse modelo, a figura do criminoso era definida ou por questões fenotípicas, pela inadequação à disciplina fabril ou por indisciplina política.

A partir dos anos trinta, outro ideário irá tornar-se hegemônico. A mistura entre positivismo e democracia racial gera o Código Penal de 1940, vigente até os dias atuais. Não há menção a questões raciais em seu texto, o que não significa que tenha sido interrompida a política penal punitiva em relação aos negros. O aparato normativo penal está “em consonância com os apelos de um Estado desenvolvimentista, alinhado às exigências do bem-estar social, além de fortemente influenciado por um tecnicismo jurídico que circunscreve a atividade do jurista à elaboração e interpretação dos tipos penais. (...) Pela radicalização do que já vinha sendo anunciado desde o nascimento da República, a arquitetura punitiva elege as agências da criminalização secundária [atuação da Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário] e os redutos da criminalização terciária [ingresso de indivíduos no sistema prisional], como os espaços para a reprodução dos mandamentos da criminologia positivista.” (2008:89)

Enquanto o positivismo jurídico promove a invisibilidade racial, protegendo a imagem do sistema, o positivismo criminológico influencia a atuação das agências de modo a proteger o interesse das elites, através de medidas de controle e extermínio da população negra.

O *sistema neoliberal* não abre mão das ideias de controle e repressão, mas diferentemente dos anteriores, tem que dar conta de contingentes populacionais de proporções e distribuição globais. “O empreendimento neoliberal gerencia o medo para criar uma ambiência favorável para que a atuação do sistema penal – ainda fortemente atrelado às práticas de um direito penal de ordem privada – possa cumprir uma agenda política baseada na reprodução das assimetrias estruturais e administração/eliminação dos segmentos em desafeto com o poder hegemônico”.(2008:103).

²⁷¹ Era preciso coordenar os corpos, conformá-los ao trabalho compulsório e, finalmente, naturalizar o lugar da subserviência. Está aí anunciada a função primeira de um sistema penal que atravessa três séculos de nossa trajetória, encontrando, no controle dos corpos negros, a herança maldita da qual nunca conseguimos nos desvencilhar. (FLAUZINA, 2008:57)

²⁷² De acordo com estudo realizado pelo Núcleo de Estudos do Direito Brasileiro, intitulado *O Direito Civil Brasileiro na vigência da escravidão*, a lei civil tratava o escravo como “coisa” e “pessoa”. De um lado, não podia testemunhar em juízo; testar; contratar ou exercer tutela. De outro, poderia contrair obrigações, constituindo vínculos jurídicos transitórios relacionados a prestações de dar, fazer ou não fazer. Essas prerrogativas, no entanto, eram limitadas, na medida em que ao cativo só era admitido adquirir bens para seu senhor. O direito canônico reconhecia a constituição de famílias escravas, mas os efeitos civis deste ato jurídico também eram mínimos. Legalmente, nada impedia a venda de escravo casado ou até mesmo da família. A condição de escravo era hereditária e transmissível por vários atos jurídicos: venda, doação, legado, aluguel, empréstimo, confisco, etc. Esta qualidade o convertia juridicamente em uma “coisa”. No entanto, sua incapacidade jurídica não era compensada pela incapacidade penal; pois, ao inverso, ao escravo estavam destinados os castigos mais duros e a tortura. Disponível em <<http://ebookbrowse.com/o-direito-civil-brasileiro-na-vigencia-da-escravidao-doc-d137264474>>, acesso em 10 de novembro de 2012.

assegurada pelas normas vigentes. O Código Criminal do Império de 1830 demonstrou grande preocupação em controlar a rebeldia negra, escrava ou liberta. Para isso, entre outras medidas, fixou a maioria penal em 14 anos, criou o crime de insurreição²⁷³, puniu a celebração religiosa que não fosse a oficial – considerando os cultos de matriz africana e suas manifestações culturais como perturbadoras da ordem pública, criou o crime de vadiagem, criminalizou a mendicância, e manteve para os escravizados a possibilidade de aplicação de penas cruéis como o açoite, torturas e marcas de ferro²⁷⁴.

O Código Penal Republicano de 1890, apesar de escrito após a abolição formal da escravidão, apenas apresentou um enrijecimento na repressão contra negros. Além da diminuição da maioria penal para nove anos²⁷⁵, houve a criminalização da capoeira, do “espiritismo” e foi mantida a criminalização da vadiagem e da mendicância.

A legislação penal brasileira foi, portanto, muito eficiente no sentido de afirmar aos negros os comportamentos que deveriam evitar para que pudessem continuar a conviver em sociedade e, pelo menos para esse contingente da

²⁷³ No título referente aos crimes Insurreição, o Código Criminal do Império dispõe: “Artigo 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim.

Penas - de prisão com trabalho por vinte annos no gráo maximo; por doze no médio; e por oito no mínimo”.

²⁷⁴ O artigo 60 do Código Penal do Império prescrevia: “Se o réo for escravo, e incorrer em pena, qua não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a traze-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar.” Essa norma só foi revogada em 1886, através da Lei 3.310 que abole definitivamente a pena de açoites, nos seguintes termos: “Ao réo escravo serão impostas as mesmas penas decretadas pelo Codigo Criminal e mais legislação em vigor para outros quaesquer delinquentes, segundo a especie dos delictos commettidos, menos quando forem essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quaes serão substituidas pela de prisão; sendo nos casos das duas primeiras por prisão simples pelo mesmo tempo para ellas fixado, e no de multa, si não fôr ella satisfeita pelos respectivos senhores, por prisão simples ou com trabalho, conforme se acha estabelecido nos arts. 431, 432, 433 e 434 do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842.”

²⁷⁵ Satisfeito com os termos em que o Código de 1890 tratou a questão da maioria penal, Nina Rodrigues (*Apud* SILVA JÚNIOR, 2000: 364) afirmou que: “[...] no Brazil, por causa das suas raças selvagens e barbaras, o limite de quatorze annos ainda era pequeno! [...] o menino negro é precoce, [...]; muitas vezes excede o menino branco da mesma idade; mas cedo seus progressos param; o fructo precoce aborta [...] quanto mais baixa fôr a idade em que a acção da Justiça, ou melhor, do Estado se puder exercer sobre os menores, maiores probabilidades de exito terá ella [...]”.

população, as normas gozaram de significativa efetividade. Não por acaso, as lutas por reconhecimento daqueles que estão à margem, como mulheres, negros, homoafetivos, indígenas, entre outros, passam pela necessidade de serem criminalizadas as condutas que os desumanizam. É pela via da única face do Direito que o Estado lhes apresenta que irão vislumbrar a possibilidade de fazer ecoar suas demandas.

No combate ao racismo, especificamente, apesar da criminalização ocorrer apenas com a Constituição de 1988, essa demanda não se iniciou na década de oitenta, é muito anterior a ela e representa o pleito de gerações de militantes de tradições distintas dos movimentos negros. Na década de quarenta, foram organizadas reuniões para Convenção Nacional do Negro Brasileiro²⁷⁶ em São Paulo (1945) e no Rio de Janeiro (1946). Após deliberações, foi lançado o Manifesto à Nação Brasileira que trazia como reivindicação, entre outras, a promulgação de normas antidiscriminatórias com medidas punitivas concretas.

As ideias contidas no Manifesto foram levadas à Assembleia Nacional Constituinte de 1946, mas não tiveram por lá eco, muito em virtude da força do ideário da democracia racial e da mestiçagem como elo de unidade nacional²⁷⁷. A propagada ausência de conflitos de origem racial, apesar de desmentida pela observação atenta do cotidiano, fez com que nem o apelo à criminalização do racismo tampouco as propostas afirmativas de promoção da igualdade entre negros e brancos fossem acolhidos pelos constituintes.

²⁷⁶ De acordo com José Antônio dos Santos (2005): “A Convenção teve a participação da União Nacional dos Homens de Cor, A Associação do Negro Brasileiro, e dezenas de outras organizações, reunidas, em 1945, em São Paulo e, 1946, no Rio de Janeiro. No final, a assembléia votou e lançou um Manifesto à Nação Brasileira, dirigido aos patrícios negros que deixava explícita a exigência de leis contra o preconceito de cor e de raça; a não utilização desse mesmo preconceito para justificar a eliminação dos negros no mercado de trabalho; e a adoção de medidas governamentais visando à elevação econômica, social e cultural dos afro-brasileiros”. Maiores informações sobre o teor do Manifesto foram trabalhadas no segundo capítulo, nota 94.

²⁷⁷ Houve apenas uma genérica previsão constitucional contra discriminação racial no seu artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.”

Embora negados pelo senso comum, episódios de discriminação eram frequentes e atribui-se a alguns deles a edição da primeira norma no Brasil sobre o assunto. Conforme já sinalizado no capítulo 2, o Deputado Federal Afonso Arinos de Melo Franco se sentiu compelido a defender projeto de lei punindo práticas discriminatórias depois que seu motorista foi impedido de entrar em uma confeitaria no Rio de Janeiro.

Afirmava o Deputado na justificativa ao projeto de lei:

Por mais que se proclame a inexistência, entre nós, do preconceito de raça, a verdade é que ele existe, e com perigosa tendência a se ampliar. [...] é sabido que certas carreiras civis, como o corpo diplomático, estão fechadas aos negros; que a Marinha e a Aeronáutica criam injustificáveis dificuldades ao ingresso de negros nos corpos de oficiais e que outras restrições existem, em vários setores da administração. Quando o Estado, por seus agentes oferece tal exemplo de odiosa discriminação, vedada pela Lei Magna, não é de se admirar que estabelecimentos comerciais proibam a entrada de negros em seus recintos. [...] Nada justifica, pois, que continuemos disfarçadamente a fechar os olhos à prática de atos injustos de discriminação racial que a ciência condena, a justiça repele, a Constituição proíbe. (*Apud* SILVEIRA, 2007:63).

Outros autores (GOMES e SOUZA, 2009) atribuem a aprovação da lei a um escândalo internacional envolvendo o Brasil em razão de discriminação sofrida pela bailarina norte-americana Katherine Dunhan impedida, em 1950, de se hospedar no Hotel Esplanada, em São Paulo, por ser negra.

Independentemente do conflito que suscitou a sua edição, os principais atores políticos nacionais já não podiam, na década de cinquenta, ignorar as denúncias produzidas por renomados intelectuais brasileiros, capitaneadas pelo projeto Unesco, que desmascararam o mito da democracia racial e apontaram cientificamente a existência do racismo em solo brasileiro.

Com a lei nº 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, a prática do racismo, entendida na norma como “a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor”, passa a configurar contravenção penal, punível com multa, prisão simples de, no máximo, um ano e perda do cargo público em alguns casos.

A punição do racismo na condição de contravenção penal, isto é, delito de menor potencial ofensivo, não garantiu à população afrobrasileira sequer a possibilidade de acreditar no sistema penal como o mecanismo inibidor da

conduta desrespeitosa. Além de afirmar publicamente que as práticas racistas cingem-se à esfera privada de ações não graves, as penas previstas para seus autores apresentavam-se como completamente inócuas.

Na prática, o efeito da Lei Afonso Arinos não diferiu da previsão acima anunciada. Enquanto vigorou não produziu efeitos concretos no processo de enfrentamento do racismo e das desigualdades raciais. A militância negra atribuiu sua inefetividade ao tipo de delito e às penas por ela descritas, passando a direcionar a luta para que a conduta fosse tipificada como crime.

Ainda que sufocados pela repressão empreendida pela ditadura militar, assim como os demais movimentos sociais, o desejo pela criminalização do racismo continuou sendo difundido e preservado como uma das principais reivindicações do movimento negro. Ressalta-se que essa não era a única demanda e não se está reduzindo o trabalho dos ativistas negros a esse fator, mas como as ações afirmativas e outras políticas de reconhecimento já foram tratadas anteriormente, o estudo dedica-se agora apenas a hipótese da criminalização do racismo.

Apesar de bastante fragmentada, a militância negra organizou-se no final dos anos 80 para tentar buscar, entre as diversas visões de enfrentamento das desigualdades raciais, medidas que representassem todos os segmentos de luta identificados. Após realização em 1986, da Convenção Nacional do Negro sob o tema *O Negro e a Constituinte*²⁷⁸, foram levadas à Constituinte demandas envolvendo os seguintes temas: 1) a obrigatoriedade do ensino de história das populações negras na construção de um modelo educacional contra o racismo e a discriminação; 2) a garantia do título de propriedade das terras ocupadas por comunidades quilombolas; 3) a criminalização do racismo; 4) a previsão de ações compensatórias relativas à alimentação, transporte, vestuário, acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais; 5) liberdade religiosa; e, 6) a proibição de que o Brasil mantivesse relações com os países que praticassem discriminação e que violassem as Declarações de Direitos Humanos já assinadas e ratificadas pelo país.

²⁷⁸ Maiores informações sobre a Convenção na nota 116.

Naquele momento, ver inscrito na Constituição indicativo criminalizante da prática do racismo representava para significativa parcela da população brasileira a possibilidade de ver-se, pela primeira vez na história constitucional pátria, reconhecido como ator político. A criminalização de manifestações de desrespeito surge como bandeira política das minorias como forma de dar visibilidade a violências perpetradas contra elas e de fazer com que o Poder Público assumira sua responsabilidade na proteção dos grupos vulneráveis. Pela primeira vez, o texto constitucional era utilizado para coibir de forma grave tratamento discriminatório em relação aos negros, transformando a prática do racismo em crime inafiançável e imprescritível.

Nas palavras do constituinte Carlos Alberto de Oliveira:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no país diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros provados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação da morte civil, urge transformá-lo em crime. (ANC: 250)

O objetivo do movimento negro e da parcela da sociedade que apoia a criminalização é a erradicação das desigualdades raciais na sociedade brasileira. A transformação em crime do desrespeito direcionado a negros e negras é a única forma de dar voz a essa demanda? Certamente que não, no decorrer desse capítulo foram tratadas outras medidas capazes de promover o reconhecimento desse grupo social.

Se a criminalização não é a única forma de contemplar as exigências de respeito e igualdade, por que então, foi exatamente por essa vertente que a elite política brasileira resolveu contemplá-la?

Tendo como função primordial a de determinar condutas desviantes, a partir de conflitos sociais específicos, o sistema penal não faz outra coisa senão definir que concepções de vida merecem respeito e quais devem ser consideradas como ameaças ao bem comum. Com um corte eminentemente seletivo o Legislativo, Judiciário, Ministério Público, a Polícia e a Prisão, escolhem os grupos sociais (e formas de vida) dignos de proteção e os seus inimigos.

A criminalização primária, exercida pelo Legislativo e Executivo, é responsável pela escolha das condutas que merecerão o adjetivo de “desviante”,

bem como pela determinação da gravidade dos delitos cometidos. Conforme ressalta Baratta (2002: 176), o sistema de valores representados na legislação penal exprime o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.

A opção política por tipificar mais gravemente os crimes contra a propriedade do que os delitos contra a vida refletem a maneira pela qual os órgãos da criminalização primária no Brasil indicam como devem ser combatidos os conflitos sociais no seu território. Não é exatamente a qualidade da prática que define o que é o delito e a sua escala de gravidade, mas os indivíduos ‘inclinados’ a cometê-la.

A criminalização secundária, exercida pelas agências formais de controle, opera a partir da identificação dos grupos sociais destinatários do controle e de sua repressão, de modo a fazer crer que a ‘inclinação’ acima prenunciada é não apenas uma realidade, mas um mal a ser combatido. A estigmatização é retroalimentada. Estigmas definem o transgressor, determinam sua condição de inimigo e objeto do sistema penal, enquanto o seu controle legitima a sua suposta necessidade de contenção e posição marginal.

Vive-se sob uma política de segurança pública que objetiva controlar “grupos considerados estrategicamente de alto risco pela elite, repetindo a ideologia da exclusão e não protegendo os direitos humanos fundamentais de todos os estratos sociais” (MADEIRA da COSTA, 2005:93).

“A criminalidade é uma conduta majoritária, presente em todos os estratos sociais, mas a criminalização se distribui de maneira seletiva pelo sistema penal” (FLAUZINA, 2008: 30). Os códigos sociais utilizados pela criminalização primária e secundária refletem um modelo de seletividade extremamente eficiente e fundamental para o funcionamento do sistema capitalista:

Acionando os códigos sociais mais elementares na estigmatização dos indivíduos – dos excessos caricatos da Polícia à austeridade do Ministério Público e do Judiciário –, a clientela do sistema penal vai sendo regularmente construída de maneira tão homogênea e harmônica que de nada poderíamos suspeitar. Sempre os mesmos, sempre pelos mesmos motivos, os criminalizados parecem

representar a parcela da humanidade que não cabe no mundo. (FLAUZINA, 2008: 33).

Diante de uma ofensiva tão direta, o que leva o movimento negro a pensar que esse sistema penal pode ser instrumento de emancipação e luta contra a discriminação racial? O problema do racismo foi por muito tempo tratado como um problema privado e não de ordem pública. Trazer a proposta da criminalização do racismo para a constituinte significava tornar o racismo um problema público, cujo combate passava a ser de responsabilidade das instituições políticas brasileiras. Além de afirmar a posição do negro como legítimo ator político, havia a intenção de que a constituição cidadã dissesse com todas as letras que o racismo não é uma infração de menor potencial ofensivo, é crime. Violências “de marca” desumanizam porque retiram do ser humano uma necessidade vital, que é o sadio reconhecimento:

Menos sanguinolentas, mas igualmente desumanas, a subalternidade forçada da mulher, a segregação discriminatória dos negros, indígenas e mestiços, a perseguição a imigrantes de tez escura e “amarela” ou de costumes orientais reputados exóticos, a estigmatização dos homossexuais e o confinamento dos deficientes resultam igualmente em uma postura que inferioriza o “diferente”, negando o reconhecimento pleno de sua humanidade. (ALVES, 1999: 52)

Por não acreditar que o sistema penal possa gerar emancipação, a criminologia crítica irá combater com veemência a utilização das instituições de justiça criminal como política de reconhecimento. Os representantes dessa vertente são unânimes em defender que o embate pela esfera penal não é nem eficiente, nem adequado.

Há, de um lado, o apelo à ineficácia histórica das normas criminalizadoras²⁷⁹ no combate à discriminação e, de outro, a aposta na

²⁷⁹ Para Nilo Batista, o racismo está na esfera punitiva do Estado desde a Lei Afonso Arinos e o que se conseguiu com isso? Essas leis criminalizantes influenciaram alguma coisa? Apostar na criminalização como política de reconhecimento é apostar que o grande fracasso da lei Afonso Arinos até aqui, vai continuar. “O efeito disso é mais um efeito simbólico, é uma coisa mínima. Você não tem que esperar transformação daqui. Não produz efeitos, não acredite nas teorias preventivas da pena, pena como prevenção exemplificante, prevenção geral positiva, toda vez que as teorias preventivas da pena foram ao banco de provas da realidade, saíram de lá com rabo entre as pernas, não demonstradas. Desde a primeira pesquisa feita com relação à eficiência da pena de morte, entre cidades-Estado com pena de morte e sem pena de morte para o mesmo crime, que era morte de policial em serviço. Não espere esse efeito da pena.” (anexo, 24) Sabadell, da mesma forma, afirmou “A sociologia jurídica na Europa tem uma tendência forte a analisar, a partir de estudos empíricos, estatísticos, a eficácia da norma. Esses estudos indicam que a eficácia da norma em matéria penal é mínima. Saíram algumas estatísticas sobre violência contra

transformação pela educação²⁸⁰, pela adoção de medidas afirmativas que alterem padrões culturais. Vera Malaguti vai além e diz que um dos principais perigos de demandas criminalizantes está em fortalecer a ideia do controle pelo medo e de colocar o castigo como o regulador da sociedade e da conflitividade social humana (Anexo: 70).

Algumas dessas críticas foram incorporadas por ativistas negros. O constitucionalista Hedio Silva Jr (2001b), em entrevista à Folha de São Paulo, afirmou:

Hoje, tenho dúvidas se estávamos corretos em exigir a criminalização do racismo na Constituição. O fenômeno da discriminação no Brasil é incompatível com a ideia de criminalização, porque é tão absolutamente generalizado que a criminalização acaba banalizando. Você tem um crime imprescritível, inafiançável, punido com pena de reclusão, e um cotidiano que gera um descrédito na sociedade e nas vítimas em relação à aplicabilidade dessa lei.

Para Ana Luiza Flauzina:

Entendemos que o Estado acolhe as pressões do movimento negro a partir do direito penal pelo simples fato de que os efeitos de tais postulações serão necessariamente inócuos. São inócuos porque o direito penal, ao contrário dos demais ramos do direito, é um campo da negatividade e da repressão, não se constituindo como espaço para promover interesses de caráter emancipatório. [...] procura-se abrigo justamente no lugar em que o racismo tem uma de suas principais fontes de sustentação. (2008: 91-92)

O enfrentamento adequado da questão obriga a que se adentre em categorias de análise próprias da criminologia crítica, de forma a que as denúncias apresentadas possam ser mais bem compreendidas. Nesse sentido, passa-se ao capítulo seguinte onde haverá a possibilidade explorar com mais cuidado as relações entre “Criminologia e racismo” e “Sistema Penal e Controle Racial”, para, ao final, retornar ao problema de pesquisa que motiva esse trabalho: enquadrar a criminalização do racismo como efetiva política de reconhecimento ou tão somente um mecanismo de legitimação da política de controle social exercido sobre os não brancos.

mulher que atestam que em 150 mil casos de violência houve condenação em 1 ou 2%. E essa é a cifra conhecida, não a cifra obscura. Essa pouca efetividade afeta não apenas a violência contra a mulher, mas o racismo e outros” (anexo, 9).

²⁸⁰ Nesse sentido, ver Kosovski (anexo, 59-60) e Sabadell (anexo, 9 e 15)