

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS SOB O PARADIGMA DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:**  
**estudo sobre o estabelecimento de políticas de reserva de vagas no ensino público  
superior direcionadas aos negros como forma de implementação do princípio da  
igualdade**

Maria Fernanda de Lima Moura

Belo Horizonte  
2012



Maria Fernanda de Lima Moura

**AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS SOB O PARADIGMA DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
estudo sobre o estabelecimento de políticas de reserva de vagas no ensino público  
superior direcionadas aos negros como forma de implementação do princípio da  
igualdade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Cota Marçal

Belo Horizonte  
2012

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M929p Moura, Maria Fernanda de Lima  
As políticas de ações afirmativas sob o paradigma do estado democrático de direito: estudo sobre o estabelecimento de políticas de reserva de vagas no ensino público superior direcionadas aos negros como forma de implementação do princípio da igualdade / Maria Fernanda de Lima Moura. Belo Horizonte, 2012.  
214f.

Orientador: Antonio Cota Marçal  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Raça. 2. Julgamento. 3. Igualdade perante a lei. 4. Programas de ação afirmativa. 5. Ensino superior. 6. Estado democrático de direito. 7. Brasil. [Constituição (1988)]. I. Marçal, Antonio Cota. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 323.12

Maria Fernanda de Lima Moura

**AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS SOB O PARADIGMA DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
estudo sobre o estabelecimento de políticas de cotas no ensino público superior  
direcionadas aos negros como forma de implementação do princípio da igualdade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof. Dr. Antônio Cota Marçal (Orientador)

---

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Co-orientador)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Manoela Carneiro Rolland

---

Prof. Dr. Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte, 20 de março de 2012.



## AGRADECIMENTOS

“A verdade não é um instrumento que guia a razão humana, ela não é uma idéia reguladora da vontade humana e nem um instrumento técnico de aferição da sua certeza. Ela não é o produto de uma razão monológica que pensa o mundo. Ela faz parte, constitui o ser humano e, portanto, somente se faz sempre na relação com a face do outro.” (CRUZ, 2011, p. 148).

A face do outro se concretiza nas muitas pessoas que fazem parte do meu mundo da vida e que, de certa forma, contribuem para a busca incessante da minha verdade pessoal e profissional.

A face do outro pode ser vislumbrada nas figuras dos meus pais, William e Marlene, e do meu irmão Júnior, que foram essenciais no compartilhamento e auxílio para a realização desse projeto de vida.

A face do outro se concretiza na pessoa do Professor Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, principal interlocutor sobre as experiências na docência e sobre o fascínio e os meandros do Direito Constitucional. Sua dedicação, generosidade na transferência de conhecimentos e sua constante abertura para o diálogo foram fundamentais para a concretização deste trabalho. Essa convivência me fez acreditar na possibilidade real de instauração de fluxos comunicativos na vida, tão profícuos e prazerosos...

A face do outro se concretiza na pessoa do Professor Dr. Antônio Cota Marçal pela sua atenção e sugestões para o desenvolvimento deste trabalho.

A face do outro se concretiza na pessoa de Juliano Vítor Lima que fomentou o início da discussão acadêmica. Sua ausência se fez presença ao longo de todo o transcurso deste estudo.

Mas, sobretudo, a face do outro pode ser sentida pela Luz Divina que intercede na criação dos milagres da vida...

Por fim, resta agradecer ao Centro Universitário de Formiga, pelo apoio acadêmico e pela oportunidade de desenvolver a docência sob bases dialéticas e libertárias.



A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas. (PIOVESAN, 2009, p. 197)



## RESUMO

A história da civilização humana foi marcada pela dominação de um grupo social sobre o outro. Por muito tempo, essa dominação foi respaldada pelo conceito de raça, no qual determinados grupos eram considerados inferiores em virtude de possuírem características peculiares, sendo assim, passíveis de dominação e coação. No entanto, em decorrência do avanço dos estudos genéticos, constatou-se que a concepção de raça, pautada por critérios biológicos, não vigora mais, haja vista, que raça é uma construção baseada em concepções antropológicas e culturais. A escravidão praticada no Brasil, fundamentada nessa antiga e conservadora concepção de raça, relegou aos negros a titularidade de direitos fundamentais, violando, assim, o direito à igualdade. E embora não exista um regime legal de segregação racial no Brasil, verifica-se reminiscências de uma cultura discriminatória racial. O advento do paradigma do Estado Democrático de Direito desencadeou a reconstrução e reinterpretação do direito à igualdade, no sentido de desvencilhar-se da concepção formalista de igualdade, e também da igualdade material. Dessa forma, o direito à igualdade no paradigma atual relaciona-se ao direito à inclusão de segmentos sociais tradicionalmente desfavorecidos e vulneráveis, respeitando suas diferenças e peculiaridades e promovendo sua inserção no sistema de direitos fundamentais. Nesse sentido, as políticas de ações afirmativas no setor educacional, direcionadas à minoria negra, podem ser consideradas medidas constitucionais de promoção da igualdade ao criar oportunidades, mediante o acesso à educação superior, de ampliação de sua participação nos procedimentos deliberativos da formação da opinião e vontade em assuntos de interesse coletivo, legitimando assim, o processo de elaboração do Direito.

Palavras-chave: Raça, Discriminação racial. Princípio da igualdade. Ação afirmativa. Educação superior. Paradigma do Estado Democrático de Direito. Constituição da República de 1988.



## **ABSTRACT**

The history of human civilization was marked by the domination of one social group over another. For a long time, this domination was supported by the concept of race, in which certain groups were considered inferior because they possess unique characteristics, so liable to domination, and coercion. However, due to the advancement of genetic studies, it was verified that the concept of race, based on biological criteria, does not exist. In this sense, race is a construction based on anthropological and cultural concepts. Slavery practiced in Brazil, was based on such old and conservative conception of race, and relegated blacks to the ownership of fundamental rights, thus, violating the equality right. Although there isn't a system of legal racial segregation in Brazil, a reminiscent culture of racial discrimination is verified. The advent of the paradigm of Democratic State of law triggered the reconstruction and reinterpretation of the equality right, because can not only be related to a formal equality, nor even material equality). Thus, the equality right in the present paradigm is related to the inclusion of traditionally social vulnerable segments, respecting their differences and peculiarities and promoting their insertion in the fundamental rights system. In this aspect, affirmative action policies in the educational sector aimed at black minority may be considered as constitutional instruments to promote equal opportunities through the access to higher education, so that this minority can participate more effectively in the deliberative proceedings on the formation of opinion and will in the public issues, thus legitimizing the process of Law creation.

**Keywords:** Race. Racial discrimination. Principle of equality. Affirmative action. Higher education. Paradigm of Democratic State of Law. Republic of Constitution 1988.



## LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIDS – *Acquired Immunodeficiency Syndrome*

ANDIFES – Associação Nacional dos Dirigentes das Universidades Federais de Ensino Superior

CADARA – Comissão de Diversidade para Assuntos Relacionados aos Afrodescendentes

DF – Distrito Federal

DST – Doenças sexualmente transmissíveis

ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio

FAAP – Fundação Armando Álvares Penteado

FIES – Programa de Financiamento Estudantil

GEMAA – Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa

GTI – Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra

HC – *Habeas Corpus*

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

NAACP – *National Association for the Advancement of Colored People*

ONU – Organização das Nações Unidas

PNDH I – I Plano Nacional de Direitos Humanos

PNDH II – II Plano Nacional de Direitos Humanos

PROUNI – Programa Universidade para Todos

SECAD – Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade

SEPPIR – Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

UEA – Universidade do Estado do Amazonas

UEG – Universidade Estadual de Goiás

UEMG – Universidade Estadual de Minas Gerais

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFBA – Universidade Federal da Bahia

UFMA – Universidade Federal do Maranhão

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UFP – Universidade Federal do Paraná

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco



UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

UFSM – Universidade Federal de Santa Maria

UFTO – Universidade Federal do Tocantins

UnB – Universidade de Brasília

UNEB – Universidade Estadual da Bahia

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a educação, a Ciência e a Cultura

UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas

USP – Universidade de São Paulo



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>2 A QUESTÃO RACIAL.....</b>	<b>23</b>
2.1 A colonização, a escravidão e os negros no Brasil.....	36
2.2 O mito da democracia racial.....	49
<b>3 A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....</b>	<b>77</b>
3.1 Estado Liberal de Direito .....	85
3.2 Estado Social de Direito.....	95
3.3 Estado Democrático de Direito.....	103
<b>4 AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS EDUCACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>125</b>
4.1 Premissas históricas.....	125
4.2 Ações afirmativas e sua legitimidade constitucional.....	135
4.3 A política de reserva de vagas educacionais para os negros.....	147
4.4 A experiência brasileira.....	154
<b>5 SOBRE A PERTINÊNCIA E ADEQUABILIDADE DAS POLÍTICAS DE RESERVA DE VAGAS EDUCACIONAIS AOS NEGROS NO BRASIL.....</b>	<b>164</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>194</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>197</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A discussão científica a respeito de “raças” vigora desde o século XV, em decorrência do início dos processos colonizatórios desenvolvidos principalmente nas Américas. A despeito de algumas particularidades inerentes ao tipo de colonização, contata-se que esses processos utilizaram-se de teorias racialistas que classificavam os indivíduos de acordo com suas características físicas (cor da pele, perfil da face) formando, assim, grupos raciais. Essas classificações auxiliaram a montagem do arquétipo social e jurídico dessas regiões erigidas sob bases desproporcionais e hierárquicas. De acordo com a ideologia vigente, alguns grupos eram considerados inferiores (do ponto de vista físico e intelectual) e, sendo assim, deveriam ser dominados e comandados. Dessa forma, a titularidade e o exercício de direitos como a liberdade, propriedade e igualdade, estavam, de certa forma, condicionados ao pertencimento a determinados segmentos sociais. Essas premissas foram a fundamentação do sistema escravocrata e da subjugação da figura do negro.

No que tange à sociedade e Estado brasileiros, a comunidade negra se fez presente desde a sua fundação. O negro e a figura do mestiço, passaram a ser uma das vertentes de formação da “nação” brasileira, juntamente com o colonizador branco e o nativo. Embora fazendo parte dessa nacionalidade, o negro sempre foi visto a partir de uma imagem depreciativa e inferior comparado aos demais componentes da nação.

A emancipação jurídica dos escravos e a declaração formal do direito à igualdade entre brancos e negros foram atos manipulados objetivando a criação de uma imagem de nação civilizada, no afã de inserção do incipiente Estado brasileiro na ordem internacional. Posteriormente, a criação da teoria da democracia racial surgiu para consolidar essa figura ao asseverar a harmonia e cordialidade como características existentes nas relações sociais entre brancos, negros e índios. Diante do exposto, começa-se a perceber a existência de uma dialeticidade entre fatos/realidades e exposições teóricas que tentavam forjar uma imagem positiva do Brasil. Em que pesem tais esforços, a problemática racial começava a tomar vulto na dificuldade de lidar e encaixar a figura do negro dentro dessa concepção eurocêntrica de civilização.

O negro, a partir do ato abolicionista, foi abruptamente inserido num sistema urbano, capitalista, aparentemente libertário e preconceituoso. A consequência dessa situação seria o direcionamento natural do negro para uma posição marginal, que ressalte-se, perdura até o momento atual da histórica brasileira.

O Estado brasileiro, mesmo com a vigência de legislação repressora à discriminação racial e a tradição de contemplar o princípio da igualdade nas Constituições, não conseguiu, e muito menos se empenhou com afinco, para reverter esse contexto racial nefasto. O sistema jurídico ainda não foi capaz de impedir atos preconceituosos e alterar as disparidades sócio-econômicas entre negros e brancos. Os negros são vítimas de discriminação, ocupam o patamar mais baixo da hierarquia social e não exercitam completamente a titularidade dos direitos mais elementares.

Dessa forma, mesmo com as transformações paradigmáticas ocorridas ao longo de quase todo o século XX, o direito à igualdade continuava sem produzir os devidos efeitos para grande parcela dos negros brasileiros.

O que se nota é que a partir da segunda metade do século XX, com implantação do sistema internacional de direitos humanos, inaugurado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, inicia-se uma reinterpretação do princípio da igualdade. Os tratados internacionais<sup>1</sup>, juntamente com as Constituições promulgadas após a II Guerra Mundial, inauguram um novo momento jurídico de tutela da pessoa humana contra atos praticados pelos particulares e também pelo Estado. Nesse sentido, era necessário proteger os indivíduos e promovê-los em suas capacidades e direitos para que desenvolvessem o atributo da dignidade humana, logrando atenção especial aos grupos sociais discriminados, como os judeus, negros e mulheres. Daniela Ikawa estabelece o nexo entre direito à igualdade e o atributo essencial da dignidade humana.

O princípio da dignidade humana pressupõe uma qualidade que todos os indivíduos têm em comum pelo mero fato de sua humanidade: a dignidade. O princípio da dignidade abarca, por conseguinte, o princípio da igualdade de dignidade. Todos são igualmente dignos. É essa igualdade que baseia a teoria constitucional de direitos individuais, e a teoria internacional de direitos humanos. Se aceitarmos de que todos têm iguais direitos, o faremos por também aceitarmos a tese de que todos são iguais com relação a uma qualidade essencial, não homogeneizante, apta a resguardar a possibilidade de diversidade e autenticidade humanas: a dignidade. (IKAWA, 2008, p. 366-367).

Diante dessa perspectiva sócio-jurídica, o direito à igualdade sofre uma reconstrução profunda e passa a ser reinterpretado sob pilares promocionais, inclusivos e participativos. Seu delineamento exsurge da necessidade premente de estabelecer a compatibilidade com sociedades cada vez mais complexas e plurais, compostas por grupos sociais heterogêneos,

---

<sup>1</sup> Salienta-se que as considerações a respeito desses tratados serão realizadas no quarto capítulo deste estudo.

cujas identidades e direitos precisam ser reconhecidos, tutelados e promovidos pelo sistema jurídico.

Esse novo contexto igualitário foi transposto para a Constituição Republicana de 1988 que reinstala o regime democrático sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito. Esse documento estabelece medidas de reconhecimento e valorização de segmentos sociais desfavorecidos, como mulheres, idosos, negros, a fim de que sejam respeitados e incluídos na órbita da democracia participativa. Nesse aspecto, as políticas ações afirmativas assumem esses objetivos.

A partir do panorama exposto, o que se propõe no presente estudo, com base na Teoria Discursiva do Direito, é analisar a constitucionalidade e legitimidade das políticas de ações afirmativas na modalidade de reserva de vagas no ensino superior para a comunidade negra brasileira.

Para que se alcance tal pretensão, deverá ser inicialmente levantada, sinteticamente, a questão racial, a modificação de seus padrões científicos e a conseqüente assimilação pelo Direito desses novos parâmetros. Também será necessário, de um modo geral, realizar uma digressão histórica referente à figura do negro na sociedade brasileira, estabelecendo, inclusive uma breve comparação com a comunidade negra norte-americana.

Em seguida, pretende-se analisar o desenvolvimento interpretativo do princípio da igualdade de acordo com os paradigmas modernos de Estado, centralizando-se no paradigma do Estado Democrático de Direito e na Constituição Republicana de 1988. A experiência do atual sistema constitucional demonstra que o princípio da igualdade perfaz um projeto em constante realização, na medida em que se implementam gradativamente mecanismos jurídicos previstos na Constituição de 1988, para tentar equacionar as posições sociais assimétricas que determinados indivíduos e grupos ocupam na realidade brasileira.

O terceiro capítulo é dedicado ao objeto desse estudo, analisando, dessa forma, as políticas de ações afirmativas, desde as suas origens históricas, passando pelo exame da compatibilidade dessas medidas com o sistema constitucional de 1988. Erigidas as observações históricas, conceituais e constitucionais passa-se ao exame de uma espécie de ação afirmativa, na forma das políticas de reserva de vagas no ensino superior público para os negros e as diversas experiências empreendidas pelo Estado brasileiro no setor educacional.

Por fim, diante das controvérsias e polêmicas envolvendo as ações afirmativas, torna-se preciso levantar as críticas mais consistentes sobre a implementação dessas medidas pelo Estado brasileiro. É imprescindível a análise detalhada dessas críticas, levantando os pontos relevantes e, inclusive, propondo algumas alterações para fim de adequar essas medidas com

as peculiaridades da sociedade e Estado brasileiros. Nesse sentido, a pretensão do quarto capítulo consiste na reflexão da possibilidade de adoção desse instituto, genuinamente formatado por outra ordem jurídica.

A relevância do presente estudo se coloca diante de sociedades que vivenciaram regimes escravagistas durante um longo período, como a brasileira, e que ainda carregam resquícios dessa cultura, que se refletem no preconceito racial e na conseqüente situação econômica da minoria negra.

Sob essa ótica, o sistema constitucional e a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na órbita do regime jurídico interno esquadriham a situação jurídica propensa para se discutir mecanismos de integração social e jurídica para grupos que historicamente estiveram em posições inferiores e subalternas, como os negros. Nesses termos, as ações afirmativas educacionais podem desempenhar uma função relevantíssima para a qualificação desse debate.

## 2 A QUESTÃO RACIAL

A identidade da nação brasileira ainda é uma questão problemática, pois se relaciona ao conceito de ‘raça’, cujas bases foram reconstruídas pela Ciência nos últimos cinquenta anos.

A questão racial e seus desdobramentos, tais como a existência de tipologias raciais, as práticas discriminatórias e as políticas de preferências raciais (DWORKIN, 2005) como as ações afirmativas, são conteúdos que ainda não atingiram um denominador comum nas reflexões da área científica, como também do imaginário popular. Tais temas ainda geram polêmicas e controvérsias porque se relacionam com o sistema jurídico constitucional, especialmente, a efetividade de direitos fundamentais.

Ultimamente, o Estado e a sociedade brasileiros estão às voltas com a questão racial relacionada à discussão sobre a implementação de políticas de ações afirmativas direcionadas aos negros. Tais políticas têm sido objeto de ações judiciais (inclusive em sede de jurisdição constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal) que questionam juridicamente se as medidas estatais baseadas em critérios raciais violam o direito constitucional à igual tratamento dos indivíduos.

Cumprе ressaltar que toda vertente discursiva em torno das políticas de ações afirmativas relaciona-se com aspectos históricos, jurídicos e culturais que associados a fatos sociais refletem a realidade atual do negro no Brasil.

Inicialmente, há que se levar em conta que a miscigenação entre povos colonizadores e colonizados é aspecto que influenciou o processo de formação da nação brasileira. De acordo com esse entendimento, o brasileiro seria resultado da confluência das raças negra, branca e índia, o que propiciou, assim, o surgimento da figura peculiar do mulato. Como corolário ao fenômeno da miscigenação, está a crença arraigada de que as relações entre as ‘raças’ no Brasil são pautadas por laços cordiais e pacíficos, sem existência de tensões raciais. Dessa forma, a concepção de igualdade racial entre os brasileiros foi delineada por esse dogma.

No entanto, tais entendimentos não se coadunam com a realidade brasileira e configuram-se como empecilhos na discussão pública relativa ao preconceito racial, políticas promocionais de inclusão do negro e a efetivação do direito à igualdade entre os brasileiros.

Diante desse contexto, é indubitável que a questão racial permeia a temática das políticas de ações afirmativas direcionadas aos negros.<sup>2</sup> Sendo assim, torna-se necessário

---

<sup>2</sup> O tema da minoria racial será abordado com maiores detalhes nos capítulos 3 e 4.

tecer, em linhas gerais, breves considerações sobre a concepção racial<sup>3</sup>, já que abordagem dessas questões influencia o ‘estado da arte’ no que tange às discussões sobre a existência ou não de raças humanas e sobre a legitimidade de políticas de discriminação positiva dirigidas aos negros.

A Ciência sempre realizou estudos para tentar entender o ser humano, em termos fisiológicos, psicológicos e antropológicos. Um dos resultados desses empreendimentos científicos concretizou-se na criação do sistema de classificação dos homens com base em critérios morfológicos, dividindo, assim, a humanidade em várias raças. De acordo com Magnoli (2009), a Teoria denominada de “Racialismo Científico” foi a responsável por fundamentar a classificação e separação de grupos humanos baseadas em supostas características biológicas e traços comportamentais, que formaram os critérios raciais. Essa corrente científica foi a responsável por classificar a humanidade em grupos humanos de acordo com caracteres físicos. O estabelecimento dessa tipologia racial gerou como consequência a qualificação dos homens dotados de aspectos de superioridade (física e intelectual) ou não.

Aquele que não se encaixava no padrão estabelecido pelos estudos científicos desenvolvidos por essa Teoria era considerado diferente, e, por isso mesmo, inferior. Desse modo, essa teoria foi um dos pilares da justificativa para a conquista, dominação e escravização de determinados povos, considerados primitivos.

A partir de um prospecto histórico constata-se que desde a Antiguidade, estavam incrustados em determinados povos, uma desconfiança e olhar desprezível com relação ao “estrangeiro ou diferente”.

Na antiguidade, o etnocentrismo desenvolveu uma desconfiança contra o estrangeiro que, tecnicamente, poderia representar uma ameaça para a comunidade. Eram geralmente designados como ‘bárbaros’. Assim, egípcios, assírios, persas, gregos e romanos consideravam a si como superiores [...]. (CRUZ, 2009, p. 130).

Na Antiguidade Clássica, os gregos desprezavam seus vizinhos, considerados como africanos, pois se reputavam como raça helênica e, sendo assim, dotados de inteligência e capacidade. (MAGNOLI, 2009).

Os europeus, na Era Moderna, influenciados pela herança da cultura greco-romana, pelo Eurocentrismo e por teorias racistas, criaram um simbolismo em torno da cultura europeia, considerada única e superior ante as demais, como a africana, árabe e os nativos da

---

<sup>3</sup> Cumpre salientar que não é pretensão deste trabalho aprofundar no tema referido, mas apenas estabelecer alguns contornos relevantes a título de introdução para o objeto deste estudo.

América. O imperialismo europeu, em pleno processo de expansão no século XVI, sedimentou a concepção de superioridade dos europeus frente aos demais povos colonizados.

Salienta-se, neste ponto, que a Teoria do Racialismo Científico foi utilizada durante o processo de colonização das terras brasileiras. Nesse sentido, o projeto lusitano para a América portuguesa direcionou-se para a dominação político-econômica dos colonizados embasado na ideologia de superioridade europeia. Aos europeus cabia a condução para a ‘civilização’ dos povos nativos, considerados atrasados e irracionais.

As teorias raciais assimiladas por Portugal e pela elite nacional justificaram o sistema escravocrata brasileiro, pois era preciso empregar o mecanismo do racismo para legitimar a escravidão de negros e indígenas. (CRUZ, 2009). A partir dessa ideologia, o negro foi considerado como um indivíduo inferior (em termos intelectuais), o que acarretou a cultura sócio-jurídica de subjugação desse grupo.

As primeiras classificações humanas embasadas na “raça” começaram a ser formuladas no século XVII. (MAGNOLI, 2009). Tais classificações eram determinadas pelos atributos físicos dos indivíduos, tomando por base critérios morfológicos visíveis tais como: cor da pele, tipo facial, perfil do crânio, textura e cor dos cabelos. “Raça” seria, portanto, um tipo padrão que definia e classificava os indivíduos, tendo em vista diferenças físicas e intelectuais. Assim, os homens eram divididos em grupos raciais, de acordo com tais diferenças.

Na segunda metade do século XVIII, por meio de estudos de Carolus Linnaeus, estabeleceu-se a divisão da espécie humana em quatro raças: americana, asiática, africana e europeia, sendo essa considerada a mais capacitada e superior às demais. (MAGNOLI, 2009).

Os estudos do cientista alemão Johann Friedrich Blumenbach (1752-1841), no século XVIII, criaram outra classificação racial: caucasóide (branca), mongolóide (amarela), malaia (marrom) etiópica (negra) e americana (vermelha). Essa classificação foi denominada de craniometria e era conjugada com parâmetros geográficos. A pesquisa embasou-se nas análises de crânios humanos usados como requisitos para a identificação de distinções entre as raças. Além disso, estipulou-se que a cor da pele seria determinada pelas regiões geográficas. (OLIVEIRA, 2004a). Nesse sentido, segundo Blumenbach, a raça caucasóide (composta dos povos europeus, do Oriente Médio, norte da África e Índia) era dotada de superioridade e, assim, seria o tipo humano perfeito, pois se acreditava que a região do Cáucaso fosse o berço da humanidade. (PENA; BORTOLINI, 2004).

Posteriormente, a divisão foi reformulada para uma tríade racial: branca, amarela e negra, por meio da obra “*Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*” (1853-1855), do

francês Joseph Arthur Gobineau. O Conde de Gobineau residiu durante 14 meses no Brasil como chefe da delegação diplomática da França e por meio de seus estudos afirmou que a raça branca (derivada da raça ariana) seria a responsável por originar as demais raças. Tal obra ostenta, inclusive, uma rejeição à miscigenação das 'raças', já que a mestiçagem seria a causa para a degeneração e decadência da civilização humana. O hibridismo humano geraria indivíduos fracos fisicamente e moralmente viciosos. (SOUSA, 2008).

Consubstanciadas nessa padronização da classificação racial, todas as categorizações humanas estabelecidas posteriormente basearam-se na pigmentação da pele.

A desvirtuação dos estudos de Charles Darwin, durante o século XIX, também contribuiu para estabelecer a tipologia racial de acordo com as capacidades intelectuais, embora ainda não houvesse um conjunto certificado de informações relativas às raças. Como informa Magnoli (2009), tais pesquisas além de influenciar a classificação racial, também foram responsáveis por justificar as realizações culturais e econômicas dos povos a partir das capacidades de cada raça.

Perfazendo um salto histórico, já na primeira metade do século XX, mais precisamente em 1930, Alfred Rosenberg edita a obra *O mito do século XX*, que trata a raça ariana ou ariano-nórdica como objeto central dos estudos. De acordo com a obra, a raça ariana era a melhor dotada da evolução civilizatória e seria a principal responsável pelo desenvolvimento científico e cultural da humanidade. (MAGNOLI, BARBOSA, 2011). No tocante a essa concepção racial, não se pode olvidar que ela foi utilizada pelo Estado nazista alemão na tentativa de erguer um império orientado pelo mito da superioridade racial ariana.

Até a primeira metade do século XX, as classificações raciais humanas se davam de acordo com características físicas já relatadas, tais como cor de pele, tipo de cabelo, forma do nariz e tamanho do crânio. Esses caracteres morfológicos eram relacionados a especificidades culturais, intelectuais e, inclusive, morais, que supostamente determinavam o grau de civilidade dos povos. Desse modo, o conjunto de características do indivíduo seriam cruciais para determinar seus desempenhos físico, intelectual e suas habilidades sociais e, assim, classificá-lo como incapaz ou não.

A teoria do Racialismo Científico originou-se de todos esses estudos anteriores e foi utilizada para classificar a espécie humana, ao definir tipos, linhagem e ancestralidade. Essa linha de pesquisa foi hegemônica no pensamento científico durante todo o século XIX e durante uma parcela significativa do século XX.

Na segunda metade do século XIX, sob a influência das teorias raciais que se desenvolviam, o sangue, até então símbolo de cultura e descendência, se tornou o veículo físico para a transmissão de características biológicas, sociais e intelectuais. Sob o novo paradigma, a própria cultura passou a ser considerada geneticamente determinada. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 269).

Destaca-se que a consolidação desse arcabouço teórico-científico contribuiu para a formação dos estereótipos referentes às raças. Nesse sentido, a raça branca seria dotada de uma inteligência superior e, assim, capacitada a comandar as demais raças ao contrário da raça negra, portadora de inferioridade e incapacidade intelectual.

Pode-se, concluir que a construção e a definição tradicional dos tipos raciais foram, inicialmente, derivados das ciências biológicas sendo assim, reputados como um conceito científico. Desde então, a concepção de que a humanidade estava racialmente dividida foi difundida, arraigada no senso comum popular e utilizada em várias áreas do conhecimento científico. (SOUSA, 2008).

Nesse contexto, constata-se que uma das consequências mais relevantes decorrentes do Racialismo Científico foi sua apropriação por alguns Estados, no intuito de dominar povos considerados inferiores aos europeus. O discurso científico de uma suposta divisão de grupos humanos em raças, baseada nas diferenças fisiológicas entre os homens, ajudou a justificar o colonialismo e a escravidão desenvolvidos pelo imperialismo europeu a partir do século XVI no continente americano. Desse modo, a exploração européia dos povos americanos e africanos firmou-se nas teorias que incutiram a hierarquia racial entre os povos.

No tocante a essa questão, observa-se que:

A ideologia da ‘missão civilizadora do homem branco’ fundamental na expansão imperial na Ásia e na África, decorreu da apropriação, pela política, daquilo que, a princípio, estava relacionado à filosofia e às ciências naturais do século XVIII: a tentativa de estabelecer classificações e hierarquias dos povos e suas culturas, bem característica da especulação iluminista. O recurso às forças da Natureza, ou de Deus, dependendo do público, ajudava a explicar por que a igualdade e a liberdade não podiam abranger a todos, em função de questões como ‘inferioridade racial’ e ‘primitivismo cultural’. Ocupar o primeiro lugar na escala evolutiva era motivo de grande orgulho para os europeus de então. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 20).

Com o desdobramento dessa ideologia científica, vários Estados formataram seus sistemas jurídicos pautando-se em supostas noções de superioridade e inferioridade raciais. Como decorrência dessa concepção, houve a criação de sistemas de segregação racial que atribuíam titularidade de direitos com base em critérios raciais.

A esse respeito, cabe destacar que tal aceção foi adotada pela Coroa Portuguesa e posteriormente pelo Estado Brasileiro, como forma de corroborar a existência de diferenças

entre os homens, justificando, assim, o tratamento jurídico desigual e a omissão na efetivação dos direitos dos negros. Constata-se que, tradicional e historicamente, a cor da pele foi fator para a designação da titularidade ou não de direitos dos brasileiros. Nesse aspecto, a história dos negros no Brasil pode ser interpretada a partir da questão racial e, conseqüentemente de práticas escravagistas e discriminatórias.

A crença na superioridade da raça branca, relatada acima, alicerçou a criação do sistema escravocrata e de segregação racial dos negros no Brasil. Conforme essa ótica era preciso tutelar grupos humanos identificados como inferiores e atrasados intelectualmente por meio da escravidão. O regime escravocrata estabelecido no território americano foi a concretização de uma cultura racista que legitimou a dominação de certos grupos em detrimento de outros. Antônio Sérgio Guimarães explica que “o pensamento racista brasileiro, àquela época, nada mais era que uma adaptação do chamado ‘racismo científico’, cujas doutrinas pretendiam demonstrar a superioridade da raça branca”. (GUIMARÃES, 2005, p. 52).

A grande reviravolta científica em torno da questão racial decorreu a partir do marco histórico da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A devastação provocada pelo Holocausto, baseado na simbologia da pureza da raça ariana, fomentou estudos científicos sobre as espécies raciais e o conceito biológico de raça. No período posterior ao referido conflito armado, a Ciência, gradativamente, contraditou e desfez algumas verdades absolutas relacionadas a diferenças biológicas entre os homens, desconstruindo, assim, o conceito tradicional de raça, e comprovando o seu caráter não científico.

A teoria antirracista pautava-se por uma lógica universalista, que combatia a convicção da existência de diferenças relevantes entre os homens. A partir dessa desconstrução científica, as práticas de segregação racial arraigadas e promovidas pela sociedade e Estado norte-americano e africano, no decorrer de grande parte do século XX, foram os alvos combatidos pelos antirracistas. (GUIMARÃES, 2005).

Cumprido ressaltar, porém, que a refutação das diferenças biológicas entre os homens decorreu, fundamentalmente, do desenvolvimento e avanço da pesquisa genética. O Projeto Genoma Humano, desenvolvido nas últimas décadas do século XX, desencadeou um salto científico e foi a mais importante contribuição para desmistificar e aniquilar o dogma da existência de raças humanas.

A genética provou que as variações no interior das populações humanas continentais são muito mais expressivas do que as diferenças entre as populações. Também revelou que as alardeadas diferenças entre as ‘raças’ humanas não passam de

características físicas superficiais, controladas por uma fração insignificante da carga genética humana. (MAGNOLI, 2009, p. 21).

Por meio dos estudos genéticos, provou-se que há impossibilidade de se classificar consensualmente as raças de acordo com requisitos biológicos. Ou seja, o mesmo conceito de raça construído pelas ciências biológicas passa a ser rejeitado por ela. A rejeição se deu em decorrência da conclusão de que as diferenças físicas ou intelectuais entre os homens são tão ínfimas que não estão relacionadas a critérios biológicos. Nesses termos, os caracteres físicos de uma pessoa são insuficientes para definir e categorizar a pertença a um tipo de raça.

Cerca de 93% da variação genética humana ocorre entre indivíduos da mesma região continental, mas algo como 88% da variação no traço fenotípico ‘ cor da pele’ verifica-se entre indivíduos das diferentes regiões continentais. A cor da pele, isto é, na linguagem do senso comum, a raça – não é um indicador aceitável das diferenças do DNA humano. (MAGNOLI, 2009, p. 346).

As supostas desigualdades e diferenças entre os grupos humanos decorrem de fatores sociais, históricos e ambientais, e de não fatores biológicos. Conforme assevera Sérgio Pena, as diferenças entre os grupos humanos não são o reflexo de variações relevantes genômicas entre tais segmentos, e sim, estão relacionadas ao continente de origem e à ação da seleção natural. (PENA; BORTOLINI, 2004).

O cientista explica que, à medida que o homem saía da África e colonizava outros continentes, num processo geográfico expansionista, ele sofria e se adaptava a influências ambientais. Daí que as características físicas externas, além de sujeitas a um número de genes, sujeitam-se, também, a fatores ambientais, tais como as distinções continentais dos níveis de radiação ultravioleta. (PENA; BORTOLINI, 2004).

Conforme esclarece Sérgio Pena:

Somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes. As grandes similaridades entre todos os humanos, e que nos distinguem com facilidade dos demais primatas, reportam, à nossa origem recente como espécie. Por outro lado, existem múltiplas variações morfológicas, tais como cor de pele, a altura, a textura do cabelo e as características faciais, especialmente quando são comparados indivíduos pertencentes aos diferentes grupos nativos continentais (ninguém confundiria um africano de Botswana com um europeu da Noruega ou ainda com um índio Yanomami). Repetimos: tais diferenças refletem apenas a adaptação evolutiva das populações geograficamente diversificadas de *Homo sapiens sapiens* ao seu hábitat e não servem para atestar a existência de raças dentro de nossa espécie. (PENA; BORTOLINI, 2004, p. 33-34).

O hábito secular de catalogar os homens em grupos se deve mais a construções ideológicas, antropológicas, influenciadas por fatos histórico-sociais. Sendo assim, o referido

cientista sustenta que a expressão ‘raça’ representa uma construção sócio-política e cultural e não uma criação biológica. (PENA; BORTOLINI, 2004). Raça seria, portanto, o resultado de uma concepção social, tendo em vista a inexistência de fundamentos biológicos. Nesse sentido, Guimarães (2005) acrescenta que a concepção de ‘raça’ é um conjunto de caracteres físicos e hereditários, aliado a valores culturais, morais e intelectuais.

Não existem subdivisões da espécie humana que possam ser, de modo inequívoco, identificadas geneticamente, e às quais correspondam atributos físicos, psicológicos, morais e intelectuais distintos. As diferenças morais e intelectuais entre os grupos humanos (populações razoavelmente estáveis, num dado território) só poderiam, portanto, ser explicadas por diferenças culturais. (GUIMARÃES, 2005, p. 63).

Os pesquisadores do projeto genoma humano Francis Collins e J. Craig Venter, citados por Ali Kamel (2006), afirmam que os homens são 99% geneticamente iguais, independentemente de raças. Para Venter, raça não é um conceito científico, e sim uma construção social.

Diante desse cenário, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) influenciada pelo entendimento inovador de inexistência de raças liderou e realizou estudos entre os anos de 1940 e 1960. Como resultado desses encontros diplomáticos que discutiram a questão racial, formulou-se em 1978, a *Declaração Sobre Raça e Preconceitos Raciais*, proclamada pela Conferência Geral da Unesco em 27 de novembro de 1978. (UNESCO, 1978).

Tal declaração antirracista tinha como finalidade adotar outro entendimento relativo à raça, não derivado de fatores biológicos e sim de fatores histórico- jurídicos. O artigo primeiro consagra essa nova concepção ao estabelecer que todos os homens pertencem a uma mesma espécie<sup>4</sup>. O documento ainda condenou práticas racistas<sup>5</sup>, de superioridade e dominação de certos grupos sobre outros, com base na classificação racial por critérios físicos. (UNESCO, 1978).

Dessa forma, sob o ponto de vista biológico, a Ciência como um todo e sua vertente genética, indubitavelmente, comunga, atualmente, da afirmativa de que raças não existem, pois não há diferenças genéticas entre os homens suficientes para enquadrá-los em diferentes

---

<sup>4</sup> Artigo 1º estabelece que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade. (UNESCO, 1978).

<sup>5</sup> O Artigo 2º deste documento internacional define o racismo como atitudes ou práticas que englobam: ideologias racistas, comportamentos fundados em preconceitos raciais e discriminatórios, disposições estruturais e práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a idéia falaz de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis.

grupos físicos. Sob esse aspecto, Oliveira (2004a) explica que se deve considerar a unicidade da espécie humana.

Diversidade de fenótipos, bem como o fato de que cada genótipo é único, são normas da natureza. Tendo o DNA como material hereditário e o gene como unidade de análise, não é possível definir quem é geneticamente negro, branco ou amarelo. O genótipo sempre propõe diferentes possibilidades de fenótipos. O que herdamos são gentes e não caracteres! (OLIVEIRA, 2004a, p. 59).

A esse propósito, Sérgio Pena corrobora com tal afirmação, no sentido de que:

[...] raças não existem do ponto de vista genético ou biológico. Apenas 5% da variação genômica humana ocorre entre as chamadas 'raças'. Ademais, somente 0,01% do genoma humano varia entre dois indivíduos. Em outras palavras, toda a discussão racial gravita em torno de 0,0005% do genoma humano! (PENA; BORTOLINI, 2004, p. 46).

De acordo com o raciocínio desenvolvido acima, pode-se inferir que a criação do conceito de raça foi obra de estudos científicos datados dos séculos XVIII e XIX, que estão em dissonância com a concepção atual, pois as diferenças biológico-genéticas entre os homens são ínfimas e, sendo assim, a raça não pode ser fator de distinção entre os homens. Magnoli (2009, p. 355) acrescenta que “[...] a genética no final do século XX evidenciou que todos os seres humanos são igualmente diferentes, ou seja, que a individualidade genética das pessoas não se traduz na existência de coletividade raciais”.

Um ponto proeminente, que deve ser salientado, é que mesmo com a impropriedade técnica em se admitir a existência de tipos raciais pautados em critérios biológicos, ainda se constata que existem práticas discriminatórias contra os negros no Brasil, baseadas na concepção racista de inferioridade e dominação.

Ainda que pesem as alterações dos entendimentos científicos, a definição de pessoa negra no Brasil se dá por caracteres fisionômicos, como tipo de cabelo, cor de pele, formato do nariz e dos lábios. O negro é considerado aquele de ascendência africana e sem portar traços físicos de origem branca. Nesse caso, os atos discriminatórios não se baseiam na sua origem genética e sim na cor aparentada de uma pessoa, relacionada a uma figura padronizada do negro. É o denominado ‘racismo de cor’, no qual a discriminação racial pauta-se por fatores biológicos e não critérios genéticos. Há uma valorização mais enfática das características físicas do indivíduo, sobretudo a cor da pele, em detrimento dos critérios sanguíneos. A esse propósito, Sérgio Penna (PENA; BORTOLINI, 2004) cita os estudos de

Oracy Nogueira (1985) para o qual preconceito vigente no Brasil seria o “preconceito de marca”, diferentemente do “preconceito de origem” que vigora nos Estados Unidos.

Nesse país, o critério utilizado para se definir negro é por meio da ancestralidade, isto é, a quantidade de ascendência negra contida no sangue. É o denominado sistema da única gota de sangue ou “*one drop rule*”, já que é por meio da constatação da presença de determinada quantidade (1/8) de sangue negro, que se define a pertença do analisado ao segmento negro. (MAGNOLI, 2009). Ou seja, nesse caso, a utilização de fatores ancestrais e genéticos é determinante para definir com precisão os grupos “raciais”. Em outros termos, a análise da aparência física de uma pessoa não é relevante para definir seu pertencimento a uma ‘raça’. Pois, pode ocorrer de uma pessoa com biótipo branco ser considerada negra, em razão da quantidade de sangue negro. Dessa forma, o homem mulato (fruto da miscigenação entre branco e negro) também é considerado negro. A adoção da regra da gota única de sangue provocou o estabelecimento do sistema birracial nos Estados Unidos. Nesse arcabouço vigorava apenas dois tipos de padrões raciais: negro ou branco, sem posições intermediárias, ou elementos biológicos mestiços.

Por outro lado, o Brasil, devido à admissão de identidades raciais intermediárias, resultado da ampla miscigenação, adota o sistema multirracial, considerando a figura do mulato ou pardo como um dos tipos raciais.

O emprego de critérios diferentes para considerar uma pessoa como negra, reflete-se na distinção entre as práticas racistas norte-americanas e brasileiras.

O Estado e a sociedade estadunidenses foram erguidos sob leis raciais, como o exemplo citado da regra da “gota única de sangue”, o que acarretou variadas práticas explícitas de discriminações raciais<sup>6</sup>, culminando, inclusive, com embates físicos entre negros e brancos. Ou seja, a história dos negros americanos foi marcada por tensão e conflitos interraciais. Esse sistema de segregação racial somente veio a ser extinto na década de sessenta do século XX, em decorrência do avanço jurisprudencial da Suprema Corte relativo ao direito da igualdade, previsto na XIV Emenda<sup>7</sup> da Constituição de 1787, como será explanado nos tópicos seguintes.

---

<sup>6</sup> Como exemplo dessas práticas discriminatórias estão: a discriminação direta que é aquela cuja finalidade é a violação intencional, a discriminação institucional praticada por instituições públicas ou particulares, e atos de racismo individual que enseja hostilidades verbais.

<sup>7</sup> Assim, estabelece a Emenda XIV – seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver 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.” (ESTADOS UNIDOS, 1787).

De outra parte, no que tange ao Estado brasileiro, embora inexista, de modo geral, uma cultura de comportamentos preconceituosos raciais explícitos e virulentos, não há como negar que ainda vigoram práticas discriminatórias sutis e camufladas, o que torna mais difícil a sua prevenção e punição. Entretanto, a evolução do constitucionalismo brasileiro tem demonstrado, precipuamente a partir da Constituição Republicana de 1988, que existe um comprometimento com a proteção de todos os segmentos sociais e a efetivação do sistema de direitos e garantias fundamentais.

Daniel Sarmento chama a atenção para o compromisso que a Constituição de 1988 possui para com o princípio da igualdade e a luta contra qualquer tipo de preconceito. Na opinião desse constitucionalista, isso se evidencia em normas como o artigo 3º, incisos I e III<sup>8</sup> da Lei Fundamental que estipula como objetivos da República brasileira a construção de uma sociedade livre, solidária, justa e despida de preconceitos. (SARMENTO, 2010). Acrescenta-se ainda ao fato de normas constitucionais<sup>9</sup> tratarem da questão racista, ao repudiar e proibir o racismo.

Diante da atual panorâmica constitucional, é imperioso citar, ainda que sinteticamente, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, mais comumente conhecido como caso Ellwanger. O paciente de tal *writ*, Sigfried Ellwanger, foi condenado nas instâncias inferiores, pela conduta tipificada no artigo 20 da Lei nº 7716/89<sup>10</sup>, pelo qual teria praticado atos de racismo contra os judeus. Ellwanger, além de autor de trabalhos que continham conteúdo antissemita, também na função de editor, foi considerado responsável por editar, distribuir e vender obras que incitavam ódio contra os judeus, o denominado *hate speech* (ou discurso de ódio). O Supremo Tribunal Federal, por decisão de 8 a 3, denegou a ordem de *Habeas Corpus* por entender que tais práticas se enquadrariam em crime de racismo.

No que se refere à referida decisão, por meio de uma construção hermenêutico-constitucional subjacente ao conceito de raça, cumpre pontuar sua notável compatibilização com o atual entendimento de que inexitem tipos raciais. Para a maioria dos ministros, raça é uma configuração oriunda da construção histórico-cultural e antropológica, ou seja, um

---

<sup>8</sup> O Artigo 3º da Constituição da República de 1988 estabelece como objetivos fundamentais do Estado brasileiro: Inciso I: “constituir uma sociedade livre, justa e solidária.” Inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

<sup>9</sup> Artigo 4º da Constituição da República de 1988 estipula como princípios que regem o Estado brasileiro nas suas relações internacionais: Inciso VIII: “repúdio ao terrorismo e ao racismo.” O artigo 5º, inciso XLII estabelece práticas racistas constituem crime inafiançável e imprescritível. (BRASIL, 1988).

<sup>10</sup> Artigo 20 da Lei 7716/89 na redação dada pela Lei nº 9.459/97 proíbe: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” Pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa. (BRASIL, 1989).

fenômeno social, no qual não prevalece unicamente o critério biológico. Segue um breve trecho da ementa:

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. [...]

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...]

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (HC 82.424/RS) (BRASIL, 2003).

Cabe observar que somente o então ministro Moreira Alves defendeu a existência de raças humanas. Em seu voto, admitiu a possibilidade de classificação de raças humanas, baseada em fatores fisiológicos.

No que se refere às finalidades desse trabalho, o relato de tal julgamento, na altura dessa explanação, serve para enfatizar que a questão racial ainda é relevante e envolve dimensões jurídicas, principalmente, no que tange à jurisdição constitucional e a efetivação de direitos fundamentais no Brasil.

A mencionada decisão comprova que o sistema jurídico brasileiro reconhece a inexistência de raças e, concomitantemente, está compromissado com a preservação de uma sociedade pluralista e alerta na repressão de atos de discriminação contra grupos considerados ‘inferiores’ pautados em estigmatizados critérios raciais.

Salienta-se que a raça como fator de exclusão deve ser repudiada e eliminada pelo sistema jurídico constitucional. Entretanto, a concepção racial pode ser utilizada pelo mesmo sistema como fator de inclusão, a fim de legitimar a promoção de grupos que foram historicamente excluídos e discriminados da titularidade e fruição de direitos.

A diferenciação dos indivíduos de acordo com a raça produz diferenças sociais, que devem e podem ser corrigidas pelo direito, na medida em que o mesmo seja capaz de forçar ou permitir a criação de oportunidades quando elas não existem. (GALUPPO, 2006, p. 107).

Partindo do pressuposto das atuais sociedades pós-modernas, a discriminação é uma forma de dominação e subjugação direcionadas a certos grupos sociais considerados vulneráveis, e denominados de minorias, tais como os negros, mulheres, idosos, portadores de

deficiências físicas e homossexuais. Ou seja, atualmente, existem outras formas de discriminação que não estão relacionadas tão somente, à cor da pele e sim a características e condições pessoais dos indivíduos.

Pode-se descrever algumas modalidades existentes de discriminação ilícita. A discriminação intencional consiste na forma mais corriqueira de discriminação, na qual há o tratamento desigual dos indivíduos ou grupos sociais baseado nas condições pessoais, como raça, gênero, idade, deficiências, ou outra característica que os diferencie do grupo majoritário. Essa espécie de discriminação pode ser cometida ou ratificada pelo Estado (como no caso norte-americano na elaboração do sistema jurídico *Jim Crow*) ou por particulares com atos intencionais de subjugação desses indivíduos. “Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar ou absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou privilégio.” (GOMES, 2001, p. 18).

A outra modalidade de discriminação é a denominada indireta na qual a desigualdade entre os indivíduos não está relacionada diretamente a atos discriminatórios intencionais ou explícitos. Essa prática discriminatória consiste em atos discriminatórios dissimulados (já que não há intenção explícita em discriminar), e arraigados no cotidiano das pessoas, das empresas e do Estado. Sob esse aspecto tal discriminação também é denominada de discriminação por impacto indireto desproporcional. Seu efeito é perverso, pois possui “[...] aptidão para perpetuar situações de desigualdade resultantes de fatores histórico-culturais”. (GOMES, 2001, p. 24).

A discriminação de fato refere-se a atos de inércia, inoperância e indiferença que caracterizam o tratamento do Estado e particulares para com os grupos sociais minoritários. Para Gomes tal discriminação se faz presente na implementação das políticas governamentais, pois se tem uma “[...] concepção do princípio da igualdade que não leva em conta as especificidades dos grupos minoritários, tendendo quase sempre a perpetuar as iniquidades de que eles historicamente são vítimas”. (GOMES, 2001, p. 29).

No caso específico dos negros brasileiros nota-se a presença dessas três modalidades de discriminação, embora possuam contornos diferentes dependendo do período e da ideologia sócio-política. A discriminação racial no Brasil não está circunscrita a um passado escravocrata, pois ela se renova em inúmeras formas.

Desse modo, conforme esclarece Guimarães (2005), o termo “racismo” é utilizado atualmente para designar práticas discriminatórias, que muitas vezes não estão relacionadas a

um grupo específico, no caso os negros, e sim a grupos sociais que não são plenamente reconhecidos e protegidos pelo sistema jurídico como mulheres, crianças e judeus.

Ademais, no que diz respeito aos negros no Brasil, apenas medidas repressoras não são suficientes para efetivar o exercício de direitos e garantias fundamentais, haja vista as reminiscências de um passado escravagista, cujos reflexos ainda estão latentes em reiteradas práticas preconceituosas para com os negros e demais minorias.

Nesse sentido, as políticas de ações afirmativas sob a forma de reserva de vagas aos negros no ensino superior, consistiriam em mecanismos viáveis no atual sistema jurídico constitucional brasileiro para efetivar o direito à igualdade da minoria negra.

## **2.1 A colonização, a escravidão e os negros no Brasil**

O processo de colonização português em terras brasileiras, iniciado no século XVI, foi marcado por duas características indelévelis: os latifúndios e a mão-de-obra escrava. Tais características acarretaram a formação de uma sociedade economicamente agrária, hierárquica e fundada em privilégios de classes. Freyre retrata esse quadro

A colonização no Brasil se processou aristocraticamente – mais do que a de qualquer outra parte da América [...] Mas onde o processo de colonização européia se afirmou essencialmente aristocrático foi no norte do Brasil. Aristocrático, patriarcal, escravocrata. O português fez-se aqui senhor de terras mais vastas, dono de homens mais numerosos que qualquer outro colonizador da América. (FREYRE, 1980, p. 190).

Inicialmente, após o descobrimento das novas terras americanas, a Coroa não possuía pretensões de investimentos financeiros para realizar a colonização das terras. A esse propósito, Sérgio Buarque de Holanda explica que “não convinha que aqui se fizessem grandes obras, ao menos quando não produzissem imediatos benefícios. Nada que acarretasse maiores despesas ou resultasse em prejuízo para a metrópole”. (HOLANDA, 1971, p. 74). Acrescenta-se a tal situação, o fato de que já estava em pleno desenvolvimento o comércio português de mercadorias orientais. Dessa forma, naquele momento, foi priorizada a atividade econômica com o Oriente devido a sua lucratividade e segurança de retorno imediato, pois, “de início, o continente descoberto não se constituiu em um atrativo apto a competir com as especiarias do Oriente”. (KAUFMANN, 2007, p. 36).

Ante a finalidade lusitana de resultados instantâneos, a solução foi transferir os encargos econômicos aos particulares, incentivando-os a desbravar e explorar as terras descobertas. O território brasileiro foi dividido e loteado com a implantação do sistema de

capitanias hereditárias, que se tornaram, assim, o germe dos futuros latifúndios. Conforme assevera Holanda (1971), a colonização portuguesa nas terras brasileiras foi uma espécie de tentativa de imposição da cultura europeia ao extrair grandes proporções do solo ou da mineração, por meio de pouco investimento financeiro e sem grandes sacrifícios.

Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam. Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. (HOLANDA, 1971, p. 119).

O tipo de colonização e os sucessivos produtos agrícolas explorados tais como, cana de açúcar, café, algodão, necessitavam de concentração de grande número de mão de obra para trabalhar nas extensas lavouras. Embora os indígenas conhecessem o território (diferentemente dos africanos), havia a inaptidão, pouca experiência e resistência daqueles para o tipo de trabalho agrícola duro, metódico e aprimorado para os padrões da época. Desse modo, a importação de parcela de negros africanos foi a melhor alternativa que se coadunava com os planos de colonização expropriatória da Metrópole. Diante de tal contexto, pode-se inferir que as fracassadas tentativas de utilizar os índios para o trabalho agrícola foram decisivas para o surgimento do regime jurídico escravocrata.

O meio e as circunstâncias exigiram o escravo. A princípio, o índio. Quando este, por incapaz e molengo, mostrou não corresponder às necessidades da agricultura colonial – o negro. [...] O operário africano disciplinado na sua energia intermitente pelos rigores da escravidão. (FREYRE, 1980, p. 242).

O desinteresse por parte da Metrópole em escravizar os indígenas estava também associado à ausência de lucratividade, já que o preço do índio para a venda era inferior ao negro e havia o risco de criar um comércio interno indesejável.

Acrescenta-se, ainda, que a vinda de pequena parcela de portugueses para habitar a colônia inviabilizou o desenvolvimento do trabalho livre, haja vista que a aventura de povoar e trabalhar em terras desconhecidas somente seria compensada, se fossem oferecidos salários expressivos e a oportunidade da livre iniciativa. (KAUFMANN, 2007).

Kaufmann (2007, p. 39) pontua que, nesse aspecto, os portugueses já eram experientes com as práticas escravagistas, pois “Portugal já havia utilizado a escravidão dos árabes – desde as guerras da Reconquista, quando os mouros aprisionados eram reduzidos à servidão – e dos africanos”.

Dessa forma, o tipo de colonização efetivada no Brasil desencadeou o surgimento da estrutura de exploração econômica fundada no trabalho escravo. A esse propósito, Abdias Nascimento defende que “o papel do negro escravo foi decisivo para o começo da história econômica de um país fundado, como era o caso do Brasil, sob o signo do parasitismo imperialista”. (NASCIMENTO, 1978, p. 49).

Tendo em vista a essencialidade da mão de obra africana para o desenvolvimento e exploração econômica da colônia, criou-se, então, o vínculo de dependência com o processo colonizatório nos trópicos. Nascia, então, o instituto da escravidão na América portuguesa.

Wolkmer (2007) esclarece que:

Para a exploração lucrativa dos latifúndios, a alternativa escrava era a que melhor serviria ao sistema porque, se fossem importados homens livres, estes poderiam tornar-se donos de um pedaço de terras devolutas que existiam em abundância; além disso, aos traficantes era lucrativo trocar ‘negros’ por produtos tropicais que comercializavam na Europa. (WOLKMER, 2007, p. 48).

Tal conjuntura foi responsável pelo surgimento de uma aristocracia branca, formada por latifundiários, sacerdotes e comerciantes.

Na verdade, pode-se concluir que a escravidão foi criada em decorrência do consentimento e incentivo da Metrópole lusitana na importação lucrativa de africanos, associada à conveniência sócio-econômica da elite latifundiária que teria uma mão de obra sem ônus financeiros significativos. Posteriormente, os lucros advindos do tráfico negreiro justificaram e contribuíram para a permanência do regime escravocrata na colônia.

É importante destacar que a cultura ibérica possuía uma peculiar visão sobre o trabalho que os diferenciava dos povos protestantes. Esses exaltavam o trabalho manual, a responsabilidade individual e o livre arbítrio. Em decorrência disso, nas colônias da Nova Inglaterra o número de negros era reduzido, se comparado com as colônias da América Latina, tendo em vista o tipo de colonização por povoamento e a existência de uma cultura de produção familiar. (HOLANDA, 1971).

Assim, prossegue o mencionado autor que:

Enquanto povos protestantes preconizavam e exaltavam o esforço manual, as nações ibéricas colocam-se ainda largamente no ponto de vista da antiguidade clássica. O que entre elas predomina é a concepção antiga de que o ócio importa mais que o negócio e de que a atividade produtora é, em si, menos valiosa que a contemplação e o amor. [...] O certo é que, entre espanhóis e portugueses, a moral do trabalho representou sempre um fruto exótico. (HOLANDA, 1971, p. 10).

Desse modo, não restam dúvidas de que o negro foi um dos elementos essenciais no processo de colonização nas Américas, pois sem a sua presença, executando o trabalho braçal, seria quase impossível desenvolver a economia agrícola e, posteriormente, a exploração de minerais. Nesse aspecto, Florestan Fernandes (1972) observa que a escravidão se sustentou por tanto tempo, pelo fato de que o negro foi o único agente de trabalho possível com relação a certos serviços degradantes.

Cumprido ressaltar, a escassez de documentos oficiais relativos ao regime escravocrata brasileiro, haja vista que o então vice-chefe do governo provisório e Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, por meio do decreto de 14 de dezembro de 1890, efetivado pela circular de nº 29, de 13 de maio de 1891, ordenou a queima dos arquivos estatais referentes à escravidão. Tal ato objetivava apagar os resquícios do passado escravocrata e algumas de suas consequências, como a aventada, porém não efetivada, indenização aos ex-proprietários de escravos. (KAUFMANN, 2007).

De acordo com Wolkmer (2007), as primeiras importações de negros oriundos de Guiné e da ilha de São Tomé foram autorizadas pelo alvará de 29 de março de 1559. Desse modo, os navios partiam da Europa levando tecidos, armas e rum para a África, e retornavam para as colônias americanas com escravos africanos que eram trocados por açúcar, café e tabaco. Essas trocas comerciais eram lucrativas para a Metrópole, haja vista que o mercado europeu necessitava de produtos valorizados para a época, como o café e açúcar.

Muitas vezes os negros capturados eram objetos de escambo, e desse modo trocados ora por barras de ferro, ora por tecidos, contas de cristal, corais, fumo ou aguardente. Outras vezes, os escravos eram negociados a baixo custo e revendidos nas colônias a preços exorbitantes, gerando lucros espetaculares. (KAUFMANN, 2007, p. 52).

No ápice do tráfico negreiro, mais precisamente na primeira metade do século XVIII, foram transportados para a América pelos navios ingleses, cerca de 40 mil escravos.

No auge do comércio de gente, em meados do século XVIII, cerca de 85 mil escravos faziam anualmente o trajeto transatlântico. Ao longo de quase quatro séculos, mais de 11,5 milhões de africanos foram embarcados como escravos nas rotas do Atlântico e outros 3,4 milhões seguiram para a Europa ou os países árabes. (MAGNOLI, 2009, p. 198).

A teoria do Racialismo Científico, conforme já destacada anteriormente, foi fundamental para embasar as práticas escravagistas ocorridas nos trópicos, ao considerar o negro como um ser irracional e inferior.

Opinião divergente e minoritária é encabeçada por Roberta Kaufmann, ao negar a influência que as teorias racistas tiveram na implantação do regime escravista. Na sua visão, “[...] os lucros do tráfico justificam a opção pela escravidão negra, e não a cor da pele ou qualquer teoria pseudocientífica que procurasse demonstrar a inferioridade da raça, ou a inviabilidade da escravidão indígena”. (KAUFMANN, 2007, p. 50).

Todavia, como sustenta Wolkmer (2007), é certa a existência de um projeto escravista de negação do ‘outro’, embasado na violência física (deformações físicas por excesso de trabalho, castigos, tortura) e na discriminação social da cultura negra. Assim, prossegue o autor que:

Desde o século XVII, a elite dominante e seus letrados servís buscaram justificar, sob o aspecto religioso, moral e jurídico, um projeto cristão-colonialista, colocando em relevo a legitimidade da escravidão e a fundamentação de normas que institucionalizassem o controle. Daí a resposta das massas negras engajadas na resistência à escravidão. (WOLKMER, 2007, p. 69).

O tráfico negreiro em larga escala fez com que a maioria da população brasileira fosse composta por negros aproximadamente na primeira metade do século XIX. A esse propósito Tannenbaum citado por Kaufmann (2007) aponta que, nessa época, de um total de 3,6 milhões de habitantes, havia 834.000 brancos, 628.000 considerados mestiços e 2 milhões 887 mil e 500 negros.

A Metrópole elaborou uma legislação repressora direcionada aos negros, como por exemplo, a proibição de casamentos entre negros e brancos e a vedação do acesso ao exercício de cargos municipais em Minas Gerais para qualquer mulato, até a quarta geração, proibição essa, extensiva aos homens casados com mulheres negras. (HOLANDA, 1971). Cumpre elucidar, que apesar da existência de vedação para as uniões interracialis, a Igreja e a sociedade colonial aceitavam as uniões informais, principalmente devido à falta de contingente de mulheres brancas que não vieram para a colônia. O que contribuiu para gerar, posteriormente, um grande contingente de mestiços.

O problema da falta de mulheres brancas a acompanhar as primeiras frotas ao Brasil fez com que até a Igreja Católica observasse com mais tolerância os relacionamentos extraconjugais dos exploradores portugueses. Bem ilustra esta tese, carta encaminhada pelo Bispo Sardinha ao Rei Dom João III, no sentido de que na colônia haveria muito mais coisas a se dissimular, ou a fingir que não aconteciam, do que propriamente a punir. (KAUFMANN, 2007, p. 38).

As instituições do sistema jurídico romano influenciaram a legislação lusitana, pois o escravo romano era considerado instrumento ou coisa, excluindo sua titularidade de direitos,

(condição de pessoa) conferindo, assim, ao seu proprietário poderes absolutos e ilimitados (COULANGES, 1989). Nesse sentido, as ordenações portuguesas que regiam o sistema jurídico colonial reproduziram tal concepção jurídica, pois classificavam os índios e negros como “coisas”. No que se refere à concepção da figura do escravo como bem móvel, ele, inclusive, poderia ser objeto de garantia de hipoteca agrícola. (KAUFMANN, 2007). Também poderia ser considerado responsável por crimes, como por exemplo, considerado sujeito ativo da ofensa. Porém, quando sofria as ofensas, ele não era indenizado pelo senhor.

Não se pode olvidar, que aos escravos sempre lhe foi negada a experiência de homem livre e trabalhador, na condição de titular de direitos individuais, e especialmente o exercício do direito de liberdade, igualdade e propriedade.

A diferença entre as pessoas estava definida pela propriedade – em particular, pela propriedade de escravos. A distinção primária, entre homens livres e escravos, e a secundária, entre homens livres proprietários e não proprietários, eram suficientes para a ordem social vigente. (MAGNOLI, 2009, p. 146).

Não houve uma estrutura jurídico-social que estabelecesse condições dignas de trabalho, garantias ou direitos à mão-de-obra escrava. Os escravos dormiam no chão das senzalas (quase sempre ao lado de animais), usavam vestimentas simples, alimentavam-se, muitas vezes, de restos de comida e eram acometidos de várias doenças, devido à precária higiene. Aos feitores, cabia-lhes, supervisionar os trabalhos, utilizando, inclusive, violência física para castigar e “disciplinar” os escravos. (KAUFMANN, 2007). Diante de tal situação, e contraditando o mito da docilidade dos negros, foram desenvolvidos meios de revolta contra a opressão e violência do regime escravista, tais como o suicídio, insurreição, e as fugas para os quilombos, sendo Palmares (extinto em 1695), o exemplo mais bem-sucedido de comunidade negra. Os quilombos, que se formaram principalmente nos séculos XVII e XVIII, no sudeste do Brasil, consistiam em comunidades rurais que se organizavam, sob o ponto de vista sócio-econômico, em propriedades coletivas, praticavam atividades agrícolas e criavam animais para subsistência. Possuíam práticas de convivência igualitária e cooperativa, com pluralismo legal consuetudinário.<sup>11</sup> (WOLKMER, 2007).

---

<sup>11</sup> Nesse aspecto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz observa que a concepção comunitária quilombola ainda está presente na realidade social brasileira, por isso, constitui-se em motivo de interesse e proteção por parte do sistema jurídico-constitucional. Cruz (2009, p. 134) observa que: “Os artigos 215 e 216 da CF/88, bem como o artigo 68 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) não são dispositivos oníricos ligados apenas a um ideal de uma sociedade multicultural. Mais do que isso, refletem uma realidade social indicativa que, de cada 80 brasileiros, um ainda vive sob regras e costumes comunitários, reflexo dos quilombos e da resistência à escravatura.”

No que tange à mulher negra, ela era instrumento de servidão não apenas nos trabalhos domésticos e agrícolas, mas também estava disponível ao seu proprietário para atividades sexuais. (FREYRE, 1980).

A ideologia católico-cristã contribuiu para a sustentação do regime escravocrata, já que pregava a obediência dos escravos ante a autoridade dos senhores de escravos. Havia nessa concepção, a transmissão da ideia de que o senhor deveria levar sua fé e salvação ao escravo, já que possuía características animais e pagãs que necessitavam ser convertidas. Ainda que o regime escravocrata conflitasse internamente com os valores religiosos e morais, as instituições católicas não agiram como a devida reprimenda ao sistema. Conforme acrescenta Wolkmer (2007), os jesuítas nada fizeram em favor dos negros. Pelo contrário, a Igreja, por muitas vezes, reprimiu comportamentos envolvendo os hábitos e cultura africanos.

Respalhada pela teoria do Racialismo Científico, formou-se uma convicção em torno da figura do negro de que a condição de escravo seria algo inerente à sua natureza psicobiológica. Houve um convencimento por parte das teorias raciais, de que era preciso que os colonizadores europeus levassem sua ‘missão civilizatória’ junto à grande massa de indivíduos considerados inferiores. Freyre reproduz tal ideologia:

**Sofreram os colonizadores, não exclusiva ou diretamente da América, mas das colônias em geral, dos contatos com povos exóticos e raças atrasadas, das conquistas e das relações ultramarinas, decidida influência no sentido da dissolução moral. Era o ônus moral do imperialismo.** (FREYRE, 1980, p. 253, grifos nossos).

A esse respeito, Florestan Fernandes reflete no sentido de que foi por meio de um processo de racionalização sócio-cultural que a própria escravidão converteu-se “[...] numa relação aparentemente piedosa e misericordiosa”. (FERNANDES, 1972, p. 97).

Junto à consolidação do regime escravocrata, formou-se uma cultura de preconceito contra o negro e seus descendentes, já que sua “condição” era transmitida hereditariamente. Desse modo, a cultura de discriminação racial foi um elemento essencial para sustentar a escravidão. Conforme esclarece Fernandes (1972, p. 97): “O preconceito e a discriminação surgiram na sociedade brasileira como uma contingência inelutável da escravidão.” Ainda prossegue:

No fundo, portanto, o preconceito, que se tornava racial por uma contingência das origens biológicas dos escravos, preenchia uma função racionalizadora. Cabia-lhe legitimar o que era socialmente legítimo. Graças a ele, o senhor podia lidar liberalmente com os *mores* de sua cultura e justificar-se moralmente, perante a sua consciência religiosa e o consenso geral. (FERNANDES, 1972, p. 97).

Entretanto, existe uma corrente ideológica que nega a influência que o regime escravocrata realizou sobre as instituições políticas e as práticas sociais brasileiras. Dessa forma, as desigualdades seriam resultado da discriminação e preconceito, e não frutos da escravidão. Corroborando tal posicionamento, Magnoli (2009) nega que a escravidão negra estaria relacionada ao racismo. Para ele:

[...] instituto legal da escravidão não tem relação com o racismo e não precisa dele para existir: os negros escravos não eram escravos por serem negros, mas por terem sido convertidos à condição de mercadorias nos quadros de um sistema político e jurídico que admitia a extensão do direito de propriedade ao corpo humano. O racismo organizou-se de fato apenas no outono do sistema mercantil-escravista que integrava Europa, América e África. (MAGNOLI, 2009, p. 118).

Apesar da possibilidade do proprietário conceder a alforria a seu escravo antes da Abolição, tal concessão foi praticada em menor quantidade a partir da exploração do ouro. Um dos raros casos de concessão em larga escala foi devido às várias invasões estrangeiras ocorridas durante os séculos XVI e XVII e a Guerra do Paraguai (1865-1870). Para poupar os filhos da aristocracia branca, era concedida alforria aos africanos para que se alistassem no serviço militar e substituíssem tais membros nos combates. Após a Guerra do Paraguai, cerca de 20.000 escravos, denominados de “voluntários da pátria”, foram alforriados em decorrência de sua participação na defesa do país. A alforria dos combatentes era, inclusive, estendida às suas mulheres e filhos. (DEGLER, 1971).

De acordo com visão romantizada de Freyre citado na obra de Degler (1971), tais participações surtiram efeito positivo ao ajudarem a integrar o negro na nação, em decorrência da mobilização para que os escravos lutassem por uma causa nacional. Entretanto, é imperioso salientar que a possibilidade dos negros servirem como soldados do governo colonial decorreu de outras circunstâncias, quais sejam, a necessidade de defesa e combate do Estado brasileiro. Não houve a formação de uma ideologia de tratamento isonômico entre brancos e negros, até porque os brancos sempre ocuparam os postos de maior responsabilidade dentro da hierarquia do Exército.

A outra possibilidade de alforria se dava para com escravos idosos, inválidos e doentes incuráveis, já que não eram mais produtivos economicamente.<sup>12</sup>

Apesar da resistência da metrópole portuguesa – já que o comércio negreiro rendia lucros –, a campanha contra o tráfico foi liderada mundialmente pela Inglaterra a partir do

---

<sup>12</sup> Dados de pesquisas demonstram que o escravo de 19 a 35 anos era considerado adulto e a partir de 35 anos já era considerado um velho. (MATTOSO *apud* KAUFMANN, 2007).

início do século XIX, embora o desenvolvimento econômico inglês derivou-se em grande parte da pilhagem e do tráfico negreiro desde o século XVI.

A partir do final do século XVIII, a escravidão começa a ser contestada por movimentos abolicionistas, como por exemplo, a Sociedade de Amigos, os *Quakers*. As manifestações abolicionistas junto ao Parlamento Inglês, aliadas ao conjunto de fatores morais e econômicos contribuíram para a edição, em 1807, do decreto que proibia o comércio e do transporte de escravos por navios ingleses. Nessa data foi promulgada a Lei do Tráfico de Escravos tornando ilegal o comércio de escravos realizados pela Grã-Bretanha. Para que se cumprisse essa vedação foi criada uma espécie de esquadrão naval inglês que tencionava patrulhar os mares e relacionar as embarcações que transportavam escravos aos atos de pirataria. À evidência da persistência de um forte apelo à conservação do direito de propriedade, ao eliminar o tráfico, a escravidão não sobreviveria sem o transporte regular de novos africanos. (MAGNOLI, 2009).

Em 1833, foi promulgada o *Abolition of Slavery Act* ou Lei de Abolição da Escravidão, na qual o governo inglês proibiu a escravidão, inclusive para crianças menores de 6 anos, e determinou a libertação dos escravos de seu império, salvo dos territórios da Companhia das Índias Orientais, do Ceilão e da ilha de Santa Helena. Tal ato jurídico ainda fixou uma indenização aos proprietários em razão da perda dos serviços dos cativos. (MAGNOLI, 2009). De acordo com o mesmo autor, o combate inglês ao tráfico objetivava beneficiar os produtos britânicos oriundos das ilhas caribenhas e neutralizar as vantagens dos produtores açucareiros brasileiros e cubanos.

Para todas crianças acima dessa idade, havia uma “carência” de quatro anos em que viviam em regime de semi-escravidão. Os cofres britânicos indenizaram a “desapropriação”, e nada menos de 20 milhões de libras esterlinas foram destinadas aos ex-proprietários. (WALVIN *apud* SAMPAIO, 2010, p. 156).

O Brasil somente veio a concordar com a vedação em 1827 em decorrência de uma exigência britânica, sob pena de restrições comerciais. Contudo, o governo brasileiro e os particulares ignoraram tal proibição, provocando atos de perseguição da marinha britânica aos carregamentos brasileiros. O tráfico no Brasil foi legalmente encerrado em 1831, por meio de um tratado com a Grã-Bretanha, porém a importação continuou por pelo menos mais 20 anos. Entre 1824 e 1851 entraram no Brasil cerca de 300.000 escravos. (DEGLER, 1971).

Não obstante a promulgação da Lei Eusébio de Queiroz em 1850, que proibiu a aquisição de escravos, o tráfico só foi efetivamente encerrado no Brasil em 1851. Os reais

motivos para a vedação definitiva decorreram da pressão inglesa (que ameaçava apreender navios brasileiros) e do receio de que o incipiente Estado nacional tivesse reputação negativa na comunidade internacional, como praticante de negócios não civilizados. (DEGLER, 1971).

Diante da proibição do comércio de escravos no Brasil, houve uma melhoria no tratamento dos escravos, com a diminuição dos castigos e o incentivo à reprodução interna de escravos. No entanto, tal reprodução não conseguiu atingir seu objetivo, pois “[...] a mortalidade infantil era muito alta, os escravos não chegavam a constituir famílias e a quantidade de mulheres negras era desproporcional à quantidade de homens”. (KAUFMANN, 2007, p. 61).

Em 1871, foi sancionada a Lei do Ventre Livre, que estabelecia a liberdade para os escravos nascidos a partir dessa data. Entretanto, tal norma apenas postergou, por algum período, a emancipação jurídica de todos os escravos, datada de 1888. Analisando apuradamente tal ato jurídico, percebe-se que ele foi resultado de alguns fatores externos e internos. Primeiramente havia pressões internacionais sob o Brasil, pois em plena Revolução Industrial os ingleses necessitavam de ampliar mercado consumidor para seus produtos. Tais pressões estavam associadas à conjuntura sócio-econômica brasileira, relativas ao declínio da atividade mineradora e o surgimento da atividade cafeeira. A decadência da mineração provocou a alforria de um contingente enorme de escravos diante da ausência de interesse por parte dos proprietários em mantê-los cativos, ao mesmo tempo, que havia a necessidade de resolver a demanda por trabalhadores na lavoura cafeeira. A abolição jurídica da exploração da escravidão “[...] apenas confirmou a obsolescência econômica e financeira da instituição servil, ultrapassada pelas novas relações de produção capitalista, ascendentes desde a década de 70”. (BARROSO, 2006, p. 12).

Essa conjuntura foi, ainda, acentuada pelo desenvolvimento do movimento abolicionista brasileiro.

Observa-se que a emancipação jurídica dos negros brasileiros não decorreu de guerra civil como a norte-americana, e sim de uma campanha de determinados segmentos sociais com contornos nacionalistas<sup>13</sup>. Não foi, definitivamente, um ato jurídico que produziu resultados sociais relevantes para os negros.

O abolicionismo destruiu os alicerces políticos remanescentes da monarquia, mas não provocou mudanças estruturais, como as que se tentou implantar nos Estados Unidos após a derrota das elites sulistas. Os escravos ganharam a liberdade, mas não

---

<sup>13</sup> Com a abolição do regime escravocrata houve a decretação de feriado nacional por cinco dias e concedeu-se à Princesa Isabel o título de “a Redentora”. (KAUFMANN, 2007).

o acesso à terra, ao emprego ou à educação. Por outro lado, o regime republicano também não seguiu a trilha da segregação racial e não produziu leis antimiscigenação. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 329).

Fernandes (1978) também critica o processo emancipatório dos negros, no sentido de que o movimento abolicionista foi, na verdade, um movimento elitista branco. Sob essa ótica, a escravidão havia se tornado um empecilho ao desenvolvimento sócio-econômico das regiões prósperas, restringindo, assim a expansão do capitalismo.

Assim, o que se poderia chamar de uma 'consciência abolicionista' era antes um patrimônio dos próprios brancos, que lideravam, organizavam e ao mesmo tempo continham a insurreição dentro de limites que convinham à 'raça' dominante. (FERNANDES, 1972, p. 87).

Todavia, a passagem de um regime sócio-jurídico escravocrata para uma sociedade de homens livres não se deu de forma ideal e adequada para os negros. Mantendo uma posição distanciada frente a esse fato histórico-jurídico, conclui-se que não há motivos para se exaltar com tanta intensidade o ato emancipatório dos negros. Da reflexão sobre o referido ato, constata-se que não houve por parte das instituições estatais, da Igreja, e mesmo da sociedade, o mínimo cuidado para integrar essa população de novos trabalhadores livres junto ao sistema sócio-econômico. Foram emancipados legalmente, porém não receberam nenhum tipo de auxílio material, intelectual e psicológico que os preparassem para se adequarem a uma nova estrutura de organização do trabalho remunerado e livre, num sistema econômico capitalista em plena expansão. A sociedade e o governo não foram capazes de criar mecanismos sociais e econômicos capazes de absorver os ex-escravos no mercado de mão-de-obra assalariada. No tocante a esse assunto, Abdias Nascimento (1978) obtempera que a abolição foi uma espécie de exoneração de responsabilidade dos senhores, do Estado e da Igreja para com os africanos e seus descendentes.

Tal situação ainda foi agravada em decorrência da grande parcela de ex-escravos que se dirigiram para grandes cidades, em franco processo de urbanização contínua. Esses aglomerados urbanos não conseguiram absorver a grande massa de recém libertos.

Florestan Fernandes (1972) narra que foi aventada, anteriormente à Abolição, uma possível relação entre o trabalho dos emancipados e o futuro da lavoura. Entre 1823 e 1888 havia projetos que tentavam regulamentar a transição do trabalho escravo para o trabalho livre, com cláusulas condicionais para a libertação e auxílios para a lavoura. Cogitou-se, ainda, a possibilidade do Estado ressarcir somente os fazendeiros, sem indenizar os negros libertos. No entanto, tais projetos não vingaram depois da Abolição.

Sob essa ótica, constata-se que a ausência de políticas públicas de amparo ao negro e ao mulato, tais como educacional, de saúde e habitacional, provocou o surgimento de condições degradantes de sobrevivência do liberto.<sup>14</sup>

Diante dessa conjuntura, ainda havia o fato da ausência de preparação psicológica do ex-escravo para a condição de trabalhador livre. A partir da liberdade concedida, os negros supunham que eram livres e, em decorrência disso, poderiam trabalhar como e quando quisessem, sem respeitar as regras. Tal comportamento gerou uma imagem do negro de índole irresponsável, preguiçosa e indolente. De acordo com Florestan Fernandes (1978), o negro recém liberto possuía uma visão pejorativa de certas ocupações, tais como vender peixes ou engraxar sapatos. Por outro lado, o negro ao rejeitar certos ofícios ainda não possuía a iniciativa e meios para se lançar na criação de seu próprio negócio.

As deformações introduzidas em suas pessoas pela escravidão limitavam sua capacidade de ajustamento à vida urbana, sob regime capitalista, impedindo-os de tirar algum proveito relevante e duradouro, em escala grupal das oportunidades novas. (FERNANDES, 1978, p. 20).

Celso Furtado (1970) ainda acrescenta que, na visão do escravo, o trabalho era uma espécie de maldição e vergonha. Havia, nesse sentido, uma valorização do ócio por parte dos recém libertos.

A economia brasileira, em plena expansão industrial, acarretou a criação de duas classes sociais: os operários e os donos dos meios de produção. Diante desse contexto, o negro não possuía condições de adentrar nesse sistema econômico pois não possuía formação educacional e profissional adequadas para participar do mercado de trabalho.

A situação do negro pós-emancipação ainda foi agravada pela política oficial de imigração ocorrida no final do século XIX. Essa medida governamental visava substituir a mão-de-obra escrava por trabalhadores estrangeiros brancos (considerados mais aptos e produtivos), iniciando, assim, o ciclo de imigração européia e japonesa.

Nesse aspecto, Florestan Fernandes informa que poucos negros:

---

<sup>14</sup> É necessário fazer a observação que não bastasse a ausência de políticas públicas direcionadas aos negros recém libertos, não houve por parte do Estado brasileiro a criação e fomento de medidas que valorizassem as práticas e manifestações culturais da comunidade negra. Para exemplificar basta citar o primeiro Código Penal (revogado em 1941), que criminalizava a capoeira e a lei ordinária do estado da Bahia nº 3.097/72 (cuja vigência foi até 1976), que exigia que os templos de religiões africanas fossem registrados nas delegacias locais. (DEGLER, 1971).

[...] conseguiam classificar-se como operários, seja porque se temia a sua falta de preparo técnico, seja porque se valorizava preferencialmente o ‘trabalhador estrangeiro’, seja enfim porque os próprios negros e mulatos retraíam-se, candidatando-se de preferência às oportunidades de trabalho que lhes eram mais acessíveis. (FERNANDES, 1978, p. 138).

No entanto, tal política possuía como finalidade intrínseca o incentivo da miscigenação populacional. O embranquecimento da população seria uma forma de solucionar o problema racial, já que haveria um processo gradativo de eliminação da figura do negro. (FERNANDES, 1972). De certa maneira, o ideal de embranquecimento foi uma das causas da desvalorização da estética negra.

O projeto migratório atingiu seu objetivo de branqueamento e também o povoamento do sul do país, como informa Magnoli (2009):

Os imigrantes do sul do Brasil, incorporados como pequenos proprietários de terras, serviram ao objetivo estratégico de povoamento e consolidação da soberania sobre aquela parte do território. No complexo cafeeiro paulista, por meio do colonato, os imigrantes funcionaram como mão de obra barata num sistema flexível de relações de trabalho que propiciou a modernização das fazendas paulistas. (MAGNOLI, 2009, p. 333).

Como os imigrantes europeus assimilaram melhor a crescente oportunidade de trabalho livre, preencheram uma grande parcela dos postos de trabalho assalariado. Aos negros foram designados os postos relativos aos serviços manuais e mal remunerados, os denominados subempregos. Diante desse contexto social, muitos negros partiram para a criminalidade e o ócio para manter a aparência de homem livre, já que para muitos deles a liberdade era incompatível com alguns tipos de trabalhos considerados incertos e indignos.

Nesse sentido, Fernandes (1978) afirma que o sistema escravocrata foi fator de uma deformação do seu agente de trabalho. Pois, tal sistema impediu a formação de uma identidade e participação consciente dos negros em termos de representatividade organizada.<sup>15</sup>

Embora a vedação jurídica do trabalho escravo fosse uma espécie de tentativa para eliminar os privilégios nobiliárquicos, nota-se que tal pretensão não atingiu inteiramente o seu propósito. Abdias Nascimento (1978) observa que a Abolição criou o mito do africano livre, sem, no entanto, efetivar o direito à igualdade para esse segmento social. O princípio da igualdade formal fizera com que o negro deixasse sua condição de escravo, apesar de subsistir como componente da classe mais baixa da população.

---

<sup>15</sup> Florestan Fernandes, em suas críticas contundentes afirma que o regime escravocrata preparou o negro para “[...] os papéis econômicos e sociais que eram para o seu equilíbrio interno. No resto, prevaleceu a orientação de impedir todo o florescimento da vida social organizada entre os escravos e libertos, por causa do temos constante da ‘rebelião negra’”. (FERNANDES, 1978, p. 56).

Aliada a essa conjuntura, estava a consolidação gradativa de modalidades de preconceito e discriminação racial.<sup>16</sup> Guimarães (2005, p. 49) afirma que “[...] a condição de pobreza dos pretos e mestiços, assim como, anteriormente, a condição servil dos escravos, era tomada como marca de inferioridade”.

Dessa forma, pode-se concluir que as práticas de discriminação racial, ainda vigentes no Brasil são reminiscências do regime escravagista e das retrógradas teorias raciais, que persistem em visualizar o negro como figura inferior e marginal na estrutura social do Brasil, destituído da titularidade de direitos fundamentais.

## **2.2 O mito da democracia racial**

A questão racial está subjacente à história e identidade da nação brasileira, haja vista que sempre esteve no papel central das discussões sobre o processo de formação do povo brasileiro. Para ilustrar essa afirmativa é preciso citar o fato relativo à transferência da família real lusitana para a colônia brasileira em 1808. Com o processo de migração da realeza e a consequente criação do Reino Unido Portugal, Brasil e Algarves, a elite imperial passou a questionar como seria possível a formação de uma civilização europeia em terras povoadas por escravos negros. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011). Como se denota por esse exemplo, a concepção sobre a figura do negro relaciona-se, na maioria das vezes, a um empecilho e não à sua contribuição para a construção da sociedade brasileira.

Magnoli e Barbosa (2011) explicam que as nações são construídas e firmadas sobre mitos da unidade. No que se refere ao Brasil, a criação da narrativa oficial em torno da formação da nação se ergueu sobre o mito da ‘fusão racial’.

Mitos não são mentiras nem verdades, mas fábulas que conferem um sentido ao passado, delineiam os contornos identitários de uma comunidade e projetam seu futuro. Os mitos de origem das nações constituem narrativas precárias, sempre pendentes de confirmação e sujeitas à corrosão do tempo. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 328).

---

<sup>16</sup> Alguns autores diferenciam o preconceito e discriminação racial. Nesse sentido, o preconceito possui nuances psicológicas e pode ser definido como “fenômeno intergrupar, dirigido a pessoas, grupos de pessoas ou instituições sociais, implicando uma predisposição negativa, isto é, tomado como um conceito científico, preconceito dirige-se inevitavelmente contra alguém”. (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 21). As atitudes preconceituosas estão intrinsecamente ligadas ao sentimento de superioridade, no qual define-se a posição de grupos sociais considerando alguns grupos inferiores e subalternos em relação a outro(s).

Desenvolveu-se, então, a concepção de que o Brasil é uma nação cujo resultado advém da confluência de três ‘raças’: branca, indígena e africana. Desse modo, a nação brasileira estaria estruturada numa forma peculiar de organização social, em decorrência da inevitável interação racial.

A convivência inter-racial proporcionou a criação da figura do mulato, considerado um “tipo” único brasileiro. Conforme o entendimento de Sérgio Pena: “A miscigenação foi resultado de um padrão de reprodução assimétrico, homem europeu com mulheres indígenas e africanas.” (PENA; BORTOLINI, 2004, p. 38).

Após a independência da colônia, conjugada com o ato de emancipação jurídica dos negros e a política estatal de branqueamento, desenvolveu-se a ideologia de nação mestiça, em detrimento da idéia original dos colonizadores de pureza racial européia. A política de miscigenação realizada pelo Estado brasileiro no início do século XX possuía como finalidade legitimar a mestiçagem no sentido de valorizar suas vantagens em detrimento da figura do negro. Sob essa ótica, o povo brasileiro seria o resultado da fusão racial, que produziria uma convivência harmônica e pacífica entre as três raças, denominado de “mito da democracia racial”. O Estado foi o responsável pela criação desse dogma oficial, assimilado pela sociedade, que enaltecia as virtudes de uma hipotética convivência cordial entre brancos e negros. Para Antônio Sérgio Guimarães (2005), tal idealização considera o Brasil praticamente uma espécie de paraíso racial.

Nesse sentido, o mestiço era o símbolo da integração entre as raças, considerado prova da demonstração da convivência pacífica racial. Para enaltecer uma suposta existência da harmonia racial era preciso valorizar a figura do mestiço (que seria assimilado pela sociedade) e excluir o negro. Joaze Bernardino explica que “[...] o mito da democracia racial implicava um ideal de homogeneidade racial, o que significa que os racialmente diferentes não são bem vistos, posto que desafiam este ideal brasileiro”. (BERNARDINO, 2002, p. 252) Nota-se que a partir desse momento cria-se um processo de depreciação negativa do negro, que perdura até os dias atuais.

O resultado dessa narrativa oficial de democracia configurou-se na convicção em torno da igualdade racial. A suposta convivência cordial entre brancos e negros criou uma representação jurídica e um senso comum popular de que é possível a titularidade e exercício de direitos pelos brasileiros, independência de suas origens raciais.

A democracia racial, por meio do processo de assimilação cultural iniciado pela miscigenação, criaria oportunidades de inclusão e mobilidade social do negro, concedendo, inclusive, ao mulato um *status* social diferenciado. Comparando-se com a figura do negro no

Brasil, o mulato possuiria uma posição confortável no sistema social brasileiro, porque, historicamente foi o mulato que ascendeu na sociedade, e não o negro. De acordo com Degler (1971), o mulato no Brasil representa uma “saída de emergência” para o negro.

Em decorrência do mito da democracia racial formulou-se outro dogma, o de que a miscigenação racial traz vantagens para os negros, sendo uma das principais, a redução do preconceito e aceitação social do negro. (GUIMARÃES, 2005). Todavia, a utopia do amálgama racial constitui uma distorção quanto ao grau de convivência e aceitação social do negro e do mestiço. Constatou-se que a incorporação dos negros e mulatos não se deu de forma plena nas instituições sócio-jurídicas brasileiras.

Cumprido ressaltar, que havia críticos contra o projeto de miscigenação fundamentado nas teorias racistas. Dentre eles estava o naturalista francês Louis Agassiz, que visitou o Brasil em meados do século XIX, e para o qual seria impossível construir uma nação civilizada nos trópicos devido à mestiçagem. (SOUSA, 2008).

O psiquiatra baiano Nina Rodrigues também foi adepto do Racialismo Científico. Mulato e influenciado pela concepção racista europeia, ele encabeçou estudos científicos sobre o africano no Brasil no final do século XIX. Esse pesquisador, baseado nos postulados lombrosianos e mediante estudos como medição de crânio e largura de nariz, sustentou que os negros possuíam tendências inatas para a criminalidade. Pautado por esses estudos, ele afirmava a inferioridade dos negros como povos não civilizados e condenava a miscigenação racial. (SOUSA, 2008).

O intelectual Oliveira Vianna, na obra *Raça e Assimilação* (1932), citado por Kaufmann (2007), também era contrário à miscigenação, pois dela decorreria a degeneração e o enfraquecimento do povo brasileiro.

Paulo Prado, em *Retratos do Brasil* (1938), citado por Magnoli (2011) alertava para o mal do hibridismo, temendo o resultado a longo prazo da mistura das raças. Para ele, os americanos estavam certos ao considerarem que brancos e negros eram originários de Deus, enquanto o mulato derivava do Diabo.

Os anos 20 do século passado foram o ponto de partida para propagação e consolidação do mito da harmonia racial com o auxílio da política de miscigenação. Demétrio Magnoli (2009) esclarece que a miscigenação foi incorporada no cenário brasileiro a partir da Semana de Arte Moderna de 1922, pois o modernismo interessou-se pelo candomblé, a religião de origem africana que foi reelaborada pelos escravos no Brasil.

Entretanto, é a partir da década de 30 do século passado, que uma parcela da intelectualidade brasileira passa a estudar com maior afinco as relações raciais. Autores como

Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior, Oliveira Vianna e Manuel Bonfim concorreram para a interpretação das relações raciais e do fenômeno da miscigenação.

Gilberto Freyre (1980) é considerado o maior arauto da corrente que consolidou a teoria do “mito da democracia racial”. Sua obra *Casa Grande & Senzala*, publicada em 1933, contribuiu para formar a concepção de harmonia e pacificidade nas relações entre brancos e negros no Brasil. Freyre destaca que o amálgama físico e cultural das três raças além de criar a figura do mulato, propiciaria a democracia racial. De acordo com a visão freyriana, a formação do ambiente de reciprocidade cultural entre as raças ocorreu em virtude do fenômeno da miscigenação. (CRUZ, 2009).

Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro. [...] A influência direta, ou vaga e rêmora, do africano. (FREYRE, 1980, p. 283).

Freyre (1980) estabelece ainda uma visão romântica e benevolente da colonização portuguesa, colocando o negro não como um explorado do sistema e sim como uma espécie de auxiliar e colaborador dos colonizadores. Desse modo, em virtude da disposição psíquica e de adaptação biológica ao clima, o negro ajudou ativamente no processo de colonização europeia.

Os escravos vindos das áreas de cultura negra mais adiantada foram um elemento ativo, criador, e quase que se pode acrescentar nobre a colonização do Brasil; degradados apenas pela sua condição de escravos. Longe de terem sido apenas animais de tração e operários de enxada, a serviço da agricultura, desempenharam uma função civilizadora. Foram a mão direita da formação agrária brasileira, os índios, e sob certo ponto de vista, os portugueses, a mão esquerda. (FREYRE, 1980, p. 307).

Conforme observa Abdias Nascimento (1978) a teoria criada por Freyre, denominada de luso-tropicalista, afirmava que a colonização portuguesa produziu uma sociedade que seria um avanço diante da população ‘selvagem’ situada originalmente nas terras colonizadas. Na visão de Freyre (1980), houve, portanto, ganhos positivos com a colonização e a escravidão.

Para a escravidão, saliente-se mais uma vez que não necessitava o português de nenhum estímulo. Nenhum europeu era mais predisposto ao regime de trabalho escravo do que ele. No caso brasileiro, porém, **parece-nos injusto acusar o português de ter manchado, com instituição que hoje tanto nos repugna, sua obra grandiosa de colonização tropical.** (FREYRE, 1980, p. 242, grifos nossos).

Todavia, Freyre (1980) não foi poupado das críticas, surgidas a partir da segunda metade do século XX. No tocante a esse assunto, Nascimento (1978) afirma que a defesa da miscigenação não se relacionou com a promoção da igualdade racial e sim com a política de embranquecimento populacional. Ainda acrescenta que tal finalidade seria uma espécie de racismo mascarado e dissimulado, cujo objetivo seria uma espécie de ‘genocídio’ do negro, configurando “[...] o desaparecimento inapelável do descendente africano, tanto fisicamente quanto espiritualmente, através do malicioso processo de embranquecer a pele negra e a cultura do negro” (NASCIMENTO, 1978, p. 43). Freyre (1980) também teria ocultado a violência do regime escravocrata ao retratar uma visão romântica em torno do relacionamento entre negros e senhores, mascarando o tratamento de dominação cruel e desumano para com os escravos. O trecho abaixo de sua obra encaixa-se perfeitamente como exemplo da crítica acima.

**Salientamos a doçura nas relações de senhores com escravos domésticos**, talvez maior no Brasil do que em qualquer outra parte da América [...] **Verificou-se entre nós uma profunda confraternização de valores e sentimentos**. Predominantemente coletivistas, os vindos das senzalas; puxando para o individualismo e para o privatismo, os das casas-grandes. (FREYRE, 1980, p. 354-355, grifos nossos).

No entanto, existem posicionamentos que defendem a obra de Freyre, no sentido de que foi um fator contribuinte para a criação da identidade do povo brasileiro, por meio da miscigenação. Na opinião de Kaufmann (2007), Gilberto Freyre, por meio de suas obras:

[...] procurou resgatar a auto-estima do povo brasileiro ao analisar a diversidade da formação social como motivo de orgulho e força. Em vez de reservar o destino do Brasil ao subdesenvolvimento, como era lugar comum entre os escritores da época, Gilberto Freyre inovou ao afirmar o caráter positivo da mistura das raças. Desse modo, libertou-nos das amarras que impediam a expectativa de um Brasil melhor. (KAUFMANN, 2007, p. 96).

Demétrio Magnoli (2009) também discorda das críticas a Gilberto Freyre, e afirma que a teoria do mito da democracia racial não ocupa lugar significativo em nenhuma de suas obras, muito menos, em sua obra principal. Magnoli informa que Freyre utiliza-se das expressões ‘democracia social e étnica’ num texto de 1945 e ‘democracia étnica’ num prefácio de 1954, sendo que o termo ‘democracia racial’ somente foi utilizado em 1949 num anuário britânico. Por fim, na opinião do referido autor, Gilberto Freyre não afirmava a existência de democracia nas relações raciais e sim defendia uma idéia reguladora tendenciosa a se aproximar da democracia.

Magnoli (2009) acrescenta que Gilberto Freyre foi fundamental para formar uma identidade singular no Brasil, influenciado por idéias antirracistas que o precediam. Na opinião desse autor, “Casa Grande & Senzala foi essencial para difundir a antropologia antirracista no Brasil” (MAGNOLI, 2009, p. 189), pois estabelece uma ruptura com o racismo científico e a concepção de superioridade do homem branco. Todavia, não é isso que se constata, interpretando a seguinte passagem da obra principal de Gilberto Freyre, senão vejamos:

O escravocrata terrível que só faltou transportar da África para a América, em navios imundos, que de longe se adivinhavam pela inhaca, a população inteira de negros, **foi por outro lado o colonizador europeu que melhor confraternizou com as raças chamadas inferiores.** O menos cruel nas relações com os escravos. (FREYRE, 1980, p. 189, grifos nossos).

Ao interpretar esse trecho, observa-se que a concepção de Freyre baseia-se em uma hierarquia entre as raças (amparada na teoria do Racialismo Científico) ao contrário do que afirmam seus defensores.

João Feres Júnior (2004) também interpreta positivamente a obra de Gilberto Freyre, tendo em vista que foi a responsável por criticar e quebrar a ideologia dominante baseada na classificação racial, que atribuía um caráter negativo e depreciativo à mestiçagem, considerada espécie de patologia. Assim, prossegue o referido autor:

Freyre fez do elogio à mestiçagem e à tolerância racial, de raízes lusitanas, antídotos contra a visão racial pessimista de então, tornando-se assim a maior referência intelectual para o projeto de nação que se constituía a partir do governo de Getúlio Vargas. (FERES JÚNIOR, 2004, p. 298).

Em que pesem a existência de posições divergentes quanto à mestiçagem, ela ganhou *status* de ideologia de Estado a partir do primeiro governo de Getúlio Vargas.<sup>17</sup> Tal período desencadeou um processo de transição para a modernidade e industrialização brasileiras e sendo assim, “[...] o passado escravista teria que ser superado em nome de um ideal de harmonia e democracia nas relações entre os grupos étnicos”. (MOEHLECKE, 2004, p. 764).

Diante do exposto, depreende-se que a crença na igualdade entre as raças brasileiras foi adotada como sofisma oficial pelo Estado, acentuando-se no período do regime militar.

---

<sup>17</sup> Exemplo desse panorama, foi a criação do dia da Raça em 1939, uma data cívica destinada a comemorar a harmonia social brasileira. (MAGNOLI, 2011).

No período, difundiu-se a idéia de que não havia discriminação racial no Brasil, não havendo necessidade de qualquer medida em favor da igualdade entre as raças. Desse modo, os militares chegaram a exilar os principais acadêmicos brasileiros críticos da ideologia da democracia racial, entre os quais incluía-se Florestan Fernandes. (CRUZ, 2009, p. 136).

Tal ideologia era, inclusive, utilizada pelo governo brasileiro ao divulgar o Brasil no cenário internacional, como um país dotado de equilíbrio nas relações sociais. Abdias Nascimento (1978) narra que em 1972, um relatório da UNESCO analisado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, relatou que Brasil e Estados Unidos praticavam segregação racial. O governo brasileiro protestou contra essa afirmação, afirmando que o país sempre se pautou pela integração racial. A esse propósito, Guimarães (2005, p. 66) assevera que “[...] nos anos de ditadura militar, entre 1968 e 1978, a ‘democracia racial’ passou a ser um dogma, uma espécie de ideologia do estado brasileiro”.

Desse modo, o mito da democracia racial foi resultado de uma construção ideológico-histórica, formatada pelo Estado com o assentimento da classe dominante. Esse dogma perdurou até o final do século XX e que contribuiu para afastar uma discussão mais ampla e verdadeira sobre as relações raciais, discriminação e igualdade de direitos. O mito da democracia racial difundiu a noção de que seria da própria índole do povo brasileiro a inexistência da distinção entre raças e, por consequência, de racismo entre brasileiros. (CRUZ, 2009).

Nascimento (1978) discorre sobre o mito da democracia racial, afirmando que seria uma espécie de:

[...] metáfora perfeita para designar o racismo estilo brasileiro: não tão óbvio como o racismo dos Estados Unidos e nem legalizado qual o *apartheid* da África do Sul, mas eficazmente institucionalizado nos níveis oficiais de governo assim como difuso no tecido social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade do país. (NASCIMENTO, 1978, p. 93).

A partir de 1950, a Organização das Nações Unidas por intermédio da UNESCO, financiou projetos de pesquisa em torno das questões raciais e a mobilidade social do negro no Brasil. Os estudos realizados pela Escola Paulista de Sociologia, foram liderados pelos pesquisadores Florestan Fernandes, Thales de Azevedo e Oracy Nogueira. Posteriormente Fernando Henrique Cardoso, na década de 60, continuou os estudos sobre essa linha de pesquisa de Fernandes.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Hofbauer (2006) informa que a Escola de Chicago é a pioneira na tradição do estudo sociológico das relações raciais.

A tese da cátedra de sociologia de Fernandes intitulada “A integração do negro na sociedade de classes” e defendida em 1964 foi o resultado desse projeto de pesquisa que de certa forma, contestou os pensamentos de Freyre. Nesse aspecto, de acordo com Schwarcz citado por Magnoli (2009), os trabalhos de Florestan foram essenciais para se romper com o pensamento dominante encabeçado por Freyre, já que tais estudos tinham um viés combativo ante a corrente adepta da democracia racial.

Florestan Fernandes (1972) desenvolveu a corrente científica que possuía como objeto, as relações raciais no Brasil, as práticas escravocratas e a desigualdade social dos negros após a Abolição da Escravatura. Para Fernandes, existia um paradoxo entre os valores antigos da escravidão e a nova ordem em franco desenvolvimento fundando novas relações sociais. Sob esse aspecto, os estudos concluem que o negro estava em posição semelhante ao do antigo escravo, já que o preconceito racial que ainda perdurava na sociedade brasileira era empecilho para sua integração sócio-econômica. De acordo com esse raciocínio, a concepção de democracia racial, consolidada depois da Abolição foi um expediente inicial para não se enfrentar os problemas da destituição da figura do escravo e emancipação do negro.

Sob a égide da democracia racial justificou-se, pois, a mais extrema indiferença e falta de solidariedade para com um setor da coletividade que não possuía condições próprias para enfrentar as mudanças acarretadas pela universalização do trabalho livre e da competição. (FERNANDES, 1972, p. 29).

Os trabalhos comandados por Florestan Fernandes (já destacados anteriormente) afirmavam que o ato emancipatório da escravidão não trouxe benefícios reais aos negros, em decorrência do descaso e da omissão com que o Estado e a sociedade trataram a questão. Nesse aspecto, Florestan rompe e questiona a autenticidade do mito da democracia racial, ao denunciar a continuação da ordem racial anterior.

Os estudos de Fernandes (1972) concluem que a despeito da adoção de legislações anti-racistas pelo Estado brasileiro, ainda existem práticas discriminatórias raciais. Entretanto, tais práticas possuem traços peculiares, já que, na maioria das vezes, são desprovidas de manifestações explícitas, mas dotadas de aspectos sutis e dissimulados. Na opinião do referido autor, essas práticas racistas são diferentes e em certas situações mais graves do que o racismo norte-americano.

As pesquisas de Oracy Nogueira (1985) contribuíram substancialmente para o estudo das relações raciais. Além do reconhecimento da existência de preconceito racial no Brasil, Nogueira (1985) formata dois tipos de preconceito, o de marca e o de origem, fundamentados

num estudo comparativo entre Brasil e os Estados Unidos. O “preconceito de marca” relaciona-se com a aparência e características físicas do indivíduo e age como fatores para a classificação de pessoas pertencentes a um determinado grupo. Já o “preconceito de origem” está amparado na ancestralidade do indivíduo, como descendente de certo grupo em decorrência de fatores genéticos. Vale ressaltar, que o primeiro tipo de preconceito é identificado com o brasileiro e o segundo, relacionado ao preconceito americano, definido pela ancestralidade e pela regra da única gota de sangue, já explicitada anteriormente.

Nogueira (1985) ainda faz observações relativas à figura do negro e formação de sua identidade. Para esse pesquisador, as práticas explícitas de racismo no território norte-americano criaram nos negros um sentimento de opressão que fomentou a resistência organizada, reagindo e reivindicando seus direitos. Há, nesse sentido, um maior engajamento dos negros norte-americanos no sentido da consolidação de sua identidade como grupo social detentor de direitos.

Já no Brasil, como a maioria das práticas racistas são sutis e dissimuladas há um sentimento de acomodação e letargia política dos negros. Por conseguinte, as organizações de defesa dos direitos dos negros são deficientes, pois os negros somente conscientizam-se de seu pertencimento a um grupo vulnerável quando sofrem práticas discriminatórias. Contata-se, que no Brasil, contrariamente à realidade norte-americana, não há uma tradição de criação e consolidação de organizações tradicionais de promoção e defesa dos direitos dos negros. (PETRY, 2011).<sup>19</sup> Desse modo, o mito da democracia racial, além de contribuir no reforço ao dogma da ausência de preconceitos raciais no Brasil, ainda dificulta a criação de organizações que defendam, efetivamente, os direitos dos negros.<sup>20</sup>

Sendo assim, o racismo dissimulado praticado em terras brasileiras pode ser mais nocivo do que o racismo explícito.

Apesar dos estudos empreendidos pelos pesquisadores paulistas terem sido realizados nas décadas de 50 e 60 do século passado, ressalta-se que essas pesquisas ainda permanecem válidas, sendo perfeitamente adaptáveis e cabíveis nas questões raciais brasileiras da atualidade.

Posteriormente, estudos liderados por Carlos Hasenbalg (1979) ratificaram tais pesquisas ao afirmar a existência de discriminação racial como uma das características sociais

---

<sup>19</sup> O EDUCAFRO, rede de pré-vestibulares comunitários e educação para afrodescendentes e carentes, pode ser considerado uma significativa exceção à afirmativa exposta acima.

<sup>20</sup> A partir do final da década de 70 do século passado surgiram movimentos da comunidade negra para combater a discriminação e o mito da democracia racial, pois sustentavam a existência de ideologia repressora inerente a essa dogma. (HOFBAUER, 2006).

brasileiras. De acordo com esse estudioso do tema, existe uma relação complexa entre desigualdades sociais e discriminações raciais, já que as situações de desequilíbrios entre os indivíduos podem, muitas vezes, decorrer de práticas discriminatórias.

A concepção idealizada em torno da convivência cordial entre brancos e negros no Brasil, criou uma outra crença, quase generalizada no imaginário coletivo e na comunidade científica, de que não há conflitos raciais no Brasil. Grande parcela dos brasileiros nega que exista racismo nas relações sociais, baseados na proibição legal de atos de cunho racista, e, assentados no mito ufanista de que as ‘raças’ convivem harmonicamente. Nesse sentido, o culto à “igualdade racial” gera, segundo Degler (1971), uma consequência decisiva: a afirmação equivocada de que não há discriminação racial no país.

Diante de tal representação utópica, não haveria a necessidade de se discutir a questão racial no Brasil, tendo em vista a ausência de um regime jurídico de segregação racial e o receio de se criar uma sociedade polarizada em duas raças, correndo o risco, inclusive, de fomentar atos de ódio racial. (KAMEL, 2006).

É indubitável que as relações raciais brasileiras foram menos opressivas, comparadas a outras sociedades que vivenciaram sistemas jurídicos restritivos de direitos baseados em critérios raciais, tais como os Estados Unidos e a África do Sul. Todavia, não se pode negar que ainda existem reminiscências do passado escravocrata e que influenciam o modo comportamental pelo qual os brasileiros se expressam com relação aos negros. Em outras palavras, é notória a existência de preconceito e discriminação racial no Brasil, obviamente, em proporções menores do que outrora. Amparado pela concepção habermasiana (HABERMAS, 2003), pode-se afirmar que o mundo da vida<sup>21</sup> dos brasileiros está impregnado de heranças racistas.

Daniel Sarmiento descreve com propriedade esse ambiente:

Vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. Assim, como seres enraizados, somos todos de alguma maneira racistas, machistas e homofóbicos, ainda que às vezes sem saber. Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente, contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias. (SARMENTO, 2010, p. 257).

---

<sup>21</sup> Gisele Cittaddino (2009) explica que o mundo da vida é constituído pela esfera da vida privada e da opinião pública que integram as sociedades atuais. Logo é um espaço dinâmico composto pela cultura, tradições, valores morais e pelas interações humanas por meio de práticas argumentativas que podem elaborar interpretações, manifestações e expectativas morais.

Por conseguinte, o que se denota é o desenvolvimento no Brasil de práticas ocultas e camufladas de discriminação racial que decorrem em grande parte, do efeito retórico da crença na hipotética igualdade racial. (FERNANDES, 1972). Como os brasileiros são menos agressivos nas formas de manifestação, os atos de racismo são, em grande parte, disfarçados e sutis, ao contrário da discriminação praticada pela sociedade norte-americana. Desse modo, o racismo praticado no Brasil é um tipo de preconceito mais difícil de ser lido, comprovado e punido.

Fazendo uma breve síntese comparativa com os Estados Unidos, a escravidão desenvolvida nesse país desde o início do processo colonizatório, instigou e fomentou práticas discriminatórias explícitas, que, ao longo dos tempos, foram ratificadas e legalizadas pelo Estado, por meio de legislações raciais. Rodrigues (2008) cita Paulo Lucena de Menezes ao descrever o início do sistema de segregação racial estadunidense

Com o passar do tempo e o aumento da população composta por escravos libertados, as leis dispostas sobre a escravidão terminaram tornando-se leis raciais, de modo que os indivíduos negros que obtinham a liberdade, por quaisquer meios, não gozavam dos mesmos direitos assegurados aos seus antigos senhores. (MENEZES *apud* RODRIGUES, 2008, p. 58).

Por conseguinte, o histórico da sociedade e do sistema jurídico norte-americanos é no sentido de um debate contínuo em torno das questões raciais, o que não se comprova com relação ao Brasil.

Nos Estados Unidos, embora a escravidão fosse considerada um “mal necessário”, havia o agravante da visão de inferioridade racial dos negros comparados aos brancos e, por isso, considerados escravos naturais. Os brancos norte-americanos não aceitavam uma relação íntima com os negros, pois seria uma forma de desnaturar as relações sociais. Além disso, era necessário estabelecer um sistema de controle dos negros livres que competiam com os brancos no mercado de trabalho. (KAUFMANN, 2007).

Apesar do ponto em comum entre a sociedade brasileira e estadunidense ter sido a utilização e a assimilação das teorias raciais para justificar a escravidão, no Brasil, uma das principais justificativas para a escravidão girou em torno do direito de propriedade. A prosperidade econômica do país dependia da mão de obra escrava. (MAGNOLI, 2009).

É necessário salientar que a questão racial nos Estados Unidos foi de tamanha envergadura, que dividiu a sociedade americana e ocasionou a eclosão da guerra civil (1861-1865) entre estados sulistas escravagistas e estados nortistas abolicionistas. Tal conflito provocou, posteriormente, uma reformatação do federalismo estadunidense.

Uma das normas raciais mais intrincadas foi a Lei de Integridade Racial, do estado da Virgínia em 1924. A lei, que serviu inclusive de modelo para outros estados-membros, vedava casamentos inter-raciais entre brancos e negros ou entre descendentes de negros e estabelecia a conceituação da figura da pessoa branca em termos legais. Essa lei inaugurou a regra da gota única de sangue, já detalhada anteriormente, na qual um ancestral que não fosse branco comprometia os seus descendentes.

Para a finalidade dessa lei, o termo pessoa branca deve se aplicar somente a pessoa que não tenha traço algum de qualquer sangue senão o caucasiano; mas pessoa que tenham 1/16 ou menos de sangue de índio americano e não tenham nenhum outro sangue não caucasiano devem ser definidas como pessoas brancas. (RACIAL INTEGRITY ACT of 1924 *apud* MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 327).

A proibição dos casamentos inter-raciais, amparada pelas teorias raciais, tinha como finalidade conservar a pureza da raça branca. Tal proibição era inclusive dirigida a casais que tentavam burlar a lei e casar em outro estado, que não o de seu domicílio. Existiam outras leis que ao invés de proibir o matrimônio, apenas proibiam a coabitação inter-racial, prevendo multa e prisão. (MAGNOLI, 2009).

A discriminação racial nos Estados Unidos implantou um sistema legal segregacionista a partir do período denominado de Reconstrução (após o término da Guerra de Secessão em 1865). Tal sistema era composto pelos *black codes*, espécie de legislação estadual (como por exemplo a Constituição do estado de Indiana que proibia que negros e mulatos residissem no estado) e, posteriormente, pela legislação *Jim Crow Law*.

Após 1895 houve a criação nos estados sulistas de um conjunto de leis, denominado de *Jim Crow Law*<sup>22</sup> que foi adicionado aos estatutos estaduais. Essa legislação *Jim Crow* determinava a distinção de tratamento e a separação física para negros e brancos em quase todos os setores da vida social, como nos locais privados (salões, hotéis, cinemas, teatros) e nos estabelecimentos públicos, determinando, por exemplo, a separação de assentos no transporte público coletivo, cabines telefônicas e criação de escolas e universidades separadas para os negros. (CRUZ, 2009). Na Carolina do Norte, havia a proibição nas escolas de troca de livros entre estudantes brancos e negros e chegou-se ao ponto de criar barreiras físicas separando funcionários negros nos escritórios, refeitórios e sanitários de repartições federais.

---

<sup>22</sup> A denominação *Jim Crow* originou-se de um grupo de artistas brancos da Virgínia que, nas suas apresentações, pintavam o rosto de tinta negra, cantavam e dançavam músicas com forte apelo sulista, imitando negros. Uma das músicas possuía o refrão que terminava com a expressão *Jim Crow*. Entretanto, essas imitações retratavam uma visão estereotipada dos negros como pessoas abobadas, infantis, preguiçosas e indolentes. (KAUFMANN, 2007).

Os negros ainda eram excluídos da titularidade dos direitos políticos, já que não possuíam o direito ao voto.

Kaufmann (2007) exemplifica algumas restrições de direitos dos negros:

[...] os negros foram proibidos de freqüentar as mesmas escolas que os brancos, proibidos de ter propriedades, de viver em certas vizinhanças de obter licenças para trabalhar em algumas profissões, proibidos de votar e ser votados, de testemunharem, de serem servidos dentro das lanchonetes, de beberem nos mesmos bebedouros. [...] não podiam dirigir nas mesmas estradas, sentar nas mesmas salas de espera, usar os mesmos banheiros e piscinas. Aos negros, era vedado o acesso a parques, praias e hospitais. (KAUFMANN, 2007, p. 137).

Ainda que a sociedade estadunidense tenha vivenciado um longo histórico de práticas de desigualdade racial, fundamentadas numa ordem jurídica segregacionista que definia a figura da raça negra por critérios biológicos, tal concepção foi reformulada pelo papel decisivo das decisões da Suprema Corte em sede de jurisdição constitucional. Amparado por um processo hermenêutico complexo e, muitas vezes, questionável, esse Tribunal estabeleceu os contornos acerca do direito de propriedade e, principalmente, do direito à igualdade entre os indivíduos, eliminando, gradativamente, o sistema de segregação racial.

Numa pequena digressão histórico-jurídica, os casos emblemáticos iniciaram-se por *Dred Scott v. Sandford* [60 U.S 19.343(1857)], um dos mais intrigantes na história da Suprema Corte estadunidense. O escravo negro Dred Scott, de propriedade de John Emerson, havia residido com seu proprietário em estados como Wisconsin e Illinois que vedavam a escravidão. Posteriormente, com o falecimento de Emerson em 1850, Scott retorna com a viúva de Emerson ao estado do Missouri, o qual permitia práticas escravagistas. Almejando a liberdade, Scott ajuíza uma ação judicial que tinha como finalidade declará-lo na condição de homem livre, embasado na fundamentação de que “*once free, always free*” (uma vez livre, sempre livre). A decisão em primeiro grau foi favorável a Scott, entretanto, a sentença foi reformada em grau de apelação. Scott ingressou com outra ação judicial, desta vez contra John Sandford, casado com a viúva de Emerson na qual também foi derrotado. Inconformado, Scott recorreu à Suprema Corte que proferiu decisão desfavorável.

Nesse provimento judicial, o relator do processo, *Chief Justice* Roger Taney, negou o *status* de cidadão à Scott já que era negro e, assim, considerado como coisa e propriedade. Sendo um bem móvel, ele poderia ser objeto de compra e venda. Argumentou, ainda, que o direito de propriedade dos escravos estava estabelecido na Constituição, cujo texto não admitia relativizações. Sendo assim, Scott não fazia jus ao direito à liberdade. Ele foi detido e entregue ao seu novo dono, John Sandford. (CRUZ, 2009).

O término formal do regime escravagista norte-americano decorreu com a promulgação das Décima Terceira e Décima Quarta Emendas à Constituição promulgadas durante a Guerra de Secessão.<sup>23</sup>

No entanto, em que pese a determinação explícita do direito à igualdade na Constituição, a Suprema Corte durante o século XIX, por meio de algumas decisões, ratificou esse sistema separatista. Surgia, assim, a doutrina intitulada “*Equal, but Separated*” (separados, mas iguais), por meio da qual a referida Corte interpretava como constitucionais e legítimas, as leis que estipulavam algum tipo de segregação racial.

Pode-se asseverar que a decisão do caso *Plessy v. Ferguson* [163 U.S 537(1896)] foi o ponto de partida para esse novo entendimento jurisprudencial, girando em torno da interpretação do direito à igualdade de tratamento. Tal caso envolvia o questionamento da constitucionalidade da lei estadual da Lousiana de 1890, que determinava a divisão dos assentos entre brancos e negros no transporte ferroviário. Ou seja, os negros não podiam se acomodar nos assentos direcionados aos brancos. Homer Plessy, aparentemente branco, não se considerava negro (pois possuía apenas 1/8 de ascendência negra) e negou-se a acomodar-se em um dos assentos destinados aos negros. O condutor do ônibus recorreu à força policial, haja vista a recusa de Plessy em atender ao pedido de mudança do local dos assentos. Ele foi espancado e preso por desobediência à ordem policial. Plessy, então, impetrou um *Habeas Corpus*, fundamentado na Décima Terceira e Décima Quarta Emendas, que em grau de recurso chegou à Suprema Corte.

Esse Tribunal ao analisar o caso, interpretou que não havia violação ao direito de igualdade e declarou a constitucionalidade da citada norma estadual. De acordo com essa decisão, o direito à igualdade de tratamento não determinava que negros e brancos deveriam compartilhar o mesmo espaço físico, até porque as acomodações oferecidas eram iguais. Por esse entendimento, o direito à igualdade não foi violado, pois “[...] seria possível de se obter quando fossem fornecidas às diferentes raças iguais facilidades/benefícios governamentais, mesmo que estes o fossem separadamente”. (CRUZ, 2009, p. 144). Além do mais, no entendimento do Tribunal, a Décima Terceira Emenda protegia os negros apenas da

---

<sup>23</sup> A XIII Emenda em sua seção 1 proíbe a existência de escravidão ou servidão involuntária. E a Emenda XIV na seção 1 determina que: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver 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.” (ESTADOS UNIDOS, 1787).

escravidão, e de acordo com a interpretação da Décima Quarta Emenda não havia uma determinação para eliminar as desigualdades sociais. Por fim, a Corte entendeu que a distinção entre brancos e negros serviria para preservar a paz e a ordem pública. Tal decisão da Suprema Corte foi de certa forma, uma espécie de compatibilização da legislação *Jim Crow* ao direito de igualdade de tratamento.

Posteriormente, utilizando-se da mesma doutrina acima referida, a Suprema Corte validou leis estaduais referentes à anti-miscigenação que criaram distinções entre brancos e negros nos variados setores sociais, tais como separação de passageiros em transportes públicos e privados, normas que estipulavam a segregação racial física nas entidades educacionais (caso *Cumming v. Board of Education of Richmond County de 1899*), leis que proibiam os casamentos inter-raciais (como no precedente *Pace v. Alabama*). Tais regras não foram consideradas inconstitucionais pelo Tribunal, porque não violavam as Décima Quarta e Décima Quinta Emendas. Como observa Cruz (2009), a doutrina dos “iguais, mas separados” permaneceria quase intocada pelos 60 anos seguintes.

O sistema de segregação racial estadunidense foi pautado, inclusive, por demonstrações de discriminação explícita, gerando atos de violência entre ambas as partes, tendo a organização paramilitar *Ku Klux Klan*<sup>24</sup> como grande exemplo.

Por outro lado, a distinção de tratamento entre brancos e negros foi duramente questionada pelo movimento ativista dos direitos humanos<sup>25</sup>, surgido na primeira metade do século XX. Tal movimento possuía uma vertente que se concretizou pelo movimento negro organizado que tinha como uma das associações a “*National Association for the Advancement of Colored People - NAACP*”, fundada em 1910.

As organizações sociais das comunidades negras defendiam os direitos desses grupos e combatiam a discriminação racial. Foram decisivas para a reversão do quadro social hostil em relação aos negros.

---

<sup>24</sup> Tal organização, conhecida como Império Invisível do Sul defende a discriminação racial, inclusive, com atos públicos de violência contra os negros. Suas atividades iniciaram-se no final da Guerra de Secessão e perduram até os tempos atuais, com menos virulência. Seus componentes utilizam-se de capuzes e mantos brancos, para dificultar o reconhecimento nas manifestações públicas de ódio racial. Na opinião de Cruz (2009), algumas decisões atuais da Suprema Corte, ao garantir a liberdade de expressão, acabam por legitimar atos de violência explícita da Klan.

<sup>25</sup> O movimento pelos direitos civis foi liderado pelo pastor da igreja batista na cidade de Montgomery, no Alabama, Martin Luther King, contou com outras lideranças negras como Malcolm X, Jessé Jackson. Tal movimento contestava o sistema segregacionista e pregava o direito de igualdade entre brancos e negros, por meio de discursos pacifistas e atos de desobediência civil Luther King desenvolveu um programa direcionado à inclusão social de negros e brancos pobres e fomentou uma espécie de *Bill of Rights* dos desvalidos. Liderou, ainda, a operação *Breadbasket* contra empresas que discriminavam os negros no momento das contratações, pressionando-as a retificarem suas condutas. O pastor King foi contemplado com o prêmio Nobel da Paz e morreu, precocemente, aos 39 anos vítima de atentado a bala em 1968. (KAUFMAN, 2007).

Mesmo com o direito à igualdade, garantido constitucionalmente, o sistema segregacionista perdurou formalmente até promulgação do *Civil Rights Act*, em 1964.

Contudo, foi a partir do *leading case*, *Brown v. Board of Education* [347 U.S.483(1954)], que a Suprema Corte provocou a mudança notável ao modificar a interpretação do direito à igualdade, contido na Décima Quarta Emenda, superando, assim, o precedente *Plessy v. Ferguson*. O Tribunal, por meio de sua decisão, permitiu que o estudante negro Brown ingressasse em uma escola destinada a estudantes brancos, da cidade de Topeka, no Kansas. As argumentações do *Justice* Earl Warren influenciaram os rumos da reflexão sobre o tratamento desigual dos negros na sociedade norte-americana e suas nefastas consequências. Em sua decisão, Warren considerou que a política educacional segregacionista gera impactos prejudiciais para os estudantes negros (como qualidade do corpo docente e quantidade escassa de livros). Afirmou, ainda, que tal política é interpretada como uma espécie de comprovação da inferioridade racial, afetando, inclusive, a motivação para aprender e retardando o desenvolvimento educacional e mental dos estudantes negros.<sup>26</sup> (CRUZ, 2009).

A decisão do caso Brown foi de suma importância ao declarar que a doutrina “*separados, mas iguais*”, não poderia ser considerada legítima e constitucional sob o ponto de vista do direito à igual proteção aos negros. Com isso foi determinante para o início da eliminação do sistema separatista e, sobretudo, influenciou a formulação de políticas de ações afirmativas estadunidenses, na década de 60 do século passado.

Por fim, é necessário citar o caso *Loving v. Virgínia* [388 U.S. 1 (1967)], no qual a decisão da Suprema Corte, com base na interpretação do princípio da igualdade, contido na Décima Quarta e Décima Quinta Emendas, derrubou as restrições daquele estado aos casamentos inter-raciais. A Corte declarou inconstitucionais as medidas baseadas em critérios raciais que possuíam o objetivo de restringir ou limitar o exercício dos direitos fundamentais. (MAGNOLI, 2009).

Na opinião de Degler (1971), o fator essencial para diferenciar o sistema escravocrata brasileiro e norte-americano decorreu do fenômeno da miscigenação e o surgimento da figura do mulato, que se transformou num tipo socialmente aceito, que atenua a separação entre as figuras do negro e do branco.

---

<sup>26</sup> Posteriormente, a Suprema Corte na decisão do caso *Brown v. Board of Education II* [349 U.S. (1955)] estipulou as formas de execução da decisão do caso anterior. A Corte atribuiu aos profissionais educacionais a escolha dos meios mais eficientes e imputou aos tribunais inferiores a obrigação de fiscalizar a decisão. (CRUZ, 2009).

Ainda de acordo com esse posicionamento, a ausência de preconceitos raciais explícitos, conjugada ao fenômeno da miscigenação, gera um efeito negativo no sentido de impedir a formação de uma cultura, identidade e consciência de pertencimento à minoria negra. Bernardino explica que o “que está por trás deste mecanismo brasileiro de depreciação social é a concordância da pessoa negra em negar sua ancestralidade africana, posto que está socialmente, carregada de significado negativo”. (BERNARDINO, 2002, p. 252). Para ilustrar essa afirmativa, há o exemplo da variedade de termos linguísticos para se referir a pessoas de pele escura: ‘morena’, ‘chocolate’, ‘bronzeadas’, ‘sará’, ‘marrom’, ‘parda’, ‘meio preta’, ‘queimada’. A utilização de tal terminologia serve para demonstrar a tentativa de ocultamento da identidade negra, pois, uma parcela considerável da população brasileira (inclusive os negros), utiliza nomes considerados menos pejorativos para se referir à pessoa negra. A nomenclatura ‘parda’ já é, inclusive, utilizada pelas pesquisas do sistema oficial de classificação racial, desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2011), que distingue os brasileiros em 3 grupos ou “raças”: brancos, pardos e pretos.<sup>27</sup> Álvaro Ricardo de Souza Cruz comenta que essa espécie de classificação demonstra um incômodo do brasileiro em se auto-classificar como negro.

Em 1999, o IBGE informou que a população brasileira era constituída por 53,8% de brancos, 39,1% de pardos e 6,2% de pretos, o que certamente refletiria ainda uma ‘dificuldade’ do recenseador em ‘ofender’ o recenseado, que não desejava se qualificar como ‘preto’. Logo, a referência a pardos seria menos ‘ofensiva’. (CRUZ, 2009, p.122).

Por conseguinte, a utilização dos termos ‘pardo’ ou ‘mestiço’ pelo sistema oficial de recenseamento nacional demonstra a assimilação pelos órgãos estatais do fenômeno da mestiçagem, contribuindo para camuflar a identidade do negro no Brasil. Magnoli (2009, p. 146) conclui que termo ‘pardo’ utilizado nas pesquisas censitárias reflete “[...] a precariedade das identidades raciais no Brasil e a valorização de uma identidade intermediária, que não é essencialmente racial”.

---

<sup>27</sup> É curioso observar que mesmo com a significativa mudança científica referente às concepções raciais, o sistema de recenseamento estatal brasileiro ainda adota como referência a classificação cromática dos homens com base em “raças”. O primeiro recenseamento nacional, ocorrido em 1872, utilizou-se da seguinte classificação: preto, pardo, branco e caboclo (que incluía os indígenas). O segundo censo demográfico realizado em 1890 utilizou-se das 3 categorias preto, branco e caboclo e substituiu o termo pardo pelo termo mestiço. Somente em 1980 o termo pardo retornou à pesquisa. As últimas pesquisas populacionais realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE utilizam a classificação racial conjugada ao ‘questionário de cor’, admitindo a existência de cinco categorias: branco, preto, pardo, amarelo e indígena. Dados coletados pela Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio realizada em 2009 determinam que a distribuição da população brasileira por cor ou “raça” está: 6,9% da população se declarou negra, 44,2% se autodeclarou parda, 48,2% branca e 0,7% amarela ou indígena. (IBGE, 2011).

Salienta-se que os Estados Unidos tendo em vista a adoção do sistema bi-racial, a categoria ‘mulato’ foi adotada pelos censos americanos até 1920. A prevalência posterior da regra da gota única de sangue não permitia a existência de tipos raciais intermediários. (MAGNOLI, 2009).

O modelo de racismo brasileiro, apesar de não possuir um sistema jurídico de segregação racial, possui, ainda hoje, contornos ambíguos, pois está pautado em uma igualdade formalizada na lei, conjugada a atos preconceituosos implícitos e sutis, baseados no “preconceito de cor ou de marca”.

As ambiguidades nas manifestações raciais do povo brasileiro criam uma distorção da realidade entre tolerância, preconceito racial e direito à igualdade. De acordo com Fernandes (1972), o Brasil se acostumou a uma situação de manutenção de subordinação do negro ao branco e criou uma confusão entre tolerância e democracia racial.

Para que esta última exista não é suficiente que haja alguma harmonia nas relações sociais de pessoas pertencentes a estoque raciais diferentes ou que pertencem a ‘raças’ distintas. Democracia significa, fundamentalmente, igualdade social, econômica e política. (FERNANDES, 1972, p. 40).

A dissimulação do racismo ou o denominado racismo indireto se efetiva na admissão de clubes e entidades recreativas, nas escolas privadas, ingresso no sistema de empregos ou promoção da carreira profissional, representação política e até mesmo nos quadros da diplomacia brasileira. De acordo com Cruz (2009) essas práticas camufladas de preconceito racial provocam uma introspecção ideológica racista, que se reproduz no preconceito praticado por adultos e que, infelizmente, é transmitido às novas gerações tanto nas brincadeiras, quanto nos apelidos relativos à cor.

O denominado racismo não intencional, ou o racismo ‘de brincadeira’ é um agravante da situação acima descrita e pode ser exemplificado nas práticas sociais por meio de piadas e brincadeiras pejorativas envolvendo os negros tachados como moral e intelectualmente inferiores ou de caráter suspeito. Na opinião de Feres Júnior (2004, p. 302), “[...] esse cabedal de injúrias não pode ser visto somente como produto do espírito brincalhão do povo brasileiro, pois fosse o caso, teríamos uma contrapartida simétrica para com os brancos”.

Constata-se que a própria jurisprudência é tolerante com práticas raciais. Muitas decisões judiciais ao invés de imputar como crime os atos implícitos de discriminação racial, interpretam essas atitudes como costume, já que as brincadeiras fazem parte da própria índole do brasileiro. Tal afirmativa está exemplificada pela seguinte decisão judicial:

Induzimento ou incitamento ao racismo – anedota publicada em jornal – inexistência de dolo – ineficiência do meio. Na procura do elemento subjetivo do delito previsto no artigo 20 da lei 7.716/89, é indispensável a análise da conduta pregressa do agente. Não sendo ele racista, mas, ao contrário, tendo ele demonstrado, durante toda a sua vida que jamais teve como meta o induzimento ou incitamento ao preconceito, impõe-se a sua absolvição. Ausente o dolo, inexistente o crime. **É da índole do brasileiro encarar com bom humor os temas mais agudos e complexos do cotidiano. A ‘gozação’ faz parte de seu temperamento, e por isto ninguém levaria a sério, a ponto de provocar o início de uma cisão na sociedade, a referência jocosa a uma pessoa, em face da cor de sua pele, ainda que através de publicação em jornal.** (TJ-DF – Apelação Criminal nº 1429194, Rel Sérgio Bittencourt – DJDF de 28.05.1997, p.10.979). (DISTRITO FEDERAL, 1997, grifos nossos).

Ou seja, ainda existem resquícios da cultura escravocrata que se concretizam nas variadas modalidades de discriminação e que são assimilados pelas gerações futuras, causando, de acordo com o Cruz (2009), uma espécie de efeito transgeracional da injustiça de origem.

Além de ser o responsável pela retórica negativa de assumir que existem práticas reiteradas de discriminação racial no Brasil, o mito da democracia é responsável por criar outro dogma, qual seja, a existência somente de práticas de discriminação social. Tal entendimento é liderado por alguns ideólogos como Ali Kamel (2006) e Donald Pierson citado por Degler (1971), que alegam que o preconceito contra o negro não seria resultante de questões raciais e sim, causado por aspectos sócio-econômicos. De acordo com esse ponto de vista, amparado sob viés econômico, o modelo brasileiro de concentração de renda determina a enorme diferença entre as classes sociais, cuja consequência resulta nas desigualdades sociais relacionadas aos negros. Sendo assim, a discriminação racial não é um dos fatores que acarreta injustiças sociais entre negros e brancos.

Na interpretação de Kamel (2006) os estudos não permitem dizer que:

Os negros e pardos estão nessa condição porque o Brasil é racista ou porque os brancos são racistas ou porque os empregadores discriminam os negros e pardos. [...] Os negros vivem essa situação porque são, na maioria, pobres e, como todos os pobres, tiveram acesso a escolas piores, a um ensino deficiente (KAMEL, 2006, p. 77).

Por essa visão, o principal empecilho que mantém os negros em situação de inferioridade na pirâmide social é a má distribuição econômica e não a discriminação racial.

Este presente estudo concorda que existem discriminações sociais, no entanto, não se pode negar que também existam discriminações raciais dissimuladas e enraizadas na estrutura das relações sociais brasileiras. Forjou-se reiteradamente um simulacro de igualdade racial

que tenta encobrir a existência de barreiras raciais baseadas na cor da pele impedindo, assim, mobilidade sócio-econômica do negro no Brasil.

Conjugado a tal contexto está a ausência de reflexão crítica acerca do ‘mito da democracia racial’. É até mesmo inusitado o posicionamento de Kaufmann (2007) que ainda defende a propagação dessa crença ilusória, já que na opinião da autora o mito da democracia racial contribui para impedir a proliferação de condutas discriminatórias.

A importância do mito da democracia racial no Brasil exsurge à medida que serve, quando menos, para fixar a expectativa de conduta a ser seguida pelo homem médio que compõem a sociedade. Gera nas pessoas a expectativa – ainda que não corresponda totalmente à realidade – de que não há preconceito racial, de modo que qualquer conduta desviante desse padrão passa a ser observada com desprezo e antipatia. O mito, então, funcionaria como um desejo da sociedade de que se venha a concretizá-lo, e não simplesmente como uma mentira. (KAUFMANN, 2007, p. 116).

Discorda-se absolutamente de Kaufmann (2007), pois o ‘mito da democracia racial’ não possui os efeitos positivos descritos pela autora, que se esquece de que existe um efeito colateral referente à propagação da discriminação inconsciente. Cumpre esclarecer que cada brasileiro está inserido numa sociedade que possui, infelizmente, tradições e cultura ligadas ao passado cujos valores remetem à expropriação, escravidão e submissão de grupos sociais considerados inferiores. Tal contexto histórico-social, muitas vezes, dificulta a análise crítica e consciente dos problemas inerentes à cultura, tradição e realidade nas quais o indivíduo está inserido. O homem não é um ser pronto e acabado, algo dado e resultado de uma conjuntura perfeita de fatores. O homem é um projeto, que sempre está a caminho de possibilidades e determinações e indefinições. (CRUZ, 2011).

Ainda que se concorde com a autora citada, no sentido de que o mito é um referencial regulador dos comportamentos sociais, não se pode olvidar que o discurso reiterado de existência de democracia racial no Brasil, acarreta uma espécie de alienação social, cujos efeitos prejudiciais concretizam-se na ausência de discussões doutrinárias e governamentais e debates sociais em torno da problemática racial, suas manifestações discriminatórias raciais e a efetividade de direitos fundamentais. Nesse sentido, concorda-se com Florestan Fernandes (1972, p. 176), para quem a “ideologia da democracia racial seria uma espécie de mecanismo forjado pelas elites para disfarçar os desinteresses na efetivação de relações sociais equitativas”.

No entanto, as pesquisas oficiais, demonstram que a questão racial ainda é problemática. O estudo “Características Ètnico-Raciais da População: um Estudo das

Categorias de Classificação de Cor ou Raça”, desenvolvida pelo IBGE em 2008 e divulgado em julho de 2011 (IBGE, 2008) indica que 63,7% dos entrevistados reconhecem que “raça e cor” influenciam o cotidiano e as questões privadas dos brasileiros, tais como trabalho, política e sistema judiciário, convívio social e repartições públicas. (IBGE, 2008).

Dados do “Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2007-2008”, resultantes de estudos realizados pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ informam que a população preta e parda aumentou em termos de população brasileira, de 45% para 49,5%. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009). E, de acordo com a pesquisa, permite-se a suposição de que se tornará a maioria nos próximos anos.

Todavia, a igualdade sócio-econômica entre negros e brancos ainda é um objetivo extenuante a ser perseguido.

Essa mesma pesquisa aponta que em 2006, o analfabetismo entre pretos e pardos era 124,6%, proporcionalmente superior ao analfabetismo dos brancos. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009). Tais referenciais coincidem com os dados emitidos pela pesquisa “Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população entre 1999 e 2009” realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010a), que mostram que a incidência de analfabetismo é maior na população preta e parda, respectivamente 13,3% e 13,4% contra 5,9% da branca.

Quanto ao ensino superior a mesma pesquisa do realizada IBGE (2010a) demonstra que entre 1999 e 2009 o percentual de alunos brancos (62,6%) foi superior ao percentual de alunos negros (28,2%) e pardos (31,8%) que cursavam a universidade. Os dados revelam que a população branca possui em média 8,4 anos de estudo e a preta e parda possuem a mesma taxa de 6,7 anos.<sup>28</sup>

A pesquisa do “Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2007-2008” (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009) aponta que o número total de homicídios ocorridos no país entre 1999 e 2005 na camada preta e parda da população cresceu 46,3%, tendo passado de 18,8 mil para 27,5 mil. Entre a população branca, o número praticamente permaneceu estável em 15,2 mil. Na mesma época, o número de pessoas assassinadas foi de 118.536 brancas (37,3%) e 172.626 pretas e pardas (54,4%). O número de

---

<sup>28</sup> A título de informação adicional, segundo dados do Censo da Educação Superior de 2010, o número de estudantes jovens (entre 18 e 24 anos) matriculados no ensino superior passou de 12% em 2001 para 14,4% em 2010. A meta do Plano Nacional de Educação (PNDE) para o período de 2001- 2010 era atingir 30% de jovens frequentando as universidades. Essa meta não foi alcançada e teve que ser refeita pelo Ministério da Educação, que espera atingir 33% de jovens matriculados nas universidades até 2020. (DE IMPROVISO..., 2011).

jovens brancos assassinados é menor do que o número de jovens pretos ou pardos vítimas de homicídio no mesmo período. Os estudos informam que:

[...] parece razoável a informação de que **a violência, que tanto afeta a sociedade brasileira, principalmente na elevada incidência de homicídios, apresenta um nítido componente de cor e raça** [...] A maior parte dos assassinatos no país, de 1999 a 2005, foi cometida por armas de fogo e foram observadas as tradicionais diferenças de cor e raça e sexo. Novamente, os pretos e pardos foram as maiores vítimas. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009, p. 181, grifos nossos).

O relatório ainda aponta que as mortes por causa não definida tiveram maior incidência na população de pretos e pardos do que em brancos. “Ao se aprofundar a análise, observou-se que o motivo dessa diferença era decorrente das causas mal definidas sem assistência médica.” (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009, p. 182).

Pela mesma pesquisa, dados do mercado de trabalho coletados entre 1999 e 2005, informam que a taxa de atividade dos brancos passou de 60,3% para 61,3%, enquanto dos negros declinou de 59,5% para 56,7%, pois o número de desempregados pretos e pardos cresceu de 48,6% para 54,1%. Tratando-se de empregos com carteira assinada os brancos possuíam um percentual maior do que os pretos e pardos respectivamente 36,8% e 28,5%. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009).

Por fim, é necessário reproduzir um trecho do relatório dessa pesquisa que afirmou a existência de discriminação racial no setor educacional.

**Nas crianças e adolescentes pretos e pardos incidem obstáculos adicionais para o desenvolvimento dos estudos, representados pela discriminação racial** presente nos espaços escolares e que se manifesta pelas seguintes formas: atitudes discriminatórias de professores, demais profissionais do ensino e colegas; livros didáticos que transmitem conteúdos preconceituosos ou que reforçam a invisibilidade dos negros; conteúdo de ensino antropocêntrico e pouco receptivo à perspectiva da diversidade e do multiculturalismo. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009, p. 184, grifos nossos).

Portanto, as críticas amplamente já explicitadas por este trabalho referentes ao mito da democracia racial são ratificadas pelo próprio Estado (em relatório oficial) ao concluir que existe discriminação racial, e que esta exerce influência no sistema de aprendizado dos estudantes. Tal posicionamento indubitável (já que amparado por pesquisas) contradiz, inclusive, os defensores do mito da democracia racial, como Kaufmann (2007).

Pode-se concluir que, apesar de computado mais de um século da emancipação legal dos negros, uma grande parcela de negros e mulatos permanece compondo as camadas mais

inferiores da população brasileira, se comparados aos brancos, suportando conseqüências nefastas, de ordem econômica, social, cultural e política.

Tal situação se reflete com relação à questão da sub-representatividade do negro no setor econômico (como o mercado de trabalho), na área cultural e na estrutura do Estado.

Sob esse aspecto, poucos negros ocupam postos importantes na chancelaria brasileira e nas Forças Armadas. Na alta cúpula do Poder Judiciário, apenas 3 negros foram alçados à função de ministro do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, Pedro Lessa, Hermenegildo de Barros e o atual Joaquim Barbosa Gomes, que ocupa essa função desde 2003. De acordo com a afirmação de Cruz (2009, p. 124), “[...] o meio acadêmico, a magistratura, o Ministério Público, todos eles apresentam carreiras nas quais seguramente mais de 95% das vagas são preenchidas por brancos”.

Em termos de cargos públicos de primeiro escalão na esfera do Poder Executivo federal após a redemocratização, constata-se que não houve uma grande mudança em termos de ocupação desses cargos. A partir do governo Sarney chegando até o governo atual da Presidente Dilma Roussef houve uma oscilação entre um a cinco negros ocupando cargos públicos mais proeminentes da Administração Pública federal.<sup>29</sup>

Já no âmbito do Poder Legislativo federal, em 2006, dos 513 deputados eleitos apenas 46 eram pretos ou pardos, o que representava 9% do total de deputados federais. Dos ocupantes na função de senador, apenas quatro eram pardos e um preto. A atual legislatura contabiliza quarenta e três deputados negros (8,5% do total) e apenas dois senadores negros. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2009).

No que tange às atividades esportivas, nota-se que determinados esportes ainda são redutos da elite branca como, por exemplo, o tênis, o golfe, a esgrima, o hipismo e o iatismo. A figura do negro ainda se concentra em esportes considerados de caráter popular, como o futebol.

No que se refere às áreas do conhecimento científico, tais como a educacional superior e a pesquisa científica existe uma representatividade inexpressiva dos negros. A educação superior pública e privada ainda continua a ser uma etapa difícil a ser alcançada para os negros. Sua representação é maior nas escolas públicas de ensino fundamental e médio,

---

<sup>29</sup> Nos governos Collor e seu sucessor Itamar Franco nenhum negro ocupou cargo de alto escalão. Já no governo Lula possuía Gilberto Gil, Marina Silva e Benedita da Silva respectivamente ocuparam os Ministérios da Cultura, Meio Ambiente e Assistência e Promoção Social. No atual governo Dilma Roussef, Orlando Silva ocupou foi Ministro dos Esportes e Luiza Bairros está ocupando a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

porém tal nível de ensino não é suficiente para auxiliar o negro no processo de mobilidade social.

Em se tratando do setor cultural, a presença de artistas negros em posição de destaque ainda é escassa. Levantamento realizado nas últimas cinco edições da Bienal de Artes de São Paulo constata que a presença de artistas negros escalados para a exposição girava em torno de 4% (e nenhum deles era brasileiro). Na última turma formada em artes plásticas pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), em São Paulo, não havia nenhum formando negro. (MARTÍ, 2011).<sup>30</sup>

Nos meios de comunicação, especialmente a televisão, os negros, em sua maioria ainda são relegados a papéis relativos a caráter social inferior ou como vilões e marginais nas obras de ficção. Contudo, cumpre observar, que, ultimamente a Rede Globo de Televisão tem reservado papéis principais a atores negros, como, por exemplo, as últimas novelas escritas pelos dramaturgos Manoel Carlos e Gilberto Braga cujos papéis foram exercidos, respectivamente, pelos atores Taís Araújo, Camila Pitanga e Lázaro Ramos. (MENDONÇA; SEGADILHA; ARRUDA, 2011a).

No campo literário nota-se que ainda se utiliza a figura do negro sob aspectos folclóricos. Essa assertiva é exemplificada, citando a literatura regionalista de Jorge Amado e José Lins do Rego, que na opinião de Antônio Sérgio Guimarães (2005), contribuíram para a democracia racial, ao criar uma valorização da herança cultural dos negros. O mesmo entendimento foi expressado por Abdias Nascimento (1978), para o qual Jorge Amado (embora tenha utilizado a figura do negro em várias de suas obras) criou visões estereotipadas, como o das mulatas com apelo sexual junto ao branco. Há ainda o exemplo do escritor Machado de Assis (1857-1913), que a despeito de sua descendência africana, abordava o negro apenas como elemento coadjuvante de suas obras.<sup>31</sup>

Por outro lado, um exemplo clássico da visão romanceada do negro de sentimentos nobres e idílicos ocorre na leitura da obra de Monteiro Lobato. A personagem *Tia Anastácia*,

---

<sup>30</sup> É necessário fazer a seguinte observação: o quadro atual de ausência de artistas plásticos negros de prestígio é completamente paradoxal se comparado a tempos remotos. No período de colonização do Brasil, a elite branca não realizava trabalhos manuais (como pintura e escultura), o que propiciou o surgimento de talentosos artistas negros como Aleijadinho.

<sup>31</sup> Recentemente um episódio envolvendo o escritor Machado de Assis levantou polêmicas. A Caixa Econômica Federal teve que retirar uma peça publicitária referente a comemoração de seus 150 anos, na qual um ator branco interpretava o referido escritor. Após denúncias e reclamações junto à Ouvidoria Nacional de Igualdade Racial, foram encaminhados pedidos de providências à instituição bancária, ao Ministério Público Federal e ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar. Posteriormente, a Caixa Econômica Federal veiculou outra peça publicitária, desta vez com um ator negro interpretando o “bruxo do Cosme Velho”. (CAIXA..., 2011).

do “*Sítio do Pica Pau Amarelo*” (LOBATO, 1972) era uma doméstica gorda e disforme, mas, retratada como uma serviçal de personalidade dócil e subserviente.

Tal obra, atualmente, tem sido objeto de discussão entre alguns acadêmicos e literários, liderados pela educadora mineira Nilma Lino Gomes, que por meio de um parecer, em 2010, posicionou-se favorável a revisão da obra de Monteiro Lobato pelo Ministério da Educação. Os defensores da revisão literária argumentavam que como a obra é utilizada pela rede pública de ensino fundamental corre-se o risco de formar uma visão negativa do negro nas crianças devido ao emprego de expressões consideradas racistas para se referir à personagem *Tia Anastácia*. Pela mesma situação passa, também, a obra de Mark Twain, “*Huckleberry Finn*”, publicada pela primeira vez em 1884. A editora responsável pela obra já alterou mais de 200 termos, e ainda existe uma reivindicação para substituir a palavra “*nigger*” (negro) para *slave* (escravos) na obra referida. Para os defensores, “*nigger*” seria uma expressão de cunho pejorativo para identificar a pessoa negra. (O GLOBO, 2011).

Todavia, considera-se que a defesa da revisão literária dessas obras é um despropósito, pois há que se levar em conta primeiramente o respeito pela intenção e textos originais do autor. Carece de legitimidade alguém que não está autorizado pelo autor a interferir na sua escrita, até porque, a interferência sem autorização fere o direito de liberdade de expressão do autor da obra. Acrescente-se a isso, que cada obra literária é única, influenciada pela vivência e experiências pessoais do autor e escrita sob um determinado contexto histórico-social. A estrutura lingüística que constitui o mundo é resultado das práticas e interações sociais e das vivências intersubjetivas.

Quando alguém diz ou escreve algo sobre algo, ou quando alguém escuta ou lê essa coisa, ele o faz calcado em sua vivência, em sua tradição, em seu mundo da vida. Entretanto, aquele que fala e escreve não exprime diretamente em sua fala ou em sua escrita essa vivência ou explicita sua forma de compreender o mundo, mesmo porque tal pretensão já há muito foi rejeitada como impossível pela psicologia, pela antropologia e pela filosófica, na qual se destaca a fenomenologia. Pela mesma maneira, o ouvinte e o leitor irão compreender a partir de seu lócus hermenêutico. (CRUZ, 2011, p. 114).

Rotular essas obras como “racistas” é um argumento pífio, baseado no ideário popular e na falta de percepção de determinados educadores e pesquisadores.<sup>32</sup> Além do mais, consiste numa subestimação à capacidade interpretativa e compreensiva do leitor, já que o processo

---

<sup>32</sup> Cumpre ressaltar que tratando-se da atividade cognitiva-educacional, o educador é responsável por orientar o processo educativo. Sendo assim, deve ter plena consciência e conteúdo suficientes para auxiliar a interpretação do educando a partir de uma concepção multifacetária de diversidade social, multiculturalismo e reconhecimento da figura do “outro” como titular de direitos fundamentais. A busca por tal postura educacional vai de encontro à mudança social e atual desenvolvimento e valorização dos direitos humanos.

interpretativo também demanda a participação específica do intérprete que acaba se tornando um coautor do sentido da obra.

O giro lingüístico pragmático demonstrou que o sentido dado a uma determinada construção lingüística é constituído pela compreensão humana que, conseqüentemente, é influenciada por um ponto de partida, constituído pelos conhecimentos prévios de cada leitor. (CRUZ, 2011).

A compreensão se faz com a razão, nela não se encerra, pois antes de tudo não é ação da mente humana, é um fenômeno da própria condição de ser humano. Ninguém pode explicar racionalmente como chegou a uma dada interpretação porque o sentido se desvala com e a partir de nós mesmos. (CRUZ, 2011, p. 130).

Portanto, a revisão literária não irá contribuir para alterar a visão e as práticas raciais que existem na sociedade, pois de acordo com os ganhos do giro lingüístico-pragmático, constata-se que é impossível procurar a exatidão, a precisão e a objetividade no significado das palavras. O ato de interpretar é constitutivo da condição humana e não pode ser enfeixado e controlado por quem quer que seja, nem mesmo pelo autor da obra. A significação das palavras sofre influência de seu uso, é sempre provisória e está em permanente processo de construção. O sentido de uma palavra é dialético, já que sofre um processo contínuo de construção e de reconstrução de sentidos. (CRUZ, 2011).

O Estado brasileiro, historicamente, consolidou uma cultura jurídica de adoção de normas com caráter repressivo penal a fim de evitar e combater o preconceito racial.<sup>33</sup> Entretanto, a existência de normas repressoras que imputam ao agente a responsabilidade pelos atos intencionais discriminatórios apenas minimiza a discriminação racial, diante da ineficiência de tal legislação em alterar os estereótipos negativos subjacentes às percepções individuais.<sup>34</sup>

Para ilustrar tal referência, Carl Degler (1971) narra que até a década de 50 do século passado, os anúncios de empregos continham textualmente a vedação de aceitação de ‘pessoas de cor’. Com o advento da Lei Afonso Arinos<sup>35</sup>, promulgada em 1951 e responsável por vedar a discriminação racial ao estipular sanções penais a quem cometer discriminações de cor ou

---

<sup>33</sup> Exemplo é o crime de injúria tipificado no Código Penal brasileiro, cujo artigo 140, parágrafo 3º estabelece que a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem e estipula pena de reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940).

<sup>34</sup> Neste caso, o racismo produz estereótipos em relação aos negros, construindo imagens e identidades, distorcidas. Os estereótipos podem “justificar rejeições ou aceitações categóricas de um outro grupo e podem justificar até mesmo sistemas de exploração tais como a escravidão”. (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 23).

<sup>35</sup> A Lei ordinária nº 1.390 de 03 de julho de 1951 determinava que atos de discriminação racial ou de cor seriam considerados contravenções penais e punidos com prisões e multas. (BRASIL, 1951).

raça em lugares públicos, os anúncios foram alterados, colocando textualmente a aceitação de pessoas de 'boa aparência'. Ou seja, não houve alterações no que tange à cultura e práticas de discriminação racial, elas persistem mesmo com a vigência de leis repressoras.

A Lei Afonso Arinos originou-se como repúdio a atos de discriminação racial que rotineiramente aconteciam no Brasil, inclusive envolvendo personalidades. Um dos mais famosos ocorreu em 1949 na cidade do Rio de Janeiro e teve como vítima Abdias Nascimento. O famoso líder negro, que combatia veementemente a situação inferior do negro, foi impedido de entrar em um baile no Hotel Glória, juntamente com seus familiares. (MAGGIE, 2008).

O outro evento ocorrido em São Paulo, em 1950, envolveu a artista negra norte-americana, Katherine Dunham que foi recusada como hóspede em um hotel de luxo na capital paulistana. Os protestos da vítima, associados a uma série de movimentos reivindicatórios dos negros, surtiram efeitos nos meios de comunicação e pressionaram o Congresso Nacional a elaborar uma lei que vedasse práticas preconceituosas raciais. Gilberto Freire e Afonso Arinos, parlamentares federais na época, patrocinaram o projeto de lei, cuja tramitação se deu em um espaço curto de tempo. (DEGLER, 1971).

Posteriormente, o constituinte originário de 1988, seguindo o legislador ordinário, também estabeleceu em seu texto, no artigo 5º, inciso XLII que pune a prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível.<sup>36</sup>

Diante desse contexto social e jurídico, questiona-se a iniciativa e abertura para a discussão sobre mecanismos legais alternativos que propiciem repensar e solucionar a questão racial brasileira. Torna-se, dessa forma, mais do que evidente a necessidade de alteração da política legislativa e das políticas públicas brasileiras, no sentido de modificar seu caráter aparentemente neutro.

Ao longo do tempo, constata-se que essas políticas têm passado por um processo gradativo de reformulação de seus meios, resultados e destinatários específicos. Delineia-se, então, a possibilidade de se implementar ações promocionais direcionadas, especialmente, à minoria negra que objetivem reverter as situações de desvantagens sociais e econômicas nas quais se encontram os negros e promover o direito à igualdade.

---

<sup>36</sup>Assim, estabelece o artigo 5º, XLII, da Constituição da República de 1988: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.". (BRASIL, 1988) Tal artigo foi regulamentado pela Lei nº 7716/89 que definiu os crimes oriundos de preconceitos de raça e cor e, posteriormente a Lei nº 9459/97 que alterou a referida e determina punição aos crimes praticados com intuito de preconceito de raça, cor, etnia, religião. (BRASIL, 1997).

Para tanto, o acesso à educação superior pode ser fator fundamental para reverter o quadro de desigualdade racial que impera no Brasil. Nesse sentido, as ações afirmativas na modalidade de políticas de reserva de vagas no ensino superior direcionadas aos negros seriam possibilidades viáveis e legítimas para se efetivar os direitos fundamentais dessa minoria.

Como será amplamente, explanado nos capítulos seguintes, as políticas de ações afirmativas se coadunam com a pretensão do paradigma do Estado Democrático de Direito, no sentido de serem mecanismos constitucionais de realização da igualdade procedimental e inclusiva dos grupos sociais historicamente vulneráveis.

### 3 A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O ideal de igualdade entre os indivíduos é uma questão persistente e que acompanha o desenvolvimento da história da civilização humana. Não obstante, a concepção de igualdade sofreu profundas transformações que informaram diferentes compreensões jurídicas relacionadas com os paradigmas constitucionais do Estado moderno<sup>37</sup> e as demandas sociais.

A influência do princípio igualitário será profunda em qualquer sociedade que o aceite. A interpretação preferida da consideração igualitária influirá não só no projeto de todas as instituições fundamentais do governo, mas também nas decisões específicas tomadas por essas instituições. (DWORKIN, 2005, p. 253).

A obra *A Estrutura das Revoluções Científicas* (1963) de autoria de Thomas Khun, foi responsável por formatar uma visão paradigmática da ciência, e, conseqüentemente, reconstruir a acepção do termo para fins científicos.

Dessa forma, as Ciências Sociais Aplicadas vem adotando a concepção paradigmática de Khun<sup>38</sup>, para o qual a definição de paradigmas consiste em “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, 1994, p. 46). De acordo com o referido autor, o desenvolvimento do conhecimento científico e suas conquistas

<sup>37</sup> Para fins desse trabalho, cumpre elucidar que o presente estudo excluirá de apreciação os paradigmas pré-modernos, uma vez que a ênfase do estudo será direcionada aos denominados paradigmas modernos quais sejam: o Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e, por fim, Estado Democrático de Direito. Dessa forma, será realizada uma breve explanação a respeito da evolução paradigmática referente ao princípio da igualdade que orientou o Estado de Direito. No entanto, é necessário ressaltar que não se pretende nesse tópico esgotar o estudo acerca dos paradigmas estatais diante de tamanha magnitude que o tema abarca, haja vista que elencá-lo detalhadamente extrapolaria os limites desse trabalho. Desse modo, a abordagem deste capítulo alinha-se, em linhas gerais, ao contorno jurídico focado no princípio da igualdade.

<sup>38</sup> Marcelo Campos Galuppo (2006a) discorda da adoção do termo paradigma na área do Direito, especialmente na Teoria da Justiça. No entendimento do autor, a idéia do termo paradigma admite a refutação, por meio de sucessão cronológica, de um paradigma pelo outro posterior. Contudo, em se tratando da Teoria da Justiça, essa refutação não se realizaria, pois, citando o exemplo de Galuppo, a teoria aristotélica não pode ser eliminada em detrimento da teoria kantiana. A segunda justificativa é que o conceito de paradigma é formado por critérios políticos e quantitativos na medida em que os próprios cientistas convergem e concordam com a cientificidade de uma certa teoria. Porém, isso pode levar a um determinismo científico. Por fim, Galuppo argumenta que nem mesmo Khun havia admitido a utilização do termo em outras áreas científicas, fora das ciências naturais. Em que pese tais argumentos, esse estudo toma como referência o termo cunhado por Khun no que tange ao entendimento das nuances e interpretações distintas do Princípio da Igualdade. Sob esse aspecto, os paradigmas auxiliam e criam novas possibilidades de interpretação e aplicação do sistema jurídico, que incidem sobre os significados dos princípios do Estado de Direito, cuja conseqüência principal envolverá a aplicabilidade e a realização dos direitos fundamentais (CRUZ, 2009a). Para uma melhor explicação sobre a adoção do termo paradigma pelas Ciências Sociais Aplicadas recomenda-se a obra *O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?*, de autoria de Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

científicas provisórias criam um modelo de trabalhar e manejar a ciência e solucionando os problemas existentes. (CRUZ, 2009a).

No que tange aos domínios do Direito, a adoção da visão paradigmática acarreta a análise da estrutura do Estado, repercutindo, assim, nas leituras hermenêuticas da Constituição e dos direitos constitucionais em determinados momentos históricos. Nesse sentido, não há que se admitirem rupturas revolucionárias do sistema jurídico e sim de “evoluções gradualistas, que não tiveram o mesmo ritmo ou a mesma intensidade em todos os lugares”. (SARMENTO, 2006, p. 4).

Sendo assim, correlato à visão paradigmática do Direito, está o fato de que a formação do sistema de direitos e garantias fundamentais é o resultado de um processo histórico, influenciado por mudanças sociais, econômicas e políticas.

Os direitos do homem são históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. [...] Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. (BOBBIO, 2004, p. 32).

Nesse aspecto, os movimentos dialéticos das práticas sociais e políticas constituem fatores que contribuem para mudanças de paradigmas e de concepções interpretativas referentes aos direitos fundamentais, cujo desenvolvimento perpassa o processo de positivação dos direitos, universalização da titularidade e por último pela criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>39</sup>

O que se percebe, é que os processos de reconhecimento, positivação e realização dos direitos fundamentais estão vinculados às transformações sociais e políticas, em decorrência do surgimento de novas necessidades e interesses a serem protegidos ou reconstruídos pelo sistema jurídico. Nesse sentido, os direitos são “[...] resultados de duas premissas: as necessidades humanas e o consenso em torno das prioridades de sua satisfação”. (SAMPAIO, 2010, p. 289).

Não se pode olvidar que a concepção histórica de formação e consolidação dos direitos relaciona-se à Teoria dimensional dos direitos, desenvolvida por Karel Vasak, em

---

<sup>39</sup> Não cabe tecer considerações analíticas e técnicas acerca da diferença dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais concebida atualmente pela doutrina de direito internacional público e direitos humanos. É necessário esclarecer, que os dois termos serão utilizados nesse texto para designar, de modo geral, os direitos e garantias pertencentes aos indivíduos, independente da sua positivação em Constituições ou Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

1979<sup>40</sup>. Essa teoria estabelece a concepção na qual o processo de afirmação dos direitos fundamentais possui caracteres gradativos e cumulativos, no que tange à ampliação de seu conteúdo ou reformulação deste, e também aos sujeitos de direito. A expressão e a concretização dos direitos pelo sistema jurídico-constitucional realizam-se por meio de um processo paulatino e sucessivo de manifestações sócio-jurídicas. Conforme acrescenta José Adércio Leite Sampaio: “Os direitos não surgiram todos ao mesmo tempo, nem foram resultados de um *big bang* jurídico que esteja a impedir a vista de alcançar o que havia antes da explosão. [...] o sistema de direitos continua em trajetória de expansão.” (SAMPAIO, 2010, p. 133-134).

Amparado em tais premissas, pode-se concluir, que o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais encontra-se em constante mutação, revitalização e abertura à reconstrução dos sentidos por meio da hermenêutica constitucional. De acordo com Sarlet (2005, p. 61), tal processo “é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais [...]”.

No que se refere à proposta deste capítulo, concernente à análise do direito à igualdade de acordo com os três paradigmas modernos, constata-se a dinamicidade das reconstruções e reinterpretações da concepção de igualdade ao longo dos tempos. Pois, como sustenta Habermas (2003, p. 242), “[...] o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo”.

A discussão sobre a igualdade esteve presente desde as primeiras civilizações organizadas, tais como a Grécia e o Império Romano, embora estivesse estruturado em dimensões e significados completamente distantes do concebido pelo atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

A civilização grega fundou seu modelo político em torno do homem livre, dotado de capacidade para intervir nos assuntos públicos. (SARLET, 2005). Nesse sentido, a igualdade

---

<sup>40</sup> Não perfaz a pretensão desse trabalho estabelecer o detalhamento exaustivo da Teoria Dimensional dos Direitos. Ressalta-se, porém, que a nomenclatura empregada neste estudo será “dimensão de direitos”, pois o termo “geração” pode criar a falsa perspectiva de que o sistema de direitos desenvolve-se em processos alternativos ou de substituição gradativa dos direitos surgidos anteriormente pelos subseqüentes. Tal termo pode conduzir ao “entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. (SARLET, 2005, p. 53). A despeito de toda classificação tender para o simplismo e reducionismo, resta esclarecer que, ao longo do desenvolvimento dos três paradigmas constitucionais de Estado houve, gradualmente o surgimento e posituação de espécies de direitos fundamentais considerados de 1ª dimensão, 2ª dimensão e 3ª dimensão, associados, ao paradigma vigente.

era medida pela capacidade de participação política que determinados homens livres possuíam ao influenciar as decisões públicas.

Em linhas gerais, na Antiguidade clássica, prevalecia a visão geométrica de igualdade, formulada por Aristóteles, na qual, sinteticamente, impunha-se um tratamento desigual entre os homens. Dessa maneira, eram concedidos direitos e privilégios àqueles que pertenciam a certas castas sociais, em decorrência das origens do nascimento, diferentemente do tratamento concedido, por exemplo, aos escravos e aos estrangeiros.

Tratando-se do direito romano, apesar da visão isonômica permanecer aproximadamente no mesmo grau de similitude do direito grego, nota-se uma pequena alteração, externada nos entendimentos do jurisconsulto romano Ulpiano, pelo qual a interpretação do *Corpus Juris Civilis*, ditava que os direitos deveriam ser constituídos não para cada pessoa, mas de modo geral. (ULPIANO *apud* SILVA JÚNIOR, 2002).

O projeto igualitarista também foi influenciado por ideologias de caráter religioso.<sup>41</sup> Teólogos como Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino tiveram em vista, primariamente, as pessoas da Trindade e somente em um segundo momento consideraram a pessoa do crente, enquanto indivíduo em processo de auto-constituição e auto-realização. Apenas, posteriormente, com a Reforma Protestante a atenção da moral religiosa centraliza-se no indivíduo e sua singularidade.

Todavia, é inegável que o interesse em proteger determinados direitos dos homens ganha força em decorrência do jusnaturalismo racionalista. Tal concepção considerava a existência de duas ordens normativas. Sob essa formatação, o direito positivado estaria subordinado a um direito prévio, denominado de natural.

Norberto Bobbio explica que:

Para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado - partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. (BOBBIO, 2004, p. 73).

No tocante a esse assunto, é preciso ressaltar, que as Declarações de Direitos inglesas, tais como a *Magna Charta* (1215), *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), contribuíram para a positivação de regras que elencam alguns direitos

---

<sup>41</sup> Observa-se, que embora o Cristianismo tenha se servido do conceito de pessoa, considerando os homens como criações divinas, dotados da mesma dignidade e igualdade (SILVA JÚNIOR, 2002), sua prática não se pautou por uma autêntica perspectiva de igualdade entre os indivíduos.

individuais.<sup>42</sup> Esses documentos, também denominados de protoconstituições, concederam direitos individuais apenas ao clero e nobreza, já que a titularidade e o exercício de direitos ocorriam em virtude do pertencimento a certo grupo social, baseado nos critérios de nascimento.

Conforme destaca Sarlet (2005), tal concessão de direitos possuía caráter peculiar, já que os direitos eram:

[...] outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo. (SARLET, 2005, p. 48).

No entanto, esses documentos ingleses foram fundamentais, porque se tornaram instrumentos de restrição e contenção do arbítrio do poder monárquico, e referências legais no que tange ao início do desenvolvimento e ulterior evolução do Estado de Direito moderno.

Posteriormente, a transição da Era Medieval para a Moderna provocou uma profusão de mudanças estruturais sociais e políticas. O surgimento de Estados soberanos europeus alterou as estruturas políticas, criando uma burocracia e um poder centralizado na figura do monarca.

O regime absolutista, iniciado aproximadamente no século XVI, efetivou a centralização do poder político, que estava fragmentado durante a Idade Média. O Antigo Regime estipulava privilégios de classe às pessoas, de acordo com o estamento social ao qual pertenciam e não de acordo com a visão de que todos eram iguais por pertencerem à natureza humana. Sob esse aspecto, o poder absoluto concentrado na figura do monarca, relegava o indivíduo a um papel secundário, de obediência e cumprimento de deveres, desconsiderando o direito a igual tratamento entre os homens e reprimindo sua liberdade de expressão e manifestação religiosa.

Desse modo o absolutismo e o intervencionismo do Estado, provocam o surgimento de demandas oriundas da sociedade, com o objetivo de proteção e garantia da autonomia privada, sem ingerência estatal seja na vida particular ou nos negócios econômicos. (SAMPAIO, 2010).

---

<sup>42</sup> Tais documentos, de modo geral, introduziram e positivaram direitos individuais, tais como a garantia do direito de propriedade contra intervenções abusivas, a legalidade penal, a garantia do direito de liberdade contra prisões arbitrárias, direito de petição e o devido processo legal.

O movimento reformista luterano, no século XVI, questionou as práticas religiosas e influenciou o comportamento e a concepção do homem europeu. A Igreja Católica deixou de ser o centro irradiador de padrões comportamentais e práticas religiosas, com a disseminação da liberdade religiosa. Há, nesse sentido, a fragmentação do único pólo/centro de orientação do homem, pois o comportamento humano passa a não ser mais justificado em bases religiosas.

A revolução científica desencadeada por Francis Bacon, Galileu Galilei entre outros, estabelece um novo método de conhecimento experimental, no qual a matemática seria a melhor expressão. As premissas da ciência moderna estavam basicamente fundadas na busca da verdade por meio de um método específico, predominantemente experimental, expressado por fórmulas matemáticas, consideradas expressões unívocas da racionalidade. Sob esse aspecto, a Ciência passa a ser considerada um instrumento que propiciaria o desenvolvimento humano através da razão.

Certeza, medida, precisão, objetividade, matemática tornaram-se a linguagem não só da ciência, mas também da modernidade. Tudo o que escapar da razão, tudo o que a razão não possa 'engarrafar', 'padronizar', 'enlatar' deve ser descartado como magia, religião, valores, ética. (CRUZ, 2011, p. 154).

O movimento renascentista (que valorizou a figura do homem), a navegação (que descobre o movimento da circunavegação), a emergência de novas práticas econômicas oriundas do Capitalismo (em decorrência da expansão da Revolução Industrial) provocaram o surgimento de uma nova concepção trazendo o homem e sua vida privada como valor supremo. Inaugura-se, por conseguinte, uma nova etapa da civilização humana.

O progresso nas ciências, com as descobertas de Copérnico, Galileu e principalmente Newton, a invenção da Imprensa, aumentando a velocidade da difusão do conhecimento, o notável avanço nas artes durante a Renascença, a ressurreição do Humanismo na filosofia, a quebra da unidade religiosa na Europa com a Reforma, e a colonização do Novo Mundo, após as Grandes Navegações, foram provavelmente os principais ingredientes que contribuíram para a ruptura representada pelo advento da Modernidade. (SARMENTO, 2006, p. 36).

O projeto antropocêntrico enxerga o homem como centro do universo, com capacidades emancipatórias e autonomia para manifestar sua vontade e realizar ações.

De acordo com Marcelo Galuppo (2001) houve um processo de transição das relações humanas, anteriormente fundadas em comunidades pautadas por valores, tradições, costumes e religiões em comum que se transformam em sociedades estruturadas em torno de normas produzidas racionalmente que convergiam em torno da figura do indivíduo. A ideia essencial

da modernidade, baseada na emancipação humana através da razão, decorre, assim, dessa nova estrutura social.

O salto estabelecido pela Modernidade foi no sentido de se romper com as estruturas pré-modernas. Magnoli e Barbosa (2011) retratam com precisão o contexto pré-moderno:

O pensamento pré-moderno diz que os indivíduos não podem escapar aos grilhões do destino. A tradição, a fé, a sabedoria dos antigos, as regras da comunidade – todas essas diversas figurações do destino prendem o indivíduo nas suas teias, determinando o que cada um pensa e aquilo que faz ou pode fazer. A modernidade rompeu tais grilhões e desfez a teia da tradição, oferecendo um palco para a expressão da vontade e da criatividade dos indivíduos. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 94-95).

Numa breve comparação entre os dois sistemas sociais, as comunidades antigas, como a *pólis* grega e as comunidades feudais, giravam em torno de uma unidade, cujos laços que uniam os homens eram considerados naturais e de respeito à moral e tradições. Por conseguinte, no entendimento de Galuppo (2001) esses agrupamentos humanos não poderiam ser considerados propriamente sociedades, pois constituíam-se em um todo homogêneo, organicismo integrado. Esse modelo organicista de estrutura social perdurou durante vários séculos e interpretava a sociedade como um arranjo preexistente aos indivíduos, formando uma espécie de coletivismo natural.

Por outro lado, a homogeneidade e a identidade social passam a não ser um traço característico da Modernidade, pois a sociedade moderna gira em torno de conflitos, diversidades humanas e valorativas e o rompimento com a supremacia dos conteúdos religioso e moral. Surge a distinção das esferas normativas autônomas entre direito e moral.

[...] o ‘desencantamento’ do mundo – de acordo com a conhecida expressão weberiana – causado por múltiplos fatores, como a quebra da unidade religiosa após a reforma, e o avanço das ciências, ocasionou a ‘dissolução das mundividências integradoras’. As antigas ‘comunidades’, em que vínculos associativos eram fortes e profundos, associados ao compartilhamento de horizontes de sentido calcados na tradição, foi substituída pelas modernas sociedades, onde os laços sociais são mais tênues e artificiais. (SARMENTO, 2010, p. 55).

A valorização da figura do homem é elemento insondável que provoca o rompimento com a unidade e o centralismo em torno dos valores morais e da unidade religiosa. Sob essa ótica, o indivíduo passa a ser figura central de todos os questionamentos e realizações humanas e o traço constitutivo das sociedades modernas centraliza-se no homem. As concepções deixam de ser coletivas ou organicistas para serem individualistas, erigindo e

valorizando o homem como ser dotado autonomia, capacidades e direitos, substituindo, assim, a figura do súdito.

Se não há mais um centro comum orientador da ação, é preciso que cada homem converta-se em centro orientador de sua própria ação. E se cada um é convertido em centro, então cada um será responsável pela formulação de um projeto sobre o que seja a vida boa para si. (GALUPPO, 2001, p. 50).

O organicismo social passa a dar vazão a um modelo de organização social baseado no homem e sua titularidade de direitos. Crescia uma espécie de concepção atomizada da sociedade, que relegava secundariamente “[...] os laços de solidariedade e interesses comuns compartilhados pelas pessoas no meio social”. (SARMENTO, 2010, p. 60).

Nos estudos de Michel Walzer (1999), o objetivo dos diversos processos revolucionários que desencadeiam a Modernidade foi a libertação dos indivíduos dos grupos corporativos, e inserção dos mesmos dentro de um sistema de direitos, para posteriormente, ensina-lhes os deveres da cidadania.

Diante do entendimento de que as sociedades não eram criações espontâneas e anteriores ao homem, mas, pelo contrário, resultados de acordos intersubjetivos, era necessário forjar uma ficção jurídica que ajustasse as condutas e promovesse o consenso e a interação sociais. Nesse sentido, a Teoria do Contrato Social surgiu como um substrato ideológico na criação de um pacto artificial, que seria o elo entre indivíduos livres e iguais, visando à convivência e a cooperação social pacíficas. Tal manifestação jurídica contratual só seria possível em decorrência do reconhecimento da autonomia do indivíduo e seu poder de independência.

Galuppo (2001) acrescenta que:

A hipótese de um contrato social é tipicamente moderna, e constitui a própria essência da organização da Sociedade Moderna, permitindo articular os diversos planos de ação (integração social) sem que se abra mão da própria matéria de que se constitui a Modernidade (o Indivíduo). (GALUPPO, 2001, p. 51-52).

Nesse sentido, o movimento Iluminista concebe a ideia de que o homem era dotado de direitos inatos, superiores e anteriores à comunidade política e ao arranjo estatal absolutista. No esteio da filosofia iluminista era necessário proteger o homem contra os atos arbitrários do Estado e garantir o exercício de sua autonomia privada. Tal concepção influenciou e repercutiu, sobremaneira, na formação e no dinamismo do Estado e sociedade modernos.

Bobbio (2004) enaltece a importância dessa concepção moderna da sociedade, pois:

Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como ‘o poder do povo’, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade. (BOBBIO, 2004, p. 119).

Diante das estruturas inovadoras da Modernidade, como a necessidade de direitos protetivos do homem e mecanismos de limitação do poder, o princípio da igualdade sofre influências, no que tange ao fomento por uma regra geral, abstrata e impessoal – o que veio a ocorrer somente depois das Revoluções liberais burguesas, que inauguram o paradigma do Estado Liberal de Direito.

### **3.1 Estado Liberal de Direito**

Tal paradigma inaugura a conceituação paradigmática do Estado moderno e é o responsável por trazer novos contornos ao direito de igualdade.

Influenciado pelos movimentos acima descritos, o novo panorama inaugura uma concepção antropocentrista no sentido de valorizar o homem, que passa a ser considerado como indivíduo, portador de interesses e necessidades particulares, mas sobretudo, tratado como titular de determinados direitos.

Tal mudança estrutural é gritante, pois até então relacionava-se o homem à figura do súdito, alguém que possuía somente obrigações perante o seu clã, grupo social e o monarca, em decorrência da visão organicista da comunidade. Cruz aponta que a “[...] relação coletivo/indivíduo, que sempre privilegiara o grupo, inverte sua polaridade de maneira absolutamente espetacular em favor do indivíduo”. (CRUZ, 2009, p. 4).

Tal paradigma foi formatado por uma concepção liberal presente na classe burguesa em crescente ascensão econômica. Os anseios burgueses, influenciados pelas ideias de Adam Smith e François Quesnay, coadunavam-se com a implementação da filosofia liberal nas atividades econômicas em crescente expansão. Dessa forma, a doutrina do Liberalismo Econômico defendia a não interferência direta do Estado nas atividades econômicas, criando, assim, uma ampla esfera para o exercício da liberdade de negociar e pactuar. Para os adeptos de tal filosofia, o livre mercado tinha um papel primordial nas relações interpessoais e econômicas, dado que poderia solucionar os problemas sociais, dispensando a ingerência estatal.

A figura indelével do Estado na experiência absolutista era interpretada como empecilho para as relações sociais e práticas econômicas em franca expansão capitalista. Desse modo, sob a perspectiva do Estado mínimo, ele deveria atuar subsidiariamente, saindo do cenário econômico e privatista e exercendo apenas a função de garantir a ordem, segurança externa e proteção de alguns direitos individuais.

No que tange à titularidade de direitos, a estrutura social estamental do Antigo Regime baseada nos laços consangüíneos sofre uma abrupta transformação. João Feres Júnior observa que:

[...] temos a quebra da estrutura hierárquica rígida da sociedade feudal, onde a pertença à ordem estamental determinava os direitos e deveres de cada pessoa, e sua substituição por uma ordem onde todos os cidadãos têm direito igual a um conjunto de prerrogativas e proteções legais. (FERES JÚNIOR, 2004, p. 294-295).

Por conseguinte, o surgimento dos direitos fundamentais decorreu como um contraponto ao poder estatal. Era necessário proteger os indivíduos contra o arbítrio do exercício desse poder mediante a criação de mecanismos que fossem capazes de restringir tal abusividade. Nesse sentido, os direitos fundamentais foram, inicialmente, concebidos como mecanismos restritivos à atuação do Estado, demarcando um campo de não interferência do Estado em prol da liberdade dos indivíduos. Flávia Piovesan assevera que tais direitos:

[...] surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. A solução era limitar e controlar o poder do Estado, que deveria pautar-se pela legalidade e respeitar os direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2009a, p. 184).

Paulo Bonavides (2004) explica que tais direitos possuem caráter anti-estatal, haja vista a possibilidade de serem oponíveis ao Estado. Sendo assim, o germe desse sistema de direitos foi configurado sob o prisma “negativo”, já que ao ente estatal eram exigidas posturas abstencionistas sem ingerências nas zonas de esfera da autonomia privada.

Desse modo, os direitos fundamentais, influenciados pelo jusnaturalismo (que concebia direitos inatos ao homem e superiores ao Estado), foram formatados, inicialmente, sob uma visão estritamente individualista, valorizando as liberdades abstratas do homem. Surgem os direitos individuais referentes ao direito à vida, à propriedade, segurança e liberdade.

Daniel Sarmiento elucidava que:

Os direitos fundamentais no paradigma liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. (SARMENTO, 2006, p. 105).

Disso decorre, que tais direitos individuais (civis e políticos), denominados direitos de primeira dimensão foram os primeiros a serem declarados em documentos jurídicos como a Constituição estadunidense de 1787 e suas posteriores emendas, e nos documentos franceses como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição de 1791. No entendimento de Sarlet (2005) a primeira dimensão de direitos se relaciona ao reconhecimento dos direitos com *status* constitucional, de direitos de caráter liberal-burguês.

A discussão de toda a formatação desse primeiro paradigma moderno de Estado girou em torno da tutela do direito à liberdade pública, como a liberdade física de locomoção, liberdade de expressão e religiosa como o fim da censura da Igreja à manifestação artística e cultural. Acrescentem-se a liberdade empresarial e a profissional (com a extinção das corporações de ofício e das guildas de comércio), já que a propriedade e contrato eram expressões da autonomia da vontade. Predominava, portanto, a autonomia privada em contornos de respeito à liberdade individual e liberdade econômica. Essa proteção à liberdade se concretizaria com o dever de não interferência do Estado nas relações intersubjetivas e nas atividades econômicas, solidificando a “[...] visão antropocêntrica e individualista da Sociedade e do Estado, entes distintos e distanciados”. (CRUZ, 2009, p. 2).

Dessa forma, nascia uma sociedade política organizada em torno da liberdade, na qual os homens dotados de autonomia e capacidade poderiam perseguir seus objetivos, inclusive econômicos.

Havia, nesse sentido, uma demarcação ortodoxa entre as atividades privadas inerentes à sociedade e o campo subsidiário relativo ao Estado. Consolidava-se, assim, a dicotomia entre as esferas da autonomia pública e privada, pois entendia-se que sociedade e Estado possuíam interesses divergentes e atuavam em setores distintos. Diante dessa conjuntura dicotômica, havia uma predominância da autonomia privada concretizada na valorização dos interesses individuais em detrimento dos interesses coletivos. O patamar superior da autonomia individual e a primazia dos burgueses sobre o cidadão retratam o entendimento acerca da liberdade da Era Moderna. (SARMENTO, 2006).

Tal demarcação foi incorporada nos textos constitucionais, já que a Constituição foi concebida, inicialmente, como uma espécie de norma de caráter político, cujos princípios expressavam a soberania e organização do Estado e declaravam direitos individuais. A

Constituição liberal era entendida como uma espécie de instrumento de governo que regia as relações entre Estado e indivíduo, garantindo, assim, os direitos individuais, de caráter universal, contra o arbítrio estatal por meio do princípio da separação das funções estatais. Como assevera Flávia Piovesan, “[...] na ótica liberal, a idéia de Constituição é de uma garantia. O Estado Liberal constitucional é o que entrega à Constituição a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos”. (PIOVESAN, 2009a, p. 183).

Juntamente com a criação desse sistema jurídico aparentemente libertário, a nova estrutura social liberal-burguesa, influenciada pela Revolução Francesa, pregava um direito natural de igualdade dos homens. A concepção liberal-burguesa de igualdade surge como contraponto dos privilégios estamentais já que se pretendia extinguir os privilégios feudais e clericais nos quais estava fundada a antiga sociedade absolutista, por meio da formalização e positivação em documentos jurídicos.

Nas sociedades estamentais do *Ancient Régime* os vários estamentos eram estanques, onde oportunidades de mobilidade individual transestamental eram quando muito escassas; esses estamentos estanques ainda eram hierarquizados, hierarquia esta que se refletia no fato social da diferenciada determinação [...] o pertencimento final de cada indivíduo a um dado estamento era quase invariavelmente função da sua posição estamental ao nascimento. (BARROZO, 2004, p 104).

A igualdade cunhada sob a ideologia liberal era formal relacionava-se à determinação de elaboração de normas gerais, abstratas e impessoais que teriam o condão de tratar a todos de forma isonômica, sem discriminações ou distinções entre os indivíduos ou segmentos sociais. “O Estado é o *locus* do valor da igualdade. É só no Estado, ou melhor, através de leis que garantem direitos universais negativos, que os cidadãos são verdadeiramente iguais. A igualdade, nessa concepção, é formal.” (SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 348).

Norberto Bobbio (1995) informa que a judicialização da igualdade fomentou o começo da criação de sociedades meritocráticas, pois houve uma espécie de conversão do princípio da *ascription*, no qual as posições sociais eram atribuídas pelo privilégio de nascimento, para o princípio do *achievement*, cujas posições passam a ser adquiridas em virtude da capacidade individual. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>43</sup> pode ser considerado o primeiro documento que formaliza a idéia de igualdade entre

---

<sup>43</sup> Art.1º da Declaração estabelece que: Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. O artigo 6º ainda estabelecia que a lei deveria ser igual para todos, seja na sua proteção ou punição. Ainda havia a estipulação de que todos tinham direito a dignidade e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e talentos. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

os homens, na qual objetivava a eliminação de privilégios estamentais ante ao Fisco e às Corporações de Ofício, “significava que todos deviam igualmente arcar com os tributos e que cada indivíduo poderia livremente acertar as condições do seu contrato de trabalho”. (CRUZ, 2009, p. 4).

Posteriormente, a primeira Constituição francesa de 1791, também consagrou em seu texto a abolição de instituições que ofendam a igualdade dos direitos, a extinção de distinções baseadas em títulos pessoais, nos estamentos e nos privilégios decorrentes do nascimento. (SAMPAIO, 2010).

Para que a estrutura liberal-burguesa fosse concretizada, no sentido do exercício da autonomia privada, inclusive no campo econômico, como celebrar contratos e circular a riqueza, era preciso que os homens fossem, pelo menos em sentido formal, sujeitos de direitos. Nesse sentido, havia uma presunção legal de que os homens eram livres e iguais, dotados de capacidade e sujeitos de direitos.

Decorre, por conseguinte, que a concepção de igualdade meramente formal e abstrata beneficiava os interesses da classe burguesa, já que não havia a pretensão de modificar as estruturas sócio-econômicas da época, visando apenas a livre circulação de bens entre os proprietários. Nesses termos, o sujeito de direito, no qual se baseava a codificação, encaixava-se no perfil do homem burguês, pois ainda que a igualdade fosse dirigida a todos, somente o burguês (proprietário de bens protegidos pelo Estado) possuía a liberdade de contratar e praticar atividades econômicas.

Nessa acepção, o homem idealizado pelo Estado Liberal como titular de direitos era um indivíduo genérico e abstrato, já que não havia a percepção da concretude, peculiaridades e necessidades humanas particularizadas. A cultura jurídica advinda do princípio da cidadania universal estipulava a homogeneidade e a similitude entre os indivíduos para fins de respeito e titularidade de direitos. (MOEHLECKE, 2009).

Ante o exposto, necessário observar que o Liberalismo foi plasmado com algumas contradições intrínsecas haja vista o grande distanciamento entre o postulado legal da igualdade e a realidade sócio-política da época.

Primeiramente, embora houvesse uma repugnância moral à ideia de escravização dos homens diante da doutrina igualitária universalista, era difícil estruturar a ideia de uma sociedade multirracial, composta de homens livres e iguais em direitos e obrigações. Sampaio (2010) elucida que a de universalidade dos direitos humanos, intrínseca à Era Moderna, deve ser interpretada com parcimônia, tendo em vista que por serem resultados dos processos históricos e práticas sociais, nem todos homens, num primeiro momento, eram seus titulares.

Exemplo disso seria o direito à liberdade física pois sociedades que adotaram o regime escravagista concederam tal direito a determinadas classes sociais em detrimento de outras. Mesmo com a declaração jurídica formalizando a igualdade, permanecia o conflito entre escravidão e liberdade.

Se pela premissa liberal-constitucional todos os homens eram livres e iguais, questionava-se qual seria o destino dos escravos, que deveriam ser libertados ou declarados inferiores aos brancos.

As contradições foram resolvidas com a afirmativa de que aqueles que eram escravos eram intrinsecamente, isto é, racialmente inferiores. Dessa forma, embora pudesse parecer que alguns homens eram mantidos em escravidão, a ideologia podia ainda afirmar a igualdade de todos os homens – os escravos negros simplesmente não eram homens no sentido político. [...] Não havia qualquer pretensão no sentido de que todos os homens eram livres e iguais, cada homem tinha seu lugar na hierarquia social, alguns altos, outros baixos, outros no meio. (DEGLER, 1971, p. 272-273).

Era impossível, diante do arcabouço jurídico igualitário, persistir com o instituto da escravidão. Na França, a escravidão foi proibida em 1791, em decorrência da Assembleia Nacional Constituinte, estendendo tal vedação às colônias francesas. “A França revolucionária concedeu direitos de cidadania aos mulatos e negros livres das colônias e, depois da execução de Luís XVI, o governo jacobino proclamou a abolição da escravidão.” (MAGNOLI, 2009, p. 202).

No entanto, a prática escravista retornou às colônias francesas durante o Império napoleônico perdurando até 1848.

No que tange ao sistema jurídico norte-americano, mesmo com a anterior determinação constitucional do direito à igualdade, a escravidão foi abolida formalmente com a emenda constitucional XIV de 1868, conforme já destacado anteriormente. Para muitos liberais estadunidenses, a liberdade comercial e contratual dependia do direito de propriedade de escravos. (SAMPAIO, 2010). Apesar da existência de normas proibitivas quanto à segregação racial, a tensão entre igualdade e discriminação baseada em raça foi a tônica de todo o direito constitucional norte-americano na primeira metade do século XX. Salienta-se, que somente após a decisão da Suprema Corte em 1954, no julgamento do caso *Brown versus Board of Education*, houve o início do tratamento isonômico para cidadãos negros e brancos.

No que tange à ordem constitucional brasileira, a primeira Constituição de 1824 possuía um compromisso liberal, embora não havia a concepção de legitimidade democrática do poder imperial. (BARROSO, 2006). Tal documento positivou em seu Título VIII, um rol

de direitos civis e políticos, dentre eles, o direito à igualdade formal<sup>44</sup>, o direito à propriedade, à liberdade física e de expressão, à legalidade. Em que pese a concepção formalmente universal do sistema de direitos fundamentais, ele era dotado de baixa normatividade. O sistema jurídico retratava apenas a elite burguesa local que possuía personalidade e titularidade de direitos.

Assim, no Império a primeira constituição brasileira tomava lado com a moda das monarquias constitucionais enxertadas com parlamentos representativos e com direitos individuais clássicos reservados na sua integralidade apenas a nacionais homens, brancos, adultos e proprietários. (BARROZO, 2004, p.115).

Tal sistema também primava pela incongruência já que havia, concomitantemente, a determinação do preceito isonômico, a sobrevivência dos privilégios da nobreza (inerentes ao regime monárquico), o voto censitário e a permissão do regime escravocrata.

A escravidão permanecia não apenas nas leis e na realidade, mas também nas consciências. O Estado tinha escravos, a Igreja também, os libertos e os quilombolas, pasme-se, idem, como havia o prenúncio da terceirização: os escravos possuíam escravos. (SAMPAIO, 2010, p. 302-303).

Como amplamente explanado no capítulo anterior, o ato de emancipação dos escravos foi meramente político e formal, pois desconectado de outras medidas que visassem igualar e incluir o negro em âmbito social e econômico.

A formalização do direito à igualdade em documentos não foi capaz de reverter o quadro social-demográfico, que foi aumentado pelos ex-escravos, acentuada pelo alto grau de analfabetismo. O legado do Império é extremamente esclarecedor: 83% de iletrados para uma população de pouco mais de 14 milhões de pessoas. (BARROSO, 2006, p. 12).

Os conservadores que defendiam a escravidão embasavam-se no próprio texto constitucional de 1824, diante da garantia do direito de propriedade. Por essa visão, a emancipação imediata e sem indenização seria uma violação a esse direito e, consequentemente, à Constituição.

A primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, pode ser considerada um marco jurídico de inauguração do paradigma liberal. Influenciada pela Constituição

---

<sup>44</sup> O artigo 179 deste documento estabelecia: No inciso XIII, que a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. E inciso XVI. Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública. (BRASIL, 1824).

estadunidense de 1787, ela positivou e consagrou em seu texto, direitos individuais, tais como liberdade, segurança, propriedade e igualdade perante a lei.<sup>45</sup>

Todavia, o sistema constitucional republicano-liberal guardava uma contradição, pois a despeito de ampliar o exercício dos direitos civis e políticos, havia a exigência da alfabetização como requisito para o direito ao voto, excluindo, dessa forma, os negros, recém libertos e também as mulheres.<sup>46</sup> A regra do sufrágio universal não foi efetivada, em decorrência do índice alto de analfabetismo da população brasileira vigorando, assim, o voto censitário. (SARMENTO, 2010).

Embora os Estados Liberais fossem formatados com base no princípio da igualdade de todos perante a lei e no conceito de soberania popular, por meio da democracia representativa, havia a vedação do exercício dos direitos políticos aos indivíduos desprovidos financeiramente. A regra do voto censitário determinava que somente os homens juridicamente livres que possuíssem certa condição financeira podiam participar dos procedimentos políticos de interesse público. A esse propósito, Axel Honneth (2003, p. 191) destaca que “[...] os direitos políticos de participação surgiram primeiramente apenas como um produto secundário daqueles direitos liberais de liberdade, atribuídos já no século XVIII pelo menos à parte masculina da população adulta”.

Acrescente-se que o exercício da democracia se dava pela regra majoritária, ao condicionar as decisões ao assentimento da maioria, que retratava os interesses da classe burguesa. Cumpre salientar que o princípio majoritário, com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, sofrerá um *déficit* de legitimidade, em decorrência da desconsideração e inobservância dos grupos minoritários sociais.

Concomitantemente ao surgimento das primeiras Constituições escritas, foi iniciado o processo de positivação do Direito por meio da elaboração de documentos jurídicos formais e escritos na forma de Códigos, concebidos, preliminarmente, como uma espécie de constituição da sociedade civil. (SARMENTO, 2006).

O processo de codificação do Direito, influenciado pelas ideias iluministas e jusnaturalistas, começou a ser implementado na Europa a partir do século XIX e teve como ápice a criação do Código napoleônico de 1804. As justificativas para tal processo baseavam-

---

<sup>45</sup> O artigo 72, parágrafo 2º desta Constituição assegurada a igualdade de todos perante a lei, sem admissões para privilégios de nascimento e nobreza. (BRASIL, 1891).

<sup>46</sup> Artigo 70, parágrafo 2º vedava o alistamento de eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados, nas condições de mendigos e analfabetos. (BRASIL, 1891).

se na necessidade de se concentrar as regras gerais e abstratas em documentos únicos, frutos da racionalidade humana.

Era necessário garantir a segurança e unidade jurídicas por meio da delimitação de regras de caráter patrimonialista, que visavam à proteção da propriedade e garantia da autonomia privada. Os interesses burgueses estavam assegurados por meio do Direito.

O paradigma Liberal pressupõe uma sociedade econômica de mercado que se institucionaliza por meio do Direito Privado; vincula-se à expectativa de que se possa alcançar justiça social pela garantia de um status negativo, pela delimitação de esferas de liberdade individuais. (OLIVEIRA, 2003, p. 10).

Influenciada e moldada pela Escola da Exegese, a ordem jurídica deveria estar relacionada a um sistema completo, preciso e harmônico de regras que deveriam ser de caráter geral, abstrato e preciso. Nesse sentido, a codificação permitiu que o direito se tornasse acessível através dos textos. (HABERMAS, 2003a).

O positivismo jurídico foi concebido para eliminar as antinomias e as possíveis iniquidades e ambiguidades, a fim de que fosse possível alcançar a segurança nas relações jurídicas na nova ordem sócio-política.

Entretanto, a sedimentação do processo de positivação legal reduziu o papel de interpretação da norma. Como a lei era o produto da razão humana, expressada pela vontade geral, não havia a necessidade de compreensão e interpretação dos textos legais, haja vista a objetividade e precisão que os caracterizava. Cabia à função Judiciária apenas o ato de aplicar a lei, mediante a técnica da subsunção, o encaixe entre o fato e a regra.

A hermenêutica exegética se limitava ao exame dogmático dos textos normativos, priorizando sensivelmente a interpretação literal dos mesmos. [...] A aplicação do Direito se daria por um formalismo-silogístico de fundo aristotélico, em que a premissa maior é o texto normativo e a premissa menor é o fato material, o que permite extrair a conclusão de que a visão exegética era fundada em uma concepção dedutiva de incidência do elemento abstrato ao elemento concreto. (CRUZ, 2011, p. 182).

Desse modo, pode-se concluir que alguns dos direitos proclamados pelo Liberalismo não foram efetivados para parcela significativa da população. Constata-se que somente a burguesia, por meio do abstencionismo estatal, alcançou seus objetivos de pleno desenvolvimento de suas atividades mercantis e inclusão nos processos de participação política.

A dimensão universal e ampliada dos direitos ainda era uma quimera para muitos indivíduos, pois a concepção individualista e liberal de igualdade não possuía fins redistributivos.

Este indivíduo identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil. A ordem jurídica cerrava os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado. (SARMENTO, 2006, p. 69).

A neutralidade sob a qual se fundava o Estado Liberal contribuiu para a expansão do mercado e das atividades econômicas, ainda não regulamentadas legalmente. Com isso, houve o aumento da concentração de renda pela burguesia (mediante a formação de monopólios e cartéis) e a exploração econômica das classes trabalhadoras, gerando, assim, exclusão social de segmentos sociais.

Algumas modificações sócio-econômicas ocorridas na transição do século XIX para o século XX como, por exemplo, a expansão da industrialização e progresso tecnológico, fomentaram o surgimento de movimentos sociais reivindicatórios. Esses grupos, influenciados pelas correntes de pensamento como Marxismo, Socialismo Utópico e pela doutrina social da Igreja, questionavam a postura abstencionista do Estado e defendiam melhores condições de trabalho, a efetivação de alguns direitos sociais e, sobretudo, a efetivação de igualdade de tratamento e oportunidades.

Apesar da constitucionalização dos direitos individuais, existia um reduzido grau de eficácia dessas normas, já que o mero tratamento legal isonômico foi insuficiente para efetivar condições mínimas de vida digna para todos os indivíduos.

O Estado liberal clássico apontava para uma realização da igualdade em termos abstratos, desconsiderando desigualdades existentes entre cidadãos, desigualdades estas decorrentes de fatores históricos que estruturam a sociedade e determinam as situações dos indivíduos e grupos. Neste sentido a igualdade liberal o era apenas no sentido formal, pois fatores que circunstanciam a vida dos homens impediam a sua efetivação. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 31).

Reflete-se, pois, que para o exercício amplo do direito à liberdade, tão propagado e enaltecido pelo Liberalismo, era preciso efetivar condições materiais mínimas aos indivíduos, para que tivessem acesso tanto o direito à liberdade física quanto ao direito a realizar opções de escolhas pessoais.

Sampaio (2010) elucida que esses direitos individuais são complementares entre si e interdependentes,

[...] uma vez que sem os direitos de igualdade não há com se falar em exercício das liberdades e, especialmente, dos direitos democráticos. Ao invés de complemento, poderíamos pensar até em pressupostos: o homem só é livre se tiver assegurado um mínimo de bem-estar. (SAMPAIO, 2010, p. 250).

A estrutura liberal nos contornos econômicos e sociais estava sendo questionada, diante de sua inoperância para lidar com uma classe de excluídos no espaço sócio-político. Além do mais, cumpre observar que a hipossuficiência econômica desses grupos e a desigualdade nos procedimentos deliberativos de participação política criaram um *déficit* relativo ao exercício da autonomia privada. (SARMENTO, 2010).

O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos gozá-los exercitando-os. (HABERMAS, 2003 a, p. 159).

Diante de tal conjuntura sócio-política, era imperioso formatar e reconstruir um novo modelo de Estado, a fim de se promover a igualdade concreta, e implantar uma real democracia. Pois, “[...] o *status* negativo de sujeitos do direito não podia mais ser garantido apenas através do direito geral a liberdades subjetivas iguais”. (HABERMAS, 2003 a, p. 139).

A constatação que a mera igualdade formalizada na lei era ineficaz para reverter o quadro consolidado de exclusão social e promovendo uma distribuição econômica mais justa, provocou a remodelação da estrutura estatal, a reinterpretação dos direitos individuais e demandas por novos direitos que concretizassem a almejada justiça social. Era preciso re-equilibrar as concepções de liberdade e igualdade para promover a “[...] incorporação de conteúdos sociais no discurso dos direitos.” (SAMPAIO, 2010, p. 243).

### **3.2 Estado Social de Direito**

Diante da crise de ineficácia dos direitos individuais sob contornos liberais, o paradigma do Estado Social foi o resultado das críticas reformistas que incidiram sobre o modelo burguês liberal. Nesse aspecto foi considerado a solução para os problemas oriundos do modo de produção capitalista.

O conflito armado da I Guerra Mundial e a crise econômica de 1929 (provocada pela quebra da Bolsa de Nova York) contribuíram para provocar um desequilíbrio financeiro internacional, agravando, assim, as desigualdades sociais. Aliado a isso, estava a

efervescência em torno da Revolução Bolchevique de 1917 e das idéias marxistas, que criticavam e combatiam as ideologias burguesas.

Diante de tal conjuntura, era necessário repensar a formatação e atuação do Estado, no sentido de reconstruir o modelo estatal que até então vigorava, pois a inoperância e o abstencionismo estatal foram fatores decisivos para agravar as diferenças sociais.

A solução seria uma postura mais agressiva e onipresente do Estado nas relações sócio-econômicas, visando atender as exigências dos grupos sociais e efetivar os direitos relegados pelo paradigma anterior. Um Estado mais preocupado com os problemas sociais poderia ser o instrumento para criar oportunidades e iniciativas em benefício das camadas sociais mais necessitadas e assegurar novos direitos que estavam sendo demandados.

Nos Estados Unidos, o Presidente Roosevelt concebe um programa governamental, denominado de *New Deal*, responsável por implementar uma série de intervenções estatais na política econômica, objetivando solucionar os problemas advindos com a Crise de 1929.

Tal situação foi acrescentada pela ascensão dos movimentos trabalhistas, que em decorrência da expansão industrial formataram a classe operária. As associações de trabalhadores passam a ter uma postura mais atuante e reivindicatória, diferente da postura anterior que era meramente associativa. (SARMENTO, 2006).

Nesse sentido, sob a ótica das relações econômicas, a reformulação do Estado transmuda-se de sua postura neutra para intervenção no domínio econômico, refletindo-se nas atividades econômicas e relações trabalhistas. A doutrina intervencionista, influenciada pelos estudos de John Maynard Keynes, disciplinava tais práticas e impunha limites na atuação dos agentes econômicos.

Nesses termos, a nova ordem sócio-política provocou a reformulação e reestruturação das concepções liberais estatais. O Estado começa a ser plasmado como uma espécie de mecanismo com vigoroso papel para equacionar os problemas sociais e reduzir as desigualdades econômicas. Para atingir tal objetivo, era preciso re-equilibrar a relação entre o indivíduo e o exercício dos direitos individuais e normatizar outros direitos incipientes.

Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança. Tais direitos sujeitar-se-ão doravante a uma nova leitura, que buscará captar outras possibilidades latentes no discurso emancipatório que lhes empresta lastro. (SARMENTO, 2006, p. 105).

Na observação de Habermas, esse processo de mudança paradigmática refletiu-se no Direito, devido à sua nova compreensão instrumental “[...] referida a ideias de justiça do Estado Social que vinha sobrepor-se ao modelo do direito liberal e, no final, substituí-lo”. (HABERMAS, 2003a, p. 125).

Inaugura-se, portanto, o denominado Constitucionalismo Social, iniciado pelas Constituições mexicana de 1917, e de Weimar de 1919 que passam a estabelecer e consagrar novas espécies de direitos fundamentais de caráter econômico e social, considerados de segunda dimensão.

No estado social houve a introdução de “direitos fundamentais de cunho social”, que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida e de uma defesa mais efetiva contra os riscos produzidos socialmente. (OLIVEIRA, 2003, p. 10).

Nesse aspecto, a elaboração de normas constitucionais que regulassem a ordem econômica e social, acrescenta uma nova perspectiva na concepção dos direitos. A Constituição passa a conter normas que estabelecem direitos relativos à promoção de melhores condições de vida, tais como o direito ao trabalho e condições dignas, direito à previdência social e assistência aos desamparados, direito à saúde. Como também, são criadas normas capazes de proporcionar maiores condições de participação efetiva dos cidadãos na vida social e nas decisões coletivas, tais como o direito à educação, e direitos políticos extensivos a todos. (SAMPAIO, 2010). Tais direitos voltam-se para atender os anseios dos segmentos sociais desprovidos financeiramente.

O conceito de welfare, o chamado Estado de bem-estar, delineou-se durante a Grande Depressão. Antes dele, o que existia era a noção de ‘lei dos pobres’, ou seja, da concessão de assistência material aos miseráveis. A novidade conceitual foi a universalização de uma série de benefícios previdenciários, que alcançaram o estatuto de direitos dos cidadãos. (MAGNOLI, BARBOSA, 2011, p. 196).

Nesse sentido, a Constituição e o Estado passam a ser interpretados como instrumentos essenciais para o equacionamento dos problemas advindos da desigualdade social. Para isso, a Constituição passa a ser concebida como um documento que orienta e estabelece as diretrizes de um modelo de Estado intervencionista, seja na esfera Legislativa (elaborando de leis que formulam políticas públicas), como na Executiva (na iniciativa e execução de tais medidas).

Aos poucos, os Estados e as constituições vão reconhecendo novos direitos voltados para a população mais pobre, que envolviam prestações positivas e demandavam

uma atuação mais ativa dos poderes públicos, voltada para a garantia de condições mínimas de vida para todos. O culto à autonomia da vontade no campo negocial e a proteção exacerbada da propriedade privada cederam espaço para um direito mais intervencionista, que se valia com frequência cada vez maior de normas cogentes para proteção das partes mais vulneráveis. (SARMENTO, 2010, p.144).

Cria-se a equivocada percepção que somente o Estado, por meio das políticas públicas, é único responsável e o condutor para concretização do bem-estar social e da cidadania. Para ilustrar a afirmação acima, Demétrio Magnoli narra que a expansão do acesso do direito à educação (ante a obrigatoriedade e gratuidade do ensino público para ambos os sexos), contribuiu para o redirecionamento dos direitos femininos.

A educação conferiu às mulheres, especialmente da classe média em expansão, a oportunidade de trabalhar como vendedoras, atendentes e secretárias, reduzindo o alcance do pátrio poder e assegurando a independência econômica que permitia adiar o casamento ou mesmo recusá-lo. (MAGNOLI; BARBOSA, 2011, p. 114).

Tal conjuntura jus-política envolveu a reconstrução do sistema de direitos fundamentais, no que tange, principalmente, à questão da reinterpretação do direito à igualdade. Álvaro Ricardo de Souza Cruz observa que:

A igualdade sustenta-se, a partir daquele momento, na garantia dos direitos econômicos e sociais, coletivos e difusos. A intervenção estatal, rejeitada na visão liberal, passou a ser reclamada com o fito de garantir e prover direitos trabalhistas, previdenciários, sanitários e assistenciais, dentre outros. (CRUZ, 2009, p. 8).

O Estado não deveria apenas proibir os tratamentos desiguais e discriminatórios entre os indivíduos, arraigado a uma concepção formalista e sim promover a igualdade, ao efetivá-la em termos materiais e concretos. Era necessário, portanto, compatibilizar as liberdades públicas cultuadas no paradigma predecessor, com a igualdade substancial, no sentido de proporcionar melhores condições materiais e econômicas aos indivíduos. Pois, de acordo com João Feres Júnior (2004, p. 295-296), “[...] no Estado do Bem Estar Social reconhece-se que, sem um mínimo de garantias materiais, parcelas da população ficariam incapacitadas de gozar, em pé de igualdade com os demais, dos direitos formalmente estabelecidos em lei”.

As diferenças entre os indivíduos ou grupos sociais no paradigma Social passam a ser consideradas como resultado da atuação omissiva e leniente do Estado nas relações econômicas e sociais e não mais como conseqüências naturais. Daí a importância de se criar mecanismos com o objetivo de inclusão social de segmentos até então desfavorecidos e marginalizados, como os doentes, mulheres, deficientes, crianças e idosos.

Através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram ao lado do homem abstrato ou genérico, do cidadão sem outras qualificações- novos personagens como sujeitos de direitos, personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente. (BOBBIO, 2004, p.72).

O direito à igualdade ganha contornos mais substanciais, no sentido de tratar de maneira desigual aqueles indivíduos que se encontram em situações desfavoráveis. Desse modo, pela concepção do paradigma em questão, o Estado e o sistema jurídico deveriam proporcionar tratamento privilegiado e diferenciado a certos grupos sociais considerados como hipossuficientes do ponto de vista social e econômico, distinguindo-os em decorrência de suas diferenças materiais e sociais.

A segunda geração de direitos consolida a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses. A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima ‘ trata-se desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. (CRUZ, 2009, p. 209).

Conforme já destacado o paradigma Social, além de incluir na pauta constitucional, novos direitos, propõe uma redefinição dos direitos individuais. Esse novo processo hermenêutico converge na tentativa de conciliar as duas dimensões dos direitos fundamentais e reflete-se na postura da função Judiciária. Há uma modificação no processo decisório de aplicação do Direito que descarta a aplicação silogística utilizada pelo paradigma anterior e incorpora valores éticos e morais como parâmetros para se alcançar a ‘justiça social distributiva’. No paradigma Social, “[...] o direito passa a ser visto como um plexo normativo consubstanciador de bens e valores fundamentais cristalizados pelo texto constitucional. Valores juridicamente estabelecidos por programas de ação”. (CRUZ, 2001, p. 221).

No tocante ao Estado brasileiro, considera-se como marco regulatório do início do paradigma do Estado Social, o primeiro mandato de Vargas em 1930, concretizado pela Constituição de 1934, e pela promulgação, posteriormente, de algumas leis infraconstitucionais que tinha como objetivo concretizar os direitos sociais para determinados grupos sociais.<sup>47</sup>

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, positivou direitos sociais e econômicos e possuía um título que tratava da ordem econômica e social, iniciando a

---

<sup>47</sup> Em breve síntese, leis como a Consolidação das Leis Trabalhistas (1940) e Lei Elói Chaves são consideradas, respectivamente, marcos regulatórios nas relações trabalhistas e previdenciárias e regulamentam os direitos sociais anteriormente constitucionalizados.

intervenção estatal no cenário brasileiro. Tal documento era uma espécie de amálgama compromissório entre capital e trabalho. (BARROSO, 2001).

O referido texto constitucional enunciava em seu artigo 113, parágrafo primeiro<sup>48</sup> a igualdade formal e a vedação de qualquer tipo de prática discriminatória, inclusive o repúdio formal à discriminação racial. Além disso, estabelecia liberdades públicas e direitos políticos, incluindo o direito de voto secreto e o voto das mulheres. Essa medida de ampliação da titularidade relativa aos direitos políticos foi fator contribuinte, inclusive, para uma composição mais heterogênea dos Parlamentos, ao proporcionar a oportunidade de representação mais diversificada dos segmentos sociais nas Casas Legislativas.

O período varguista de efetiva democracia foi sucinto, devido à suspensão das garantias constitucionais por uma série de emendas posteriores, o que veio a desaguar com o golpe do Estado Novo em 1937.

A Constituição de 1937, a despeito de estabelecer vários direitos sociais (como o direito ao ensino primário obrigatório e gratuito) e direitos trabalhistas, restringiu, demasiadamente, os direitos individuais e políticos. (BRASIL, 1937).

Posteriormente, com a restauração do Estado de Direito constitucional, a Constituição de 1946 contemplou um amplo rol de direitos e garantias individuais, normas de direitos sociais e princípios da ordem econômica. Também incluiu o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão a direito individual, obrigatoriedade do ensino primário, condicionou a fruição do direito de propriedade ao bem-estar social. (BARROSO, 2006). Entretanto, conforme prossegue o referido autor, a eficácia do texto quanto à justiça social não se propagou:

[...] faltou substancial efetividade à Carta de 1946, notadamente pela não edição da maior parte das leis complementares por ela previstas ou impostas virtualmente pelo seu espírito. Tal omissão impediu que se integrasse, na extensão desejável, o seu sistema de garantias e direitos, com como que se concretizassem as várias regras programáticas nelas inseridas. (BARROSO, 2006, p. 27).

Isso porque, uma das características das Constituições editadas sob a égide do Estado Social, relaciona-se a classificação de suas normas. Algumas delas eram denominadas de “programáticas”, consideradas de baixa densidade jurídica, haja vista dependerem da função legislativa para serem regulamentadas. Sendo assim, a relativização da aplicabilidade

---

<sup>48</sup> O enunciado de tal artigo estabelecia a igualdade de todos perante a lei, conjugado à proibição de discriminações com base no sexo, raça, classe social, religioso e vedações a privilégios. (BRASIL, 1934).

imediate revelou uma crise de juridicidade, principalmente, das normas que estabeleciam direitos sociais, pois para serem efetivados dependiam de atos posteriores do Poder Público.

Percebe-se que as obrigações constitucionais dirigidas ao Estado provocaram a ampliação de suas funções, incidindo sobremaneira na função Executiva. Nota-se que nesse paradigma houve a predominância do Executivo devido à incumbência constitucional de intervenção nas práticas econômicas e realização de políticas públicas. Tal quadro repercutiu na criação de múltiplas funções para a Administração Pública que abrangiam desde a regulamentação econômica, realização e prestação de variados serviços públicos até parcela da função normativa do Parlamento. Esse alargamento e o protagonismo da função Executiva foram responsáveis pelo desequilíbrio do princípio da tripartição das funções estatais.

Em que pese a justificativa para a demasiada ingerência estatal girar em torno da promoção e defesa dos direitos fundamentais, verifica-se que a extensão da atuação do Poder Executivo foi imperativa para a inoperância e ineficácia dos serviços públicos. A tecnocracia, o dirigismo estatal e a excessiva burocracia eram limites e, simultaneamente, dificuldades para a realização de uma vasta gama de serviços públicos.

A crise do petróleo na década de 70 do século passado, aliada à globalização econômica fez com que o Estado perdesse o domínio na política econômica e a capacidade de implementação de políticas públicas. Tal panorama afetou a eficácia dos direitos sociais, gerando crises de eficiência, por exemplo, nos setores de saúde e previdência social. (SARMENTO, 2006).

Merece destaque que o enfoque excessivo aos direitos sociais acarretou a prevalência da autonomia pública e dos interesses coletivos em detrimento dos direitos individuais. A sociedade civil foi relegada a segundo plano, o que provocou a desconsideração das manifestações populares e individuais desencadeando, inclusive, uma insensibilidade com relação aos segmentos sociais minoritários.

A ênfase predominante na dimensão econômica da igualdade, tributária do pensamento marxista, acabava relegando a um plano secundário as demandas por reconhecimento de certos grupos portadores de uma identidade própria. A promoção da igualdade era muitas vezes confundida com a imposição de homogeneidade, desprezando-se a necessidade de afirmação da diferença cultural, como condição de sobrevivência de determinados grupos étnicos ou sociais mais vulneráveis. (SARMENTO, 2010, p. 145-146).

Esse contexto de subordinação dos interesses individuais aos coletivos incidiu na tentativa de regulação estatal dos comportamentos individuais e dos grupos sociais. No objetivo de estabelecer a igualdade material, utilizou-se de instrumentos jurídicos que

restringiram e condicionavam o exercício da autonomia privada, interferindo, assim, na esfera do direito de liberdade. Baracho Júnior (2008, p. 33) explica que “[...] a configuração do Estado social esteve voltada para atenuar as diferenças sociais, por meio de instrumentos normativos que interferiam na sociedade civil”.

A distorção da predominância da autonomia pública provocou, indubitavelmente, degenerações na estrutura do paradigma social, expressando-se por intermédio dos Estados totalitários que vigoraram, precipuamente, na primeira metade do século XX. Em suas vertentes tanto de direita (como o regime nazista) quanto de esquerda (o regime socialista) esses estados restringiram demasiadamente as liberdades públicas em nome de hipotéticos interesses coletivos.

Em verdade, a postura intervencionista no setor econômico e na tentativa de promoção dos direitos sociais desvirtuou a relação entre cidadão e o Estado, culminando com a restrição da participação e autodeterminação individual.

Este predomínio da tecnocracia no Estado social produz efeitos deletérios sobre a democracia. Na medida em que se aprofunda a distância entre governados e governantes, e declina a importância de instituições representativas na estrutura estatal, a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela. (SARMENTO, 2006, p. 23).

Habermas, a seu turno, acentua as críticas ao Estado social, no que tange à figura dos cidadãos-clientes. Para esse autor, tais estruturas estatais relacionam-se a “[...] projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social, a fim de garantir a repartição igual da liberdade de ações subjetivas”. (HABERMAS, 2003a, p. 144).

Mesmo diante da desvalorização e depreciação da autonomia individual surgiram a partir da década de 60 do século XX, movimentos sociais, como o estudantil, o pacifista, grupos feministas, os ambientalistas e os afro-descendentes, que reivindicavam a efetivação de seus direitos, principalmente, a realização da igualdade e maior participação política. Iniciava-se, assim, o germe para a formação de políticas de diferenças pautadas pela diversidade dos segmentos sociais. (MOEHLECKE, 2009).

Sendo assim, as distorções e ineficácias jurídicas confluíram na sintomática crise do paradigma do Estado Social, tendo em vista a incapacidade de compatibilizar, concomitantemente, a proteção dos direitos individuais e a concretização dos direitos sociais.

Nesse contexto e de modo irremediável, há novamente a necessidade de revisão do papel do Estado, da Constituição e da sociedade em torno da real efetivação do sistema de direitos fundamentais.

### 3.3 Estado Democrático de Direito

Feitas as considerações relativas aos anteriores paradigmas, impende analisar, com mais afinco, o sistema contemporâneo de direitos fundamentais, precipuamente, a realização do direito à igualdade sob o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito. Tal arcabouço jurídico apresenta uma inovadora compreensão procedimentalista do Direito, de seus princípios e normas constitucionais. De acordo com Baracho Júnior (2008, p. 36), “[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida pelos paradigmas anteriores”.

Nesse sentido, a Constituição Republicana de 1988, em seu artigo 1º<sup>49</sup>, ao consagrar como paradigma, o Estado Democrático de Direito, implantou modificações substanciais na Teoria da Constituição, na interpretação e operacionalização do Direito. Além disso, é necessário ressaltar a contribuição do paradigma da Filosofia da Linguagem no que tange à compreensão do Direito Constitucional contemporâneo e a concepção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, por meio de um processo hermenêutico-concretista delineou-se a reconstrução do significado das normas constitucionais. Elas operam no sentido de procedimentalizar os direitos e garantias fundamentais, que devem passar por uma reconstrução diante do paradigma constitucional, segundo Cruz (2009).

Observa-se que a Lei Fundamental de 1988 inaugura um vasto e complexo sistema de direitos fundamentais, haja vista que são elementos constitutivos e imanentes da estrutura democrática de Estado. Em decorrência desse aspecto, a Constituição deve ser interpretada como o resultado de procedimentos hermenêuticos ininterruptos relativos à reconstrução e efetivação desse sistema de direitos fundamentais. Desse modo, Oliveira (2005) esclarece que a Constituição deve ser compreendida da perspectiva:

[...] de um processo constituinte de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o

---

<sup>49</sup> O artigo 1º da Constituição Republicana de 1988 inaugura a ordem democrática constitucional, estabelecendo os princípios fundamentais do Estado brasileiro e declarando como paradigma o Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988).

sentido performativo do ato de fundação em que membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. (OLIVEIRA, 2005, p. 14).

Cumpramos ressaltar, que a concepção relativa à Constituição e aos direitos fundamentais reporta-se à etapa pós-positivista na qual se encontra o Direito, e que possui um papel central no debate em torno dos princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da igualdade.

Ao realizar uma breve análise, nota-se que a teoria principiológica sofreu profundas mudanças e reconstruções ao longo dos últimos sessenta anos<sup>50</sup>, mais precisamente com a contribuição dos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Em noções gerais, a filosofia positivista considerava que o sistema jurídico era composto somente por regras, já que os princípios eram considerados como fonte subsidiária ou meio de interpretação do Direito, embora estivessem elencados nos textos dos Códigos. Sendo assim, os princípios jurídicos possuíam função supletiva junto ao sistema jurídico (como se denota pela interpretação do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)<sup>51</sup>, pois sua utilização se daria somente quando houvesse lacuna legal e, assim, considerados a última opção do órgão jurisdicional decisório. Os princípios possuíam caráter geral e eram considerados “[...] fruto de processos de generalização operada pela ciência do direito”. (GALUPPO, 1999, p. 192).

O tema dos princípios era discutido sobretudo no âmbito do Direito Privado, onde eles surgiam como princípios gerais de Direito. [...] No campo do Direito Constitucional, a doutrina inseria os princípios no universo das normas constitucionais não auto-aplicáveis, desvestidas de valor jurídico. (SARMENTO, 2006, p. 60).

A filosofia positivista considerava os princípios como espécie de mecanismo de integração do Direito e dotados de parcial normatividade, haja vista que eram destituídos de força vinculante plena.

A onipotência do legislador deveria corresponder ao servilismo judicial, de acordo com a visão esquemática e simplificadora do princípio da separação de poderes, então prevalecente. O que não estivesse explicitamente previsto na lei não era bom direito, não sobrando espaço para os princípios ou para a atuação construtiva do intérprete. (SARMENTO, 2006, p. 71).

---

<sup>50</sup> Cumpramos ressaltar que não perfaz como propósito desse estudo elaborar uma análise detalhada sobre a teoria principiológica, mas tão somente apenas citá-la em breves considerações, com o cuidado de relacioná-la ao estudo do objeto deste capítulo. Para um estudo crítico e aprofundado, recomenda-se as obras seminais: *Hermenêutica Jurídica e(em) debate*, precisamente o capítulo 6, e *A resposta correta*, ambas de autoria do Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

<sup>51</sup> O artido 4º da referida Lei estabelece que na omissão ou lacuna legal, o órgão julgador decidirá de acordo com os costumes, a analogia e os princípios gerais do Direito. (BRASIL, 1942).

A crise do positivismo operou uma reconstrução das ideias concernentes à separação entre o campo jurídico e a moral, atingindo, sobretudo, a Teoria do Direito. Aproximadamente a partir da segunda metade do século XX, iniciou-se a reconstrução da Teoria do Direito no que tange à normatização, modo de aplicação e teorias decisórias, atingindo a concepção relativa aos princípios jurídicos. A grande inovação foi conceber e reinterpretar a norma jurídica como gênero, abarcando duas espécies, quais sejam as regras e os princípios, dotados, a partir de então, de absoluta normatividade.

Em síntese, é possível apreender que os ganhos obtidos pelas Teorias pós-positivistas relacionam-se com a teoria decisória no que tange ao controle dos atos decisórios por meio da argumentação racional. Além disso, houve a inserção de elementos éticos e morais como ganhos de legitimação do direito, tentando, assim, superar o positivismo. (CRUZ, 2011).

Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os direitos a sério* (2002), inova ao tecer críticas ao positivismo, levanta a existência de pontos de aproximação entre normas jurídicas e a moral e questiona o caráter normativo dos princípios ao estabelecer a dicotomia normativa. Posteriormente, Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais* (1993), também desenvolve sua teoria fundada nessa distinção normativa. Acrescenta, ainda, que os princípios seriam normas que possuiriam mandados de otimização, que seriam realizados na melhor medida possível.<sup>52</sup>

Todavia, cumpre asseverar que devido à contribuição do Giro linguístico-pragmático, a dicotomia estabelecida entre regras e princípios passa a ter uma importância reduzida. A conjugação do Direito relacionado à linguagem renovou os conceitos jurídicos, ao concebê-los como termos linguísticos-semânticos indeterminados, que necessitam de esforços argumentativos utilizados durante os procedimentos interpretativo-discursivos.

Por conseguinte, não há uma rigidez conceitual das normas jurídicas, inclusive, as principiológicas, pois seus significados não são conteúdos estáticos anteriormente fixados pelo Estado-legislador. Desse modo, o sentido da norma é algo definido provisoriamente no decorrer dos procedimentos de justificação das normas (processo legislativo) e, precipuamente, nos procedimentos judiciais de aplicação das normas. A aplicação do Direito e definição dos termos jurídicos exigem um trabalho linguístico e contínuo de interpretação e construção do sentido da norma, pautado pela argumentação dos sujeitos processuais e considerando as condições fáticas do caso em questão.

---

<sup>52</sup> Mais uma vez, é necessário esclarecer que esse estudo não pretende tecer considerações detalhadas e abrangentes sobre as teorias principiológicas desenvolvidas pela Teoria do Direito contemporâneo, sob o risco de extrapolar o objetivo traçado para o presente capítulo.

Assim, não há a necessidade de se dicotomizar ou categorizar a norma jurídica em espécies, sob a roupagem de regras ou princípios, sob pena de se retornar ao paradigma filosófico da consciência, reforçando a técnica de ponderação de valores. (CRUZ, 2007).

[...] não se concebe na atualidade uma aplicação do Direito no qual se aplique somente regras ou, de outro lado, uma decisão que aplique somente princípios. No momento em que há a aplicação não há como separar textos legislativos. [...] não há que se sustentar uma “essencial diferença” entre as espécies normativas para que a interpretação se dê em bases pós-positivistas simplesmente porque são todas elas textos normativos. (CRUZ, 2007, p. 310; 321).

Galuppo (1999, p. 192) conclui que os princípios são normas “[...] cujas condições de aplicação não são pré-determinadas”. Como corolário dessa nova perspectiva, o princípio da igualdade,

[...] não pode ser entendido como um princípio substancial, com um conteúdo pré-estabelecido, porque isso não levaria a sério nem sua tarefa de incluir a todos nos discursos jurídicos, nem o fato de que ele é um princípio, uma norma cuja aplicação exige uma avaliação de adequabilidade à situação fática que pretende regular, e exige que todas as outras normas sejam postas de lado para sua aplicação. (GALUPPO, 2006, p. 102).

Diante da peculiaridade desse contexto jurídico, um dos objetivos do sistema constitucional é garantir a efetivação dos princípios, evitando sua hierarquização, pois tais normas demonstram a identidade pluralista das atuais sociedades democráticas.

Os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados previamente ao caso concreto, nem hierarquizados, e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos [...] Nas sociedades pluralistas, em que muitas vezes competem em pé de igualdade argumentos e projetos de vida, a democracia só pode ser levada a sério se considerarmos que os princípios jurídicos são expressões dessa diversidade, e que por isso mesmo concorrem entre si em pé de igualdade, não se podendo estabelecer, *a priori*, uma hierarquia entre si. (GALUPPO, 1999, p. 200; 204).

Portanto, pela visão sistêmica e conjunta dos princípios, a multiplicidade e concorrência principiológica, revelam o pluralismo como identidade constitucional brasileira. (GALUPPO, 1999).

Necessário nesse ponto ressaltar que as sociedades contemporâneas são absolutamente diferentes das antigas sociedades tradicionais. Tais sociedades eram estruturadas em torno de uma visão e vínculos comuns sobre conceitos axiológicos, morais, éticos, religiosos e noções políticas. Essa situação social confluía para a identidade e homogeneidade dos sujeitos, que

possuíam interesses e objetivos convergentes, comungando, assim, com uma única forma de vida digna.

Nesse aspecto, a existência de centros tradicionais, como a Igreja, cumpria o papel de orientação dos indivíduos e controle social. Sendo assim, o consenso, nesse tipo de comunidade humana, era resultado fácil e provável de ser atingido, haja vista a homogeneidade dos valores que pautavam o agrupamento social. (CITTADINO, 2009).

Por outro turno, a heterogeneidade, o sectarismo e o dinamismo são características marcantes da pós-modernidade, que rompe com valores homogêneos e comportamentos sociais padronizados e hegemônicos, aflorando, assim os contrastes individuais e dos grupos sociais.

As sociedades contemporâneas são plurais, multiculturais, complexas e descentradas relativamente a valores éticos (CRUZ, 2001). Sua característica mais marcante é o fato de serem compostas de segmentos sociais e indivíduos que possuem expectativas diferentes, distintos valores morais e religiosos, convicções divergentes sobre questões políticas e crenças ideológicas, múltiplos projetos de vida, diversidades culturais e interesses pessoais heterogêneos, que estão em constante modificação. Todas essas peculiaridades subjetivas devem ser respeitadas e reputadas importantes para a sociedade e o Estado.

O movimento pluralista das sociedades pós-modernas está centrado na autodeterminação do indivíduo, valorizando as identidades individuais e a autonomia privada. Galuppo e Basile (2006, p. 101) afirmam que “[...] uma das características da modernidade é o fato de ela ser fundada no indivíduo, e não mais na comunidade natural”. Sob esse aspecto, o paradigma do Estado Democrático de Direito está perfeitamente em consonância com o novo arcabouço social na medida em que objetiva realizar a emancipação dos sujeitos de direito.

Nesse cenário de fragmentação social, não existem propostas de cunho universalista, unitário e indivisível, pois as diferenças, as peculiaridades e distinções estão dispersas em toda a sociedade. Acrescente-se a isso, a inexistência de nenhum fundamento último de fundo ético-moral que seja capaz de unir os indivíduos em uma forma de convivência coesa e absolutamente harmônica. A Constituição, nesse contexto, não é o resultado de um consenso social e sim a representação das manifestações relativas ao pluralismo e dissensos sociais. (GALUPPO, 2001).

Como a identidade e homogeneidade não são características das sociedades contemporâneas, as divergências e controvérsias são constantes e o risco da produção do

confronto e do dissenso é imanente, pois “[...] ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são seus traços fundamentais”. (CITTADINO, 2009, p.78).

Nessa nova ordem complexa e plural, na qual as relações humanas estão envoltas em diferenças e heterogeneidades, a tolerância e a moderação sociais são fatores essenciais para sustentar a coexistência e convivência entre os homens em regimes efetivamente democráticos, pois “[...] a tolerância torna a diferença possível; a diferença torna a tolerância necessária”. (WALZER, 1999, p. XII).

Uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade pluralista, se for também, uma sociedade tolerante. Pois somente em uma sociedade tolerante é possível a coexistência de projetos distintos sobre como realizar a vida boa e, mais que isto, somente em uma tal sociedade é possível que tais projetos se atualizem na maior medida possível. (GALUPPO, 2001, p. 53).

Desse modo, somente por meio de práticas de tolerância, respeito mútuo, reciprocidade e alteridade (na qual há o reconhecimento de que o outro é portador de direitos) haverá o fomento para a formação de regimes de solidariedade e cooperação social, contribuindo, inclusive, para a realização de consensos. Na opinião de Galuppo (2004), em sociedades multiculturais o único interesse compartilhado é a convivência para obter a colaboração mútua.

Dessa forma, as práticas de tolerância e reciprocidade são fundamentais para que haja uma convivência e interação sociais respeitadas para com as peculiaridades individuais e sociais. As identidades, os interesses divergentes e convicções pessoais dissidentes devem ser respeitados e realizados, a fim de contribuir para a construção de sociedades mais justas e democráticas.

Esse dualismo do moderno e o pós-moderno exige que a diferença seja duplamente acomodada, primeiro em suas versões singulares individuais e coletivas e depois em suas versões pluralistas, dispersas e divididas. Precisamos ser tolerados e protegidos como cidadãos do Estado e membros de grupos. [...] Precisamos, ao mesmo tempo, formar regimes de tolerância de maneira que fortaleçam os diferentes grupos e talvez até incentivem os indivíduos a identificar-se fortemente com um ou mais deles. A modernidade exige, segundo argumentei, uma tensão permanente entre o indivíduo e o grupo, o cidadão e o membro. A pós-modernidade exige uma tensão igualmente permanente com a própria modernidade: entre cidadãos e membros, de um lado, e entre o ser dividido, e o estrangeiro cultural, de outro. (WALZER, 1999, p. 118; 119-120).

Sob essa ótica, a perspectiva pluralista relaciona-se às políticas de valorização das identidades individuais e dos grupos sociais pautadas pelo respeito às diferenças.

Essas políticas surgidas em decorrência do movimento multiculturalista<sup>53</sup> acarretam uma reflexão sobre a utopia iluminista do universalismo, já que a política de relativismo cultural valoriza positivamente as características singulares dos segmentos sociais.

Houve, nesse sentido, uma expansão dos movimentos sociais contra sociedades e culturas dominantes racistas e sexistas que reivindicam reconhecimento nas searas social, política e jurídica, já que por muito tempo, a visão da diferenças e do outro foram fatores de redução e eliminação de direitos.

[...] a diferença era visibilizada para conceber o 'outro' como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). (PIOVESAN, 2008, p. 48).

Era preciso reconhecer a titularidade de direitos pertencentes a grupos minoritários<sup>54</sup> e combater a opressão e exclusão sociais. Para Charles Taylor (1994), a identidade de grupos subalternos e minorias são formadas pelo processo de reconhecimento, haja vista que a inexistência de tal processo pode gerar ou perpetuar a opressão.

Sob essa ótica, cabe a questionamento referente a como considerar e proteger os direitos fundamentais desses segmentos minoritários contra tratamentos discriminatórios ou desiguais, em sistemas democráticos nos quais ainda se aplica o princípio majoritário. Constata-se que esse princípio, desenvolvido em sociedades homogêneas fundadas sob regimes democráticos representativos, desconsidera, muitas vezes, as posições de grupos sociais dissidentes.

---

<sup>53</sup> Paulo Groff e Rogério Pagel (2009) esclarecem que o movimento social denominado de multiculturalismo emergiu, inicialmente, como forma organizada no campo educacional em meados da década de 80 do século passado nos Estados Unidos e Europa Ocidental. O processo de descolonização africano, as lutas dos movimentos pelos direitos civis no território norte-americano fomentaram o debate na área educacional sobre as relações intergrupais e os diferentes segmentos sociais que emergiram e reivindicavam proteção. Groff e Pagel (2009, p. 9) afirmam que “essas experiências, ou melhor, a necessidade de uma forma educacional que visasse a proteção e ao amparo de culturas minoritárias, passo a passo foram desencadeadas pelo mundo, surgindo assim movimentos sociais em prol das minorias, hoje denominados de multiculturalismo”.

<sup>54</sup> A título de esclarecimento, José Adércio Leite Sampaio (2010) explica que grupos sociais minoritários são considerados grupo de indivíduos que residem em determinada localidade e estão unidos em torno de uma raça, religião, língua ou tradições comuns, compartilhando sentimentos de solidariedade e de reprodução dos valores coletivos. Embora possuam a denominação de “minorias”, esses segmentos sociais não são determinados pelo critério quantitativo/numéricos, e sim pela ausência de proteção e consideração do Estado e sociedade para o exercício de direitos fundamentais. Durante o desenvolvimento da civilização humana, constata-se que parcela substancial desses grupos sociais sofreram ou ainda sofrem discriminações em virtude de características peculiares intrínsecas à sua personalidade, como os negros, ou posições político-jurídicas dissidentes cerceando, inclusive, o acesso à representação política. É notório que em decorrência de práticas discriminatórias e exclusivas, tais segmentos sociais ainda ocupam papel secundário e desprestigiado na sociedade da alta modernidade.

Modelos mais antigos de Estados-nação assimilacionistas e homogeneizadores foram crescentemente desafiados e frequentemente cederam espaço a novos modelos multiculturais de Estado. Isso é refletido na propagação de um lardo espectro de direitos das minorias. (KYMLICKA, 2008, p. 217).

Decisões pautadas em critérios quantitativos dominantes podem se tornar mecanismos de controle dos grupos minoritários e uma forma de imposição unilateral dos interesses, idéias e preferências dos grupos dominantes, provocando a coação e o silêncio dos primeiros. (WALZER, 1999).

Ante o exposto, questiona-se a subsistência desse princípio nas atuais sociedades contemporâneas, regulando os processos deliberativos, pois como adverte Eduardo Appio (2008, p. 37), “[...] a regra da maioria pode servir como um instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantando os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais”.

Pode-se inferir que a identificação e maior preocupação direcionadas à proteção e promoção dos direitos de grupos minoritários, vulneráveis e discriminados desenvolveram-se acentuadamente após a II Guerra Mundial. Em decorrência das atrocidades provocadas pelo regime nazista contra as minorias como os judeus, mulheres, deficientes físicos e crianças surge a preocupação de se desenvolver um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, por meio da criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>55</sup>

A reviravolta jurídico-social ocasiona o surgimento de um processo de especificação da identidade dos sujeitos de direitos. Os sistemas jurídicos nacionais e internacionais passam a se preocupar, proteger e reconhecer direitos de grupos sociais que possuem características específicas, como negros, mulheres, crianças, idosos e pessoas portadoras de deficiências. Flávia Piovesan esclarece tal processo de especificação:

[...] ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. (PIOVESAN, 2009a, p. 185).

---

<sup>55</sup> Esse sistema jurídico internacional é composto por tratados internacionais que visam à proteção e promoção de grupos sociais específicos. Pode-se citar como exemplos a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965 e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979.

No que tange a essa questão, Axel Honneth (2003) elabora uma teoria na qual afirma que o Direito (juntamente com as relações afetivas e da solidariedade social) perfaz uma das três formas de reconhecimento recíproco.

A pluralidade das sociedades contemporâneas é o resultado dos processos de formação e desenvolvimento de múltiplos e heterogêneos segmentos sociais. Há nesse sentido, em decorrência das convivências intersubjetivas, o surgimento de conflitos e controvérsias, cujo objetivo principal é reivindicar formas de reconhecimento recíproco jurídico, político e social.

Honneth (2003) explica o que deve ser entendido por luta por reconhecimento:

A vida social tem como um dos seus fundamentos o reconhecimento recíproco. Há processos nas práticas sociais no sentido, de lutas moralmente motivadas de grupos sociais, na tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades. (HONNETH, 2003, p. 156).

A luta por reconhecimento surge devido a experiências vividas pelos grupos sociais pautadas em práticas desrespeitosas, ofensivas física ou moralmente, que geram formas de injustiças ao desconsiderar a titularidade de direitos e rejeitar as identidades individuais ou sociais.

Tal situação de privação do exercício de direitos, além de provocar o desprezo e a exclusão social, também provoca conseqüências psicológicas nesses indivíduos, pois ataca a auto-estima pessoal e subestima suas capacidades, gerando, assim, a noção de que são incapazes de interagir socialmente. Honneth (2003) cita como exemplo o regime escravista, no qual a privação de direitos e exclusão social acarretou uma espécie de ‘morte social’ dos negros.

Todavia, as reações emocionais desencadeadas por essas experiências de negação de reconhecimento, como a vergonha individual ou coletiva, ódio, o desapontamento podem ser fatores motivacionais que influenciam esses grupos para ação. Desta forma, inicia-se uma espécie de resposta convertida em comportamentos de reação social e resistência política, que provocam conflitos e exigem relações ampliadas de reconhecimento, objetivando o aumento e a consolidação da universalidade e igualdade. (HONNETH, 2003).

Nessas reações emocionais de vergonha, a experiência de desrespeito pode tornar-se o impulso motivacional de uma luta por reconhecimento. Pois a tensão afetiva em que o sofrimento de humilhações força o indivíduo a entrar só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade de ação ativa. [...] Simplesmente porque os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação. (HONNETH, 2003, p. 224).

As lutas por reconhecimento, além de possuir como finalidade a efetivação e ampliação dos direitos para grupos que anteriormente eram marginalizados ou desfavorecidos, também podem contribuir para a reconstrução de sentimentos como a auto-estima, autonomia privada, orgulho e pertencimento sociais. Pois, “[...] o indivíduo se sabe aí como membro de um grupo social que está em condição de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os seus demais membros”. (HONNETH, 2003, p. 209).

Nesse sentido, os processos de reconhecimento recíproco para a obtenção de realização dos direitos fundamentais realizam-se por meio do embate político e possuem caráter dialógico e intersubjetivo. Além do que, são processos históricos e gradativos, envolvendo nas últimas décadas “[...] movimentos de auto-determinação dos povos, pacifistas ou não, movimentos pelo reconhecimento de direitos civis de minorias étnicas (negros/índios) e sociais (mulheres/homossexuais), movimentos ecologistas”. (CRUZ, 2009, p. 222).

Há que se enfatizar que a formação de grupos majoritários e minoritários é inerente às sociedades plurais e constitui um processo salutar, em constante dinamismo. As maiorias e minorias são formadas ao longo do exercício dos direitos fundamentais nos processos político-democrático. (OLIVEIRA, 2005).

Nesse sentido, os sistemas jurídicos devem se coadunar com a atual conjuntura de pluralidade. No entendimento de Galuppo (2004), de acordo com a ética discursiva, enquanto a faticidade deve realizar, na medida das possibilidades, os projetos da maioria, a validade deve respeitar e implementar, simultaneamente, os projetos da minoria.

O princípio do pluralismo sócio-político presente nas sociedades democráticas contemporâneas somente será realizado à medida que os direitos individuais dos grupos minoritários sejam observados e promovidos. E a convivência entre grupos sociais majoritários e minoritários deve estar embasada no respeito ao sistema de garantias e direitos fundamentais, garantidos pela jurisdição constitucional.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> A jurisdição constitucional, como já anteriormente relatado, teve papel fundamental no combate das práticas racistas e na implantação do direito à igualdade nos Estados Unidos. Com relação ao sistema jurídico brasileiro, a invalidação de atos emanados do Poder Legislativo violadores da Constituição foi inicialmente estipulada na Constituição de 1891. Contudo, somente no decorrer do século XX e, principalmente, com o advento da Constituição de 1988 a função judiciária foi incrementada e redefinida no que tange ao comprometimento e primazia na defesa e promoção dos direitos fundamentais. A partir desse momento, a jurisdição constitucional desenvolveu-se mais intensamente e ganhou contornos vultosos e indispensáveis para a observância e realização do sistema de direitos fundamentais. Nesse sentido, constata-se que em decorrência das práticas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, alguns de seus julgados provocam a ampliação do debate nos ambientes sociais e políticos e acarretam a reflexão dos valores, comportamentos sociais e normas jurídicas. Ou seja, a consolidação da jurisdição constitucional tende a contribuir e amadurecer as práticas democráticas brasileiras.

No tocante a esse assunto, deve-se abrir espaço para relatar sumariamente a distinção doutrinário-filosófica entre duas vertentes relativas ao pluralismo.<sup>57</sup>

A primeira vertente do pluralismo relaciona-se com a filosofia política liberal, na qual existem e devem ser respeitadas as concepções individuais e visões diferenciadas dos cidadãos sobre os estilos de vida. Tal vertente valoriza a abrangência de variadas identidades individuais que, por conseguinte, deságuam na valorização da autonomia privada. O objetivo principal é assegurar e garantir para cada homem que possa realizar seus projetos e interesses de vida.

Esses, por sua vez, estariam protegidos pelos direitos humanos, quais sejam os individuais e pela posição neutra do Estado, que asseguram as diferentes concepções subjetivas individuais diante do procedimento público na esfera pública. Essa nuance pluralista considera a existência de um caráter inviolável das liberdades públicas e da subjetividade das concepções individuais de vida. “O processo democrático estará sempre restringido pelos direitos e liberdades individuais. A soberania popular e a legislação democrática dela decorrente estão, portanto, limitadas pelo espaço dos direitos individuais.” (CITTADINO, 2009, p. 131).

Por outro lado, a segunda nuance do pluralismo é correlata à matiz filosófica republicana. De acordo com essa vertente, a sociedade atual está fragmentada em diversos grupos sociais com identidades e culturas étnicas e religiosas próprias, que visam ao ideal de justiça relacionado aos mesmos valores compartilhados socialmente. Sob essa ótica, a autonomia pública prevalece em detrimentos dos direitos individuais, no sentido de defender e propiciar a participação dos cidadãos na deliberação de assuntos de interesses coletivos. Neste caso, ao contrário da visão liberal, não deve haver neutralidade estatal, pois o Estado pode proporcionar tratamentos diferenciados para cidadãos que compõem grupos culturais distintos com identidade sociais variadas.

No entanto, o que se percebe, é que nas sociedades contemporâneas, cada vez mais heterogêneas, multiculturais e complexas há uma tensão subjacente entre as duas linhas filosóficas políticas, na tentativa de ora predominar o ideário liberal (representado pelos

---

<sup>57</sup> Cumpre ressaltar, que o presente trabalho não pretende analisar e estabelecer detalhadamente as minúcias acerca das distinções entre as duas visões do pluralismo estabelecidas pelos liberais e comunitaristas. Além de ser uma função ampla e exaustiva, fugiria ao objetivo central e aos limites deste estudo. Para isso, recomenda-se a leitura da obra de Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*, 4.ed., Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2009.

direitos humanos), ora prevalecer a filosofia política republicana (referente à soberania popular).

Em se tratando do sistema jurídico-constitucional brasileiro, torna-se necessário a uma reconstrução da ordem jurídica e do Estado, no que tange à questão das autonomias pública e privada. Durante o desenvolvimento dos paradigmas anteriores, essas modalidades de autonomia foram tratadas e compreendidas sob uma visão estanque e até mesmo divergente.

Nesse sentido:

O grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito liberal, nem a partir de uma autonomia pública no nível do Estado, conforme o Estado social. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 35).

Dessa forma, é preciso conciliar as duas vertentes pluralistas e reinterpretá-las como complementares. Elas se relacionam entre si e não há como se desfazer de uma em detrimento de outra sob o risco de degeneração do regime democrático. Ou seja, deve-se valorizar, concomitantemente, a liberdade e as concepções subjetivas individuais de vida digna e os segmentos sociais com seus valores particulares.

A necessidade de compatibilização se dá em decorrência da valorização do desenvolvimento da autonomia privada dos indivíduos, sem ingerências desnecessárias acerca dos valores, visões e interesses individuais e desenvolvimento de projetos pessoais. Mas também valorizar a soberania popular, pois ela cria e incentiva o desenvolvimento de canais de comunicação entre os indivíduos nos processos de deliberação a fim de que contribuam para as decisões que envolvam o interesse público. Ambas as autonomias são garantias para a realização mútua do sistema de direitos fundamentais, pois “[...] os cidadãos, ao darem-se conta de sua autonomia pública, têm que estabelecer os limites da autonomia privada, a qual qualifica as pessoas privadas para o seu papel de cidadão”. (HABERMAS, 2003a, p. 157).

Ao congruar as duas vertentes pluralistas cria-se a oportunidade de assunção da equiprimordialidade entre as autonomias privada e pública. Pois, não existe relação de concorrência ou hierarquia entre a soberania popular e os direitos humanos.

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadão de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. (HABERMAS, 2003a, p. 147).

Considerar a idéia de equiprimordialidade entre as esferas pública e privada, é fator fundamental para superar a tradicional dicotomia existente entre Estado e sociedade civil

imane em nos paradigmas anteriores, e influenciar, sobremaneira, os discursos de justificação e aplicação do Direito. Pois, “[...] os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno”. (HABERMAS, 2003, p. 133).

Diante desse panorama, a Constituição Republicana de 1988 possibilitou a construção de liames mais sólidos entre sociedade, indivíduo e aparato estatal, abrindo uma perspectiva de uma maior interação entre eles, ao instituir canais de comunicação mais eficazes, repercutindo, assim, na interpretação e aplicabilidade dos direitos fundamentais. Nessa acepção a Constituição torna-se um documento capaz de estabelecer um liame interno e complementar entre direitos fundamentais e soberania popular, autonomias pública e privada. (OLIVEIRA, 2003).

É importante perceber e promover o nexu entre as liberdades subjetivas e a autonomia pública, no sentido da ligação subjacente interno entre democracia e direitos fundamentais. De acordo com Oliveira (2003, p. 12): “O Direito só se legitima como um meio para a garantia equânime da autonomia privada e da autonomia pública, de direitos individuais e de direitos políticos.” Desse modo, tanto os direitos individuais quanto os direitos de participação do cidadão nas deliberações políticas são essenciais no que tange à legitimidade do sistema jurídico contemporâneo e a consolidação do regime democrático.

Na medida em que há o respeito da autonomia privada e dos direitos individuais e o incentivo para a participação nos processos de deliberação política cria-se o fenômeno da autolegislação, já que o cidadão torna-se simultaneamente autor e destinatário da norma.

A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. (HABERMAS, 2003, p. 139).

Tendo em vista o risco do dissenso nas sociedades contemporâneas, a participação dos sujeitos livres em simétrica paridade na formação e o desenvolvimento de procedimentos discursivos é fator que pode contribuir para se atingir o consenso. Ele somente pode ser alcançado por meio da tolerância, do respeito e por meio de procedimentos discursivos de formação da opinião e da vontade, nos quais haja a prevalência dos melhores argumentos racionais. Michael Walzer corrobora com esse entendimento, e na sua visão, a melhor resposta para o pluralismo é “[...] a própria política democrática, onde todos os membros de

todos os grupos são (em princípio) cidadãos iguais que precisam não apenas discutir entre si mas também, de algum modo, chegar a um acordo”. (WALZER, 1999, p. 126).

O debate amplo e irrestrito por meio das ações comunicacionais entre indivíduos proporciona a deliberação sobre assuntos de interesses de todos, pois “[...] o direito que criamos é legítimo porque criado para regular nossa própria vida”. (GALUPPO, BASILE, 2006, p. 101).

A legitimidade das normas e instituições decorre da criação de oportunidades para que os cidadãos livres manifestem sua soberania popular participando e deliberando sobre assuntos de seu interesse nos procedimentos democráticos. Tais processos somente tomarão vulto e consistência na medida em que os indivíduos, enquanto sujeitos de direitos, possam compreender que são ao mesmo tempo autores e destinatários das próprias normas, capazes de gerirem suas vidas. Essa é a noção de emancipação e autolegislação inerente ao paradigma procedimental, que encoraja e assegura a participação de todos os indivíduos e segmentos sociais na esfera pública, utilizando sua autonomia política para que possam cooperar para a formação das decisões nos procedimentos de formação da opinião e vontade.

A autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. [...] só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. (HABERMAS, 2003a, p. 146).

Portanto, o fenômeno jurídico da autolegislação deriva dos procedimentos democráticos deliberativos, nos quais há a abertura para que os sujeitos interessados participem em condições equitativas formulando argumentos racionais e contribuindo para a formação legítima do Direito. Os indivíduos atingidos pelos efeitos dos provimentos estatais devem participar e, assim, contribuir para as decisões. “O Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que poderia controlar os riscos de dissenso, garantindo a estabilização de expectativas de comportamento, e a um só tempo, produzindo legitimidade.” (OLIVEIRA, 2004, p. 530).

Segundo Habermas, o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito procura preservar e garantir condições para a realização de procedimentos democráticos. Dessa forma, o atual paradigma pode ser entendido como “[...] a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da

opinião e da vontade, a qual possibilita por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”. (HABERMAS, 2003a, p. 181).

Nesse aspecto, o redimensionamento do papel do indivíduo inserido no regime democrático-participativo enseja uma reconstrução da concepção de cidadania como um dos fundamentos inerentes do atual paradigma de Estado democrático. No entendimento de José Alfredo de Oliveira Baracho:

A participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder. Essa participação é consagrada através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes. (BARACHO, 2006, p. 118).

A cidadania está relacionada à consideração de que cada indivíduo é titular de direitos de participação democrática nos procedimentos de construção dos provimentos estatais, atuando como precursor e responsável pelas decisões de interesse coletivo. Pois, como receptor e destinatário dos efeitos desses provimentos, torna-se o principal interessado em participar e contribuir, em condições igualitárias no processo de formação da opinião e vontade, para a construção dos discursos de justificação e aplicação do Direito.

Desse modo, o atual contexto jurídico provoca a necessidade do debate e o estudo do princípio da igualdade, reconstruído e reinterpretado sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito. O atual paradigma superou a concepção de igualdade predominante nos paradigmas anteriores, uma vez que o direito à igualdade não deve mais ser compreendido apenas como uma igualdade formal clássica, que fundamentou o Estado Liberal burguês, e nem como igualdade material, ao tratar desigualmente aqueles que são considerados desiguais.

Diante da vertente procedimentalista, inserida nas sociedades contemporâneas multiculturais e plurais, o direito à igualdade deve ser interpretado como o direito de considerar e valorizar as características peculiaridades inerentes a determinados segmentos sociais historicamente marginalizados. Conjugado a tal perspectiva, está o dever de promover o acesso desses grupos aos procedimentos democráticos deliberativos de formação da opinião e da vontade, visando incluí-los no processo de produção legítima do Direito. Pois, a legitimidade do Direito se assenta na participação e consentimento de todos os envolvidos e afetados pelo provimento normativo.

O paradigma procurado tem que adequar-se à descrição mais apropriada das sociedades complexas; deve fazer jus à idéia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais; e superar o propalado

particularismo de uma ordem jurídica que perdeu o seu centro ao tentar adaptar-se à complexidade do contexto social, a qual não foi bem compreendida e faz com que (o direito) se dissolva no momento em que recebe um incremento. (HABERMAS, 2003a, p. 129).

A reintrepretação e reconstrução do direito à igualdade acarreta a nova abordagem, no sentido de proporcionar a inclusão e participação dos interessados, sobretudo os segmentos sociais minoritários (que se encontram em posições vulneráveis e desprestigiadas) nos procedimentos deliberativos de criação, aplicação e interpretação do Direito. Tal situação favorece as possibilidades de diálogo, pois os interessados contribuem com seus argumentos, ampliando, assim as condições discursivas e isonômicas na construção de uma democracia participativa. Nesse sentido, Habermas (2003) assevera que os procedimentos que normatizam o Direito estão calcados no princípio da democracia inserido em sociedades composta de sujeitos livres e iguais, que se reconhecem reciprocamente e possuem a capacidade da autodeterminação para contribuir em decisões de interesses coletivos.

A noção de igualdade deixa de se centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito. Logo, o Constitucionalismo Contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos. (CRUZ, 2009, p. 11).

Dessa forma, para que haja a igualdade procedimental nos procedimentos de formação democrática do Direito tornam-se necessários a identificação e reconhecimento jurídico dos indivíduos e grupos sociais. A luta pela igualdade de direitos que norteia o atual paradigma está intimamente ligada à luta pelo reconhecimento e inclusão.

A inclusividade democrática é o primeiro projeto modernista. Podemos imaginar a política da esquerda democrática nos dois últimos séculos como uma série de lutas pela inclusão: judeus, trabalhadores, mulheres, negros e imigrantes de muitas espécies diferentes atacam e fendem os muros da cidade burguesa. No decurso da luta, criam fortes movimentos e partidos, organizações para defender-se e avançar em conjunto. Mas, quando entrem na cidade, entram como indivíduos. (WALZER, 1999, p. 111-112).

Isso porque igualdade perfaz a noção de alteridade e tolerância e se concretiza por meio da inclusão do outro, seja considerado sob o ponto de vista individual ou grupos sociais. Pois, de acordo com Walzer (1999, p. 117), “[...] se não experimentarmos a igualdade de um modo vigoroso, não poderemos sequer reconhecer a alteridade”.

É preciso considerar que os indivíduos possuem valores e projetos de vida divergentes, e, sob esse aspecto, a igualdade deve ser interpretada também como direito a exteriorizar

diferentes comportamentos sociais e visões político-ideológicas que podem co-existir harmonicamente. Esse contexto de heterogeneidade social pode, muitas vezes, ser um fator contribuinte para a formação de um consenso legítimo.

Igualar os indivíduos requer a observância da alteridade conjugada ao respeito das diferenças e diversidades individuais. Sarmiento (2010) explica que:

Torna-se evidente então, que o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação aos seus concidadãos exige uma postura de profundo respeito e consideração à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente. O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade. (SARMENTO, 2010, p. 146).

Tal vertente isonômica provocou uma reformulação no papel do Estado sob a égide do paradigma procedimental. O ente estatal não pode mais ser considerado a única instituição legítima capaz de estabelecer um estilo de vida padronizado e processos de homogeneização dos comportamentos sociais impedindo a realização plena do direito à liberdade e de participação dos cidadãos nas decisões estatais.

O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada aos 'valores sociais'. (SARMENTO, 2010, p. 65).

Não obstante tal explanação, nota-se que certos segmentos sociais, como os negros, mulheres, portadores de necessidades especiais, ainda não conseguiram realizar o direito à igualdade em sua plenitude.

Especificamente com relação aos negros, as incontáveis experiências passadas de opressões e práticas de natureza discriminatória (respaldadas, inclusive, por normas estatais) contribuíram para que processo histórico de construção da sociedade e do Estado brasileiros fosse trilhado sob bases excludentes, injustas e intolerantes. Como observa Michael Walzer (1999), as práticas intolerantes, muitas vezes, não se manifestam por meio de massacres, expulsões ou eliminação de grupos e sim, concretizam-se mediante atos de discriminação, rejeição e humilhação.

A discriminação é exercida primariamente como um atentado à igualdade e só de forma reflexa atinge outros bens. [...] A restrição da liberdade (ou patrimônio) consiste em mero instrumento para o exercício da opressão, porque o que se pretende é expressar uma menos-valia em relação a essas pessoas, retirando-lhes a auto-estima e o auto-respeito. (APPIO, 2008, p. 218).

Devido às características genuínas e circunstâncias sociais, os negros foram excluídos juridicamente do sistema de titularidade de direitos. Não houve um processo de reconhecimento da identidade negra sob bases igualitárias e nem a criação de oportunidades para que contribuíssem para a formação das decisões envolvendo seus próprios interesses.

A despeito do estabelecimento de uma ordem jurídica aparentemente livre e igualitária entre os brasileiros, assentada numa falsa premissa de democracia racial, constata-se que as desigualdades sócio-econômicas provocadas pela inoperância estatal e associadas a práticas discriminatórias, privam a minoria negra do exercício dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição.

Não obstante, constata-se que mesmo com o compromisso jurídico do Estado brasileiro (seja nas Constituições ou em documentos internacionais) em proibir e combater as discriminações raciais<sup>58</sup>, tais dispositivos não possuem eficácia jurídica, tendo em vista que não são suficientes para impedir as práticas discriminatórias raciais. Ao longo desse período, adotou-se um comportamento neutro, apenas tentando reprimir ou atenuar o preconceito racial através de legislações que imputam ao agente a responsabilidade criminal pelos atos intencionais discriminatórios.<sup>59</sup>

Nesse aspecto, a utilização exclusiva de legislação repressiva não tem sido satisfatória para eliminar e alterar a cultura discriminatória que ainda impera no Brasil. Essa cultura consiste numa espécie de entrave no que tange à mobilidade social no negro e repercute, assim, na forma de distribuição da renda entre brancos e negros e na estrutura das classes sociais.

Michael Walzer (1999) explica que certos grupos minoritários (o que inclui a grande parcela da população negra) permanecem na denominada “pobreza invisível”. Esses segmentos fornecem à sociedade os trabalhadores para serviços braçais (lixeiros, empregados de serviços gerais) como também para os subempregos, desempenhando, assim, funções que uma parcela substancial da população não quer assumir. Tal pobreza favorece a continuação do desrespeito social e a persistência de práticas discriminatórias. “Os outros cidadãos, sem dúvida, se resignam com sua presença, mas essa não é a espécie de resignação que conta

---

<sup>58</sup> Normas repressivas a práticas racistas estão contidas nos textos constitucionais desde a Constituição de 1934. No que tange à ordem jurídica internacional, o Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que foi promulgada pelo decreto nº 65.810 de 8/12/1969.

<sup>59</sup> Posteriormente a Lei nº 7716/89 regulamentou tal dispositivo constitucional e estabelece em seu artigo 1º (com redação dada pela Lei 9459/97) que serão punidos os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A Lei de Diretrizes e Bases ( nº 9394/96) também proíbe hostilidades e práticas intolerantes relativas à diversidade social.

como tolerância, pois vem acompanhada de que esse grupo fosse invisível.” (WALZER, 1999, p. 77).

O advento da Constituição Republicana de 1988 desencadeou um processo ainda incipiente de alteração dessa conjuntura. Embora esse documento possua dispositivos que proíbem a violação de direitos fundamentais, motivadas por cor e raça<sup>60</sup>, ele estabeleceu um marco regulatório e protetivo ao considerar como relevantes as diferenças e características peculiares de alguns segmentos sociais, como os negros, idosos, índios e homoafetivos. A Lei Fundamental de 1988 preocupou-se com a questão racial, não somente estabelecendo normas que repudiam práticas racistas, como também, estipulando uma série de atos promocionais relativos ao direito de igualdade dos negros<sup>61</sup>, numa tentativa de promover e valorizar a cultura negra. Para Oliveira, (2006, p. 144), a abordagem constitucional é no sentido da inclusão social, “afinal, o texto da Constituição Brasileira de 1988 não somente não fala de exclusão, senão se pronuncia contra ela, principalmente nos títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais”.

A idéia de inclusão implica um tratamento igualitário no respeito e consideração das diferenças do outro, considerando-o como sujeito titular de direitos, dotado de capacidades e devendo ser tratado com igual consideração e respeito. Dessa forma, a reconstrução do princípio da igualdade envolve, sem dúvida, a igualdade aritmética, pois na “[...] na modernidade, a igualdade é um conceito aritmeticamente inclusivo, ou seja, sempre que o maior número de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, estaremos criando igualdade e não desigualdade”. (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 102). A efetividade do princípio da

---

<sup>60</sup> O repúdio a práticas preconceituosas raciais está inicialmente estipulado no preâmbulo e tal concepção se reproduz ao longo do texto constitucional, como no artigo 3º, IV que determina como um dos objetivos do Estado brasileiro o combate ao preconceito e outras formas de discriminação; o art. 4º VIII que estabelece a repulsa ao racismo em âmbito internacional; o art. 5º, XLII criminaliza a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, por fim, o artigo 7º. Inciso XXX que veda a discriminação racial no serviço público referente a política salarial e critérios de admissão. (BRASIL, 1988).

<sup>61</sup> As medidas legais que visam a promover o segmento social negro estão contidas, por exemplo, nos: Artigo 215, no parágrafo 1º da Constituição de 1988 que estabelece que o Estado deve proteger as manifestações das culturas afro-brasileiras e o parágrafo 2º do mesmo artigo que permite a fixação de datas comemorativas de alta significação para os segmentos sociais como, o dia da consciência negra comemorado no dia 20 de novembro. Artigo 216, parágrafo 5º da Constituição de 1988 estabelece tombamento dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. E o artigo 242, parágrafo 1º que estipula que o ensino de história do Brasil levará em conta das contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro. (BRASIL, 1988).

igualdade objetiva densificar e concretizar o ser humano na condição que ele é, no sentido de que sejam especificados os sujeitos de direitos, enxergados em suas singularidades e particularidades e não considerá-lo como um ser abstrato. Disso decorre que “[...] a igualdade impõe a necessária identificação das diferenças dos seres humanos, requisitando uma especialização de natureza subjetiva de modo a resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados”. (SAMPAIO, 2010, p. 244).

Há que se relegar as antigas concepções igualitaristas, que idealizaram o indivíduo considerado como um ser abstrato, pois “[...] o indivíduo mirado pelas codificações burguesas era um ser desenraizado, visto fora das relações sociais nas quais está imerso”. (SARMENTO, 2006, p. 91). Para além disso, o homem não pode ser considerado fruto de uma ficção baseada na abstração liberal burguesa e nem um sujeito generalíssimo, com incapacidades que devem ser supridas totalmente pela atuação de um Estado onipresente e assistencialista.

A igualdade aritmética, estendida pela universalização dos direitos a todos os homens, é um conceito inclusivo de igualdade, que exige que o maior número possível de pessoas (idealmente, a humanidade, mas, pelo menos, os cidadãos) seja incluído pela proteção jurídica. (GALUPPO, 2006, p. 101).

O direito à igualdade abarca um amplo espectro, abrangendo as vertentes formal, material e, inclusiva, relacionada ao direito à diferença de grupos sociais em sociedades plurais. Cittadino (2009) explica que as normas estabelecidas nessas sociedades:

[...] irão assegurar um igual tratamento para grupos homogêneos, tanto quanto um tratamento diferenciado para grupos diversos. Nas sociedades democráticas contemporâneas, é da conexão interna entre direitos humanos e soberania popular que decorrem as normas que levam em conta tanto a desigualdade das condições sociais de vida quanto as diferenças culturais. (CITTADINO, 2009, p. 137).

Desse modo, as acepções igualitárias perpassam a igualdade perante a lei (destinada ao aplicador do direito, vedando a utilização de discriminações ou privilégios) e ligam-se critérios sócio-econômicos que propiciem melhores oportunidades materiais aos indivíduos. Porém, a igualdade sob o enfoque do paradigma procedimentalista implica promoção da igualdade inclusiva, no sentido do reconhecimento de identidades e tratamento diferenciado dos grupos vulneráveis, orientado por critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça.

Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, [...] devem ser vistas com especificidades e peculiaridades de sua condição social. (PIOVESAN, 2008, p. 49).

Nesse aspecto, observa-se que para a implementação do direito à igualdade é necessário o auxílio do Estado, no sentido de atuação ativa e promocional, contrariamente à postura neutra do Estado liberal, que valorizava a sociedade meritocrática.

Embora os negros constituam uma grande parcela da população brasileira, essas vertentes do direito à igualdade ainda não foram substancialmente efetivadas. Nota-se a ausência de reconhecimento jurídico da identidade dos negros enquanto grupo social detentor de direitos fundamentais. Essa situação contribuiu para impedir o acesso e participação dos negros na participação nos procedimentos deliberativos envolvendo interesses coletivos, o que acarretou a sub-representação política nas esferas pública e privada. Walzer (1999) observa que a subordinação política das minorias, acompanha, muitas vezes, a subordinação econômica e, no caso em questão, a intolerância racial desempenha função importante nas duas situações: “A combinação de fraqueza política, pobreza e estigma racial cria problemas de extrema dificuldade para o regime de tolerância.” (WALZER, 1999, p. 76).

Esse cenário faz concluir que, além da necessidade de processos de reconhecimento social e jurídico da comunidade negra, é fundamental a criação de mecanismos de inclusão formais e materiais para que haja uma maior participação dos negros nos procedimentos dos discursos de justificação e aplicação do Direito. Dessa forma atenua-se o déficit de legitimidade que abarca a democracia representativa, aproximando-se do ideal participativo. A igualdade, nesse sentido, concretiza-se na expansão e criação de oportunidades para deliberação nos assuntos de interesse coletivo, dirigida à comunidade negra, tornando, assim, condição de possibilidade para que o Direito seja legítimo. (CRUZ, 2009).

A pretensão do paradigma de Estado democrático perpassa a criação de condições para que todos os cidadãos participem igualitária e dialogicamente na construção das decisões do poder público, que afetam a todos. E, nesse sentido, tal contexto procedimentalista desencadeado pela Constituição “[...] impõe um reconhecimento de uma nova relação Estado/Sociedade, que tem por finalidade a criação de uma sociedade mais inclusiva”. (CRUZ, 2009, p. 202).

De acordo com a Constituição Republicana de 1988, a igualdade é um princípio, como também uma meta a ser atingida, e nesse sentido, a leitura hermenêutica mais apropriada dos direitos fundamentais direciona-se para a abrangência da titularidade a todos os cidadãos, que se respeitam e consideram mutuamente. A interpretação da titularidade de direitos perpassa as concepções de reciprocidade e alteridade, nas quais há a compreensão e o reconhecimento do outro como sujeito de direitos, que deve ser tratado e considerado isonomicamente:

Não se trata, propriamente, de direitos que o Estado atribui aos cidadãos, mas de direitos que esses precisam reconhecer uns aos outros, porque, no Estado Democrático de Direito, o direito não prevê um critério estatal definitivo para se determinar a legitimidade das normas jurídicas, devendo essas ser constantemente avaliadas pela sociedade civil, sua guardiã. (GALUPPO, BASILE, 2006, p. 100).

Por conseguinte, a partir dessas considerações, as políticas de ações afirmativas educacionais, direcionadas aos negros, devem ser admitidas como medidas públicas plenamente condizentes com o atual paradigma, objetivando ampliar, mediante o direito à educação, o acesso da minoria negra excluída aos espaços de discussões e participação democrática das decisões.

Nesse sentido, tais políticas são interpretadas, sobretudo, como mecanismos de reconhecimento e inclusão de uma parcela de cidadãos, no caso específico os negros, no sentido de efetivar a igualdade aritmética em sociedades plurais e diversificadas.

A auto-identidade que se atribui uma sociedade pluralista, só é inteiramente compreendida se o direito que a interpreta reconhece que essa sociedade tem de querer, mesmo que paradoxalmente, realizar simultaneamente os projetos de vida distintos, ainda que tais projetos alternativos requeiram, em algumas situações, uma aplicação especial do direito, justificada pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ações afirmativas. (GALUPPO, BASILE, 2006, p. 101-102).

Por fim, com essas observações, restou demonstrada a pertinência e a profundidade da ligação entre o princípio da igualdade e as políticas de ações afirmativas, que serão objeto de oportuna e adequada análise no capítulo subsequente.

## 4 AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS EDUCACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 Premissas históricas

Após o percurso traçado, é fundamental tecer algumas considerações acerca do debate sobre a constitucionalidade das políticas de ações afirmativas<sup>62</sup> no sistema jurídico brasileiro como forma de implementação do princípio da igualdade.

Analisando os fatos históricos, nota-se que as ações afirmativas foram consideradas uma espécie de solução para o problema de segregação e a desigualdades raciais que existiam nos Estados Unidos na segunda metade do século passado.

A preocupação com medidas que visassem uma maior promoção e inserção dos negros nos setores sócio-econômicos dos Estados Unidos decorreu do período posterior ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Com a participação dos Estados Unidos junto aos Aliados nesse conflito armado, houve uma grande remessa de soldados brancos para combater no *front*, já que em decorrência do sistema *Jim Crow* os negros eram proibidos de integrar as Forças Armadas.<sup>63</sup> Assim, era necessário efetivar medidas que acomodassem os negros no mercado de trabalho, em funções anteriormente ocupadas pelos brancos, haja vista que até aquele momento aos negros eram reservadas apenas funções subalternas no mercado profissional norte-americano. (KAUFMANN, 2007).

Em uma breve síntese histórica, observa-se que as políticas de ações afirmativas surgiram durante o período de combate na Segunda Guerra, por meio da *Executive Order* nº 8.806 emitida pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt em 25 de junho de 1941. Esse decreto proibia práticas de discriminações raciais na contratação de funcionários pelo governo federal e pelas empresas bélicas que possuíam contrato com a Administração Pública. Criou também um órgão, *Fair Employment Practices Commission*, encarregado de investigar essas práticas no mercado. (MENEZES, 2001).

Entretanto, foi a partir da década de sessenta do século passado que essas políticas de inserção dos negros foram implementadas efetivamente no direito estadunidense.

---

<sup>62</sup> O termo “ação afirmativa” surgiu nos Estados Unidos, no entanto, existem atualmente múltiplas nomenclaturas utilizadas pelos sistemas jurídicos e pela literatura jurídica para designar esse tipo de medida, tais como: discriminação positiva, políticas de preferência racial, políticas de diferença, políticas compensatórias, políticas de inserção, medidas reparatórias ou, de acordo com Ronald Dworkin (2005), diretrizes ou políticas de admissão sensíveis à raça. Luther King utilizava a expressão ‘programas compensatórios especiais’, ao fazer uma analogia com o tratamento especial dirigido aos veteranos da guerra.

<sup>63</sup> O fim da proibição de ingresso dos negros no Exército decorreu de um decreto presidencial emitido pelo Presidente Truman em 1948. (KAUFMANN, 2007).

A expressão “*affirmative action*” – ação afirmativa surgiu textualmente na Ordem Executiva nº 10.925, editada pelo então Presidente John Kennedy em 1961. Esse ato presidencial criou a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego – *Equal Employment Opportunity Commission*, um comitê administrativo que objetivava estudar as relações de trabalho no governo federal e combater a discriminação racial, religiosa, étnica. Tal órgão determinava que projetos particulares financiados por verbas federais obrigavam-se a criar empregos e realizar contratações isentos de tendências raciais, efetivando, assim, uma política de não-discriminação. (MAGNOLI, 2009). As empresas particulares contratadas pelo governo estavam proibidas de discriminar e deveriam utilizar “ações afirmativas” para incluir grupos sociais minoritários no processo de contratação e praticar atos não-discriminatórios durante a relação empregatícia. Desse modo, o comitê executivo objetivava identificar e revisar políticas estatais segregacionistas e implantar uma política neutra com o intuito de que a raça não fosse fator de impedimento e segregação.

Roberta Kaufmann (2007) observa que embora o termo “ação afirmativa” fora utilizado nesse ato legal, seu intuito inicialmente era apenas o combate à discriminação racial.

Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas. É que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação, em uma sociedade desenvolvida sob os auspícios do sistema *Jim Crow*, já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra. (KAUFMANN, 2007, p. 171).

Nesses termos, verifica-se que a iniciativa de políticas afirmativas surgiu, primeiramente, por atos oriundos da Administração Pública federal direcionados para o mercado de trabalho do setor público ou privado. Foram medidas concebidas para a contratação e licitação de obras públicas baseadas na concessão de tratamento especial para os negros.

Esse momento inicial de formatação dessas medidas, juntamente com a edição da Lei de Direitos Civis – *Civil Rights Act* em 1964, foram os resultados mais notórios do movimento dos direitos civis, liderado por Martin Luther King e outros ativistas negros.

Essa legislação tratou especialmente do combate às variadas modalidades de discriminações, como empregatícia, religiosa, contra negros, indígenas, deficientes e no

acesso à educação. E proibia a discriminação em lugares públicos como teatros, cinemas, hotéis, restaurantes, lojas, escolas, programas governamentais.<sup>64</sup>

Entretanto, a questão interessante e inovadora de tal regimento, foi atrelar a distribuição de recursos públicos à observância dos objetivos emanados dessa Lei, no que tange ao combate às múltiplas práticas discriminatórias exacerbadas com o regime de segregação racial. Dessa forma, proibiu programas, atividades e estabelecimentos públicos ou privados, financiados por verbas públicas federais de praticar qualquer tipo de discriminação baseada na raça, sexo, etnia.

A partir desse ato legal surgiu a “*Spending Clause*” – cláusula de dispêndio da Constituição, que inova ao conceber a filosofia de que os recursos públicos devem se coadunar com questões que envolvem interesses coletivos. Essa medida consistia na maneira indireta da União combater atos discriminatórios raciais, pois forçava os estados-membros (cujas instituições de ensino públicas ou privadas recebiam verbas públicas federais) a pautar-se pela diversidade e integração de grupos minoritários na área educacional. Caso essas instituições não observassem tais determinações era retirado o auxílio financeiro governamental.

Com base na cláusula de dispêndio, o Estatuto conclama todos os agentes federais com poderes de liberação de verbas públicas federais a exigir garantias dos beneficiários de tais recursos de que cumprirão à risca as normas antidiscriminação previstas no Estatuto autorizando-lhes ainda, expressamente, a ameaçar suspender a liberação dos recursos em caso de descumprimento. (GOMES, 2001, p. 119).

No ano de 1965, foi emitida outra Ordem Executiva de nº 11.246 no mandato do Presidente Lyndon Johnson. Tal legislação era semelhante à primeira e acrescentava punição aos infratores para combater as práticas discriminatórias que ainda persistiam. Tal decreto determinava a obrigação para o particular que realizasse contratos com a Administração Pública de desenvolver práticas não-discriminatórias e promocionais de inclusão das minorias. Ou seja, os negócios particulares realizados com a Administração Pública estavam condicionados à contratação de determinadas minorias e ao oferecimento de condições de progresso na carreira. (GOMES, 2001).

---

<sup>64</sup> A promulgação de tal legislação provocou efeito contrário ao desejado, pois fez eclodir manifestações violentas e raciais, lideradas pela Ku Klux Klan contra os negros, em várias partes dos Estados Unidos durante o ano de 1967. Tal conturbação social foi agravada com o assassinato de Luther King em 1968, já que os negros estavam receiosos de fossem novamente injustiçados por medidas segregacionistas.

Ainda no mandato de Johnson foi promulgada a Lei de Direito ao Voto – *Voting Rights Act*, que permitia aos negros exercerem ativa e passivamente os direitos políticos efetivando, assim, a Décima Quinta Emenda da Constituição.<sup>65</sup>

No entanto, foi no governo do Presidente Richard Nixon que consolidou-se a ideologia de que deveriam existir medidas mais eficazes que promovessem a inclusão dos negros. Nixon, por meio das políticas editadas durante seu mandato, desejava promover o ‘*black capitalism*’.

As preferências raciais foram aceitas mais ou menos sem resistências, na medida em que se acomodavam perfeitamente à noção sedimentada do *melting pot*, ajudando os negros a encontrarem para si mesmos um lugar proporcional no condomínio de raças da sociedade americana. Junto com a difusão dessas políticas, disseminou-se o uso do termo afro-americano, no lugar de negro. (MAGNOLI, 2009, p. 128).

No estado americano da Filadélfia havia reiterados desrespeitos na aplicação da referida Lei de Direitos Civis, haja vista que as empresas de construção civil e sindicatos negavam-se a criar oportunidades iguais de empregos para candidatos negros. Foi por meio da edição do Plano da Filadélfia em 1969, que os projetos de ‘ação afirmativa’, em torno de políticas de inserção dos negros na área sócio-econômica começaram a tomar vulto. Tal plano estabelece diretrizes, metas e cronogramas com porcentagens, criando espécie de ‘cotas’. Magnoli (2009, p. 86) observa que “na acesa polêmica que se seguiu, Nixon negou que tentasse impor cotas e o Congresso deu suporte à posição do Presidente”.

Ainda no mandato de Nixon, a Ordem Executiva nº 11.458 de 1968 objetivava estimular a mobilização das empresas privadas, Administração Pública, fundações, universidades e associações para o desenvolvimento e expansão de empresas pertencentes às minorias. A Ordem Executiva nº 11.625 de 1971 obrigava as agências federais a formularem programas para o fomento de negócios das minorias, tendo como um dos critérios a raça para a contratação de fornecedores do governo. Posteriormente, em 1973, foi editado o “Guia de práticas de empregos estaduais e locais” que estipulava um sistema de metas quantitativas e verificáveis pela iniciativa privada (quando se relacionava com o governo) na contratação de empregados.

---

<sup>65</sup> Assim, estabelece a XV Emenda constitucional: “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão”. (ESTADOS UNIDOS, 1787).

Na opinião de Magnoli (2009), em que pesem as Ordens Executivas editadas anteriormente<sup>66</sup>, foi durante o mandato de Nixon que houve a implantação efetiva de políticas de discriminação positiva nos Estados Unidos.

Os democratas tornaram-se hegemônicos no eleitorado negro durante os governos Kennedy e Johnson. Quando Nixon, com o Plano da Filadélfia, tentou recuperar o espaço perdido pelos republicanos entre os negros, os democratas abraçaram as políticas de ações afirmativas e passaram a reclamar o estatuto de pioneiros, reinterpretando o significado da Lei de Direitos Civis de 1964. (MAGNOLI, 2009, p. 88).

Entretanto, ressalta-se que a criação das medidas de Nixon não foram acompanhadas de uma teoria robusta que reconstruísse sob outros fundamentos o direito à igualdade. Kaufmann (2007) informa que eram medidas que possuíam como finalidade principal diminuir os conflitos existentes e restaurar a ordem social, ao conceder algumas ‘vantagens’ para a população negra. A autora cita um trecho do discurso de Nixon no qual justificava a formulação tais medidas, pois “[...] pessoas que possuem as próprias casas não irão incendiar a nossa vizinhança”. (KAUFMANN, 2007, 176). Existe ainda a crítica de que o modo de elaboração dessas políticas não foi legítimo e contou com a participação dos representantes populares, já que tais medidas não foram formuladas inicialmente pelo Congresso e sim por agências governamentais do Poder Executivo federal.

Observa que inicialmente as ações afirmativas voltaram-se para o mercado de trabalho e foram direcionadas para os grupos minoritários que sofriam as mais variadas discriminações e reivindicavam tratamento igualitário de oportunidades. Feres acrescenta que “[...] a ação afirmativa desde o seu nascedouro já era formalmente aberta a qualquer grupo ou minoria que pudesse apresentar-se como vítima de discriminação por raça, cor, credo ou origem nacional”. (FERES JÚNIOR, 2006, p. 52).

Ronald Dworkin (2005), ao analisar a experiência norte-americana, explica que os programas sensíveis à raça foram concebidos para ajudar grupos raciais (como negros e hispânicos) em posições desvantajosas. Tais programas deveriam propiciar a abertura de oportunidades educacionais e profissionais, e assim contribuir para reverter o quadro de desigualdade que afetava essas minorias.

Posteriormente, a partir da década de 70 do século passado, as medidas positivas desenvolveram-se com mais fluência para a minoria negra, com sua expansão para as três

---

<sup>66</sup> Observa-se que grande parte da doutrina de direito constitucional brasileira sustenta a versão tradicional que as ações afirmativas começaram no governo Kennedy, com a continuação pelo seu sucessor Lyndon Johnson, em decorrência da emissão das referidas Ordens Executivas.

instâncias federativas. Foram elaboradas normas que proibiam a discriminação racial, fixavam metas e tentavam inserir grupos minoritários (como negros e indígenas) no mercado de trabalho e na área educacional. O desenvolvimento dessas medidas no setor de ensino objetivava a proporcionar um maior ingresso de alunos pertencentes às minorias nas universidades promovendo, assim a diversidade e inclusão raciais.

Inicia-se a partir desse período, a implantação de programas de ações afirmativas nas instituições de ensino, no sentido de considerar o critério racial dos estudantes no processo seletivo dessas instituições. A raça “[...] convertia-se em fator relevante na admissão às universidades, que desenvolveram suas próprias metas quantitativas e cotas destinada a minorias”. (MAGNOLI, 2009, p. 86).

Tais políticas de preferências raciais expandiram e consolidaram-se nas áreas de emprego, iniciativa privada e educacional, nos governos subseqüentes dos democratas Jimmy Carter (1977-1981) e, posteriormente, Bill Clinton (1993-2000). No governo Carter, inclusive, foi promulgado pelo Congresso o *Public Works Employment Act* que estipulava que 10% das concessões governamentais deveriam ser destinadas a empresas cujos proprietários compunham grupos minoritários, como os hispânicos, afro-descendentes e orientais.

No entanto, cumpre salientar, que o foco central girava em torno da área educacional, no sentido de formular programas que criassem sistemas de admissão nos processos seletivos orientados por critérios raciais. O objetivo era criar iniciativas de diversidade étnico-racial e cultural e fomentar o equilíbrio racial nas escolas secundárias do ensino médio e superior, baseados na doutrina do multiculturalismo. Como informa Magnoli (2009, p. 90), “[...] de acordo com a lógica do multiculturalismo, as amplas coalizões sociais deveriam dar lugar a organizações e movimentos específicos, delineados em função de interesses de cada minoria”.

No sistema norte-americano tornou-se comumente o Poder Executivo federal utilizar-se da “cláusula de dispêndio da Constituição”. A condição para a liberação de verbas orçamentárias estava relacionada na realização pelos Estados e universidades públicas de certas medidas impostas pela União. Estabelecimentos de ensino (inclusive privados) que recebessem verbas públicas deveriam promover a inserção de grupos minoritários nos seus quadros discentes e docentes, levando em conta fatores como raça e gênero nos procedimentos seletivos.

A ampliação das políticas de preferências raciais acarretou o surgimento uma série de ações judiciais contestando essas medidas. De um modo geral, questionavam o processo seletivo e argumentavam que estabelecer reserva de vagas aos negros nos processos seletivos violava o direito à igual proteção contido na XIV Emenda constitucional.

A Suprema Corte norte-americana por meio de suas decisões determinou o fim da segregação racial e de uma forma geral, sustentou tais políticas até meados de 1980, declarando-as constitucionais.<sup>67</sup> Nota-se que, impulsionada pelo movimento de direitos civis e pelos decretos do Poder Executivo federal, houve um esforço da Suprema Corte no sentido de reinterpretar o direito à igualdade em torno da dimensão reparadora e inclusiva para a população negra. A finalidade voltava-se para a exigência de “[...] prestações governamentais aptas a reparar os danos causados pela discriminação racial sofrida no passado e a assegurar uma genuína igualdade de oportunidades daí para o futuro”. (JERÓNIMO, 2008, p. 413).

O caso paradigmático *University of Califórnia versus Bakke*, [438 U.S. 265(1978)] de 1978, foi a primeira oportunidade da Suprema Corte de se pronunciar sobre a política de preferência racial e analisar sua constitucionalidade. Em breve síntese, Allan Bakke era candidato a uma vaga na faculdade de medicina da Universidade da Califórnia, que utilizava um programa de admissão com critério racial, reservando vagas deste curso aos estudantes componentes de minorias. Todavia existiam falhas na concepção do programa, já que “[...] para as dezesseis vagas reservadas só podiam concorrer as minorias, mas o inverso não era verdadeiro, ou seja, as minorias também podiam concorrer a uma das 84 vagas restantes!”. (GOMES, 2001, p. 105).

Bakke, estudante branco, viu-se preterido duas vezes ao não conseguir uma vaga, embora possuísse notas melhores do que os negros que entraram por via das cotas. Ele ajuizou uma ação mandamental no Tribunal de Primeira Instância de Califórnia requerendo sua admissão junto àquela universidade. Bakke, fundamentado na XIV Emenda e no título VI do *Civil Rights Act*, alegava que seu direito à igualdade fora violado já que o programa de admissões da universidade havia lhe excluído com base na sua raça.

O caso foi parar na Suprema Corte e seu veredicto de 5 a 4 determinou a anulação do programa dessa universidade e ordenou a admissão de Bakke no curso. Todavia, a mesma decisão declarou que as ações afirmativas podem ser legítimas e compatíveis com a Constituição (não violando a XIV Emenda) desde que observados certos requisitos. No entendimento da Corte, os planos de admissão sensíveis à raça não podem utilizar o fator

---

<sup>67</sup> Cumpre ressaltar que não perfaz a pretensão deste trabalho a análise de todos os casos judiciais envolvendo políticas de ações afirmativas que tramitaram na Suprema Corte. Para esse propósito, indica-se a leitura das obras: O direito à diferença, de autoria de Álvaro Ricardo de Souza Cruz; Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito, de Roberta Kaufmann e Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade, de Joaquim Barbosa Gomes e A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano, de Paulo Lucena de Menezes.

racial como único fator seletivo, devendo ser conjugado com outros critérios. Ou seja, tal instituição estava proibida de criar um sistema de cotas fixas para raça ou grupo. A decisão ainda estabeleceu que tais políticas devem ter como finalidade a diversidade racial entre os discentes.

Essa parte da decisão continua sendo como um dos fundamentos para a criação e sustentação dos programas e tornou-se referência para a própria Corte e demais tribunais nos vinte anos seguintes, pois estabeleceu os limites e critérios para a adaptação e compatibilidade das políticas afirmativas com a ordem constitucional norte-americana. (GOMES, 2001).

Posteriormente, em 1980 no caso *Fullilove versus Klutznick*, [448 U.S. 448(1980)] a Corte confirmou a constitucionalidade de uma lei federal que destinava 10% do orçamento de obras públicas a contratos com empresas cujos proprietários eram minorias. A decisão tentava remediar a discriminação de fato que sofriam os empresários pertencentes a grupos minoritários. De acordo com a Suprema Corte, o Congresso não poderia agir de modo neutro e “cego” diante da cor.

Já em 1989, a Corte no caso *Richmond versus Croson* [488 U.S. 469 (1989)] julgou inconstitucional uma lei municipal que reservava 30% do orçamento de obras públicas para a contratação de empresas cujos proprietários fossem negros. A decisão estabeleceu que uma discriminação do passado não poderia dar ensejo a um uso inflexível de cotas.

Em 1996 no caso *Hopwood versus University of Texas Law School* a decisão suspendeu o programa de ação afirmativa para o ingresso na Universidade do Texas. A Corte remeteu o processo para a instância inferior a fim de que os requerentes brancos rejeitados pudessem ter a oportunidade de ajuizar uma ação de reparação de danos materiais. O valor da indenização foi estipulado em cerca de um dólar, já que existia probabilidade mínima dos requerentes serem admitidos nessa instituição, mesmo diante de políticas de neutralidade racial.

Entretanto, a decisão posterior no caso *Grutter versus Bollinger*, sobre o processo seletivo com reserva de vagas na Universidade de Michigan, invalidou o precedente do caso *Hopwood* e admitiu o uso da raça como critério acessório no processo de seleção.

Em 1999 no caso *Adarand Constructors versus Pena* [515 U.S. 200 (1995)] a Corte determinou a vedação de cotas em um programa federal e questionou a legitimidade das políticas fundadas em critérios raciais e da classificação racial dos americanos.

Porém, foi em 2007, no caso *Parents versus Seattle* que houve a proibição da utilização de critérios raciais nos processos admissionais das escolas secundárias.

Em 2003, a Suprema Corte analisando caso envolvendo a Universidade de Michigan, determinou que a raça não pode ser o único critério de admissão na universidade, devendo ser conjugado a outros fatores, proibindo, assim, cotas rígidas.

Nota-se que um dos fatores que contribuíram para a mudança de orientação jurisprudencial da Suprema Corte, foi a vitória do Partido Republicano para a Presidência da República dos Estados Unidos. A gestão conservadora dos Presidentes Ronald Reagan e George Bush refletiu na posição da Corte, já que passou-se a declarar a inconstitucionalidade das políticas afirmativas. Esses Presidentes foram responsáveis pela nomeação dos ministros Antonin Scalia e Clarence Thomas<sup>68</sup> para a Suprema Corte e do secretário de Justiça William Bradford Reynolds. Esses juristas possuem posições jurídicas ortodoxas e são contrários às ações afirmativas, acreditando que tais políticas são uma espécie de ingerência indevida do Estado na economia. A partir desses governos, houve uma retração na postura da Suprema Corte quanto à constitucionalidade das ações afirmativas, embora, deva-se ressaltar, que existe uma divisão de entendimento sobre essa questão na composição atual deste Tribunal.

As decisões ambivalentes da Corte tentavam compatibilizar o princípio da igualdade com a vedação da discriminação de fato, medidas correccionais e promocionais da diversidade social<sup>69</sup>, pautadas inclusive por argumentações diversas.

Influenciados pelas decisões da Suprema Corte, que restringiam o alcance das ações afirmativas, universidades e estados da federação tomaram medidas que proibiam essas políticas. Em 1995, a Universidade da Califórnia proibiu a utilização do critério racial para o ingresso nos seus cursos e o Estado da Califórnia em 1997, por meio da proposição 209,

---

<sup>68</sup> O paradoxo na postura de Clarence Thomas é que ele é negro, de origem humilde, nascido no estado da Geórgia (que possui um contundente histórico de repressão e discriminação racial) e milita contra causas promovidas por movimentos de defesa dos direitos dos negros norte-americanos. Sua postura jurídica, muitas vezes, é motivo de protestos populares. Em 2002 e 2008 professores e alunos da faculdade de Direito da Universidade da Geórgia protestaram contra a realização de palestras proferidas por ele nesse estado. Uma das últimas situações constrangedoras envolvendo a figura de Thomas foi o protesto veemente feito por advogados e juízes contra a sua presença como orador na inauguração de um tribunal na cidade de Augusta (Geórgia) ocorrida no início de 2011. O edifício que abriga o tribunal foi batizado com o nome do falecido juiz John Ruffin Jr. (ativista do movimento negro americano) e para os protestantes a convocação de Thomas como orador foi uma espécie de desonra para a militância negra e o próprio Ruffin. (PORFÍRIO, 2011).

<sup>69</sup> É necessário ressaltar que a postura da Suprema Corte, mais uma vez, foi decisiva no sentido de implementar ou revogar as políticas de ações afirmativas. Tal comportamento jurídico gerou, inclusive, a discussão em torno do ativismo judicial, pois os críticos interpretaram tais decisões como uma espécie de ingerência indevida da Corte (ao tratar de assuntos de caráter político) na área legislativa. O caso sintomático para ilustrar tal questão é *United States v. Paradise* [480 U.S. 149(1987)] no qual uma organização de promoção dos direitos dos negros questionou a política do Departamento de Segurança Pública do estado do Alabama que discriminava e excluía os negros de pertencerem ao quadro da corporação policial. A decisão de primeira instância determinou que esse Departamento no momento de contratação de policiais brancos deveria fazê-lo na mesma proporção com os negros, até que a representação dessa minoria atingisse 25% na corporação. Tal provimento judicial foi confirmado posteriormente pela Suprema Corte, pois para esse Tribunal, o Judiciário tem o dever de mitigar os efeitos discriminatórios do passado e combater a discriminação racial no futuro.

ratificou tal vedação, ampliando-a no sentido de que os critérios racial, sexual e étnico não poderiam ser utilizados no tratamento diferenciado do indivíduo no serviço público, educação pública e contratações públicas.<sup>70</sup> (DWORKIN, 2005).

Proibição semelhante foi editada em Washington em 1998 pela Iniciativa 200 e em Michigan em 2006, que aboliram os programas de ação afirmativa vedando a discriminação ou o oferecimento de tratamento preferencial por parte das instituições públicas com base na raça, sexo, cor, grupo étnico dentre outros fatores.

Embora a nova Lei de Direitos Civis de 1991 tenha criado um órgão administrativo colegiado – *Glass Ceiling Commission* cujo objetivo é identificar os empecilhos e propor a adoção de medidas que criem oportunidades de acesso das minorias a posições de comando e prestígio na área privada, tal legislação reduziu mecanismos de concessão de preferências raciais. (GOMES, 2001).

Em que pese a proibição do implemento das discriminações positivas, foi em decorrência do debate jurídico sobre a questão racial que várias universidades e centros de estudos transformaram suas grades curriculares e criaram programas cujos objetos de estudos envolvem segmentos sociais minoritários, em torno de conteúdos sobre gênero, raça, orientação sexual e etnias. Exemplos disso são a Universidade do Texas, que em 1970 criou o Centro de Estudos Mexicano-Americanos e a Universidade de Chicago que implantou em 2005 o Centro de Estudo de Raça, Política e Cultura.

Apesar da experiência norte-americana em ações afirmativas ser a mais notória, deve-se esclarecer que a Índia é o país que detém a mais antiga experiência com esse tipo de política, remontando ao período colonial inglês. Após a independência, tais políticas foram consignadas na Constituição indiana de 1950, que estipulou um sistema de reservas de vagas nas áreas educacional e Administração Pública, com vistas à proteger os grupos sociais mais vulneráveis como os dalit (intocáveis). (SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008).

Observa-se que outros países também implantaram programas de preferências raciais, como a África do Sul e Angola, sendo que tais programas possuem a peculiaridade de serem direcionados aos negros, comunidade que perfaz a maioria da população desses países.

Angola tem implementado gradativamente programas informais de cotas na contratação de funcionários na iniciativa privada.

---

<sup>70</sup> Dworkin (2005) informa que após essa norma ser editada, a Faculdade de Direito de Boalt Hall, em Berkeley (que recebia em média aproximadamente 28 alunos negros) no ano 1997 possuía apenas um aluno negro em seu quadro discente. A Faculdade do Texas no ano de 1996 admitiu 31 alunos negros e após a decisão do caso *Hopwood*, cuja decisão proibiu a política de ação afirmativa nessa universidade, admitiu apenas 4 em 1997.

E a África do Sul, após uma lenta e complexa transição política decorrente da eliminação do regime de *apartheid* racial e da eleição de Nelson Mandela em 1994, iniciou um processo de implantação de políticas de ação afirmativa estabelecidas na Constituição de 1996. Essas medidas são dirigidas a comunidade negra, que compõem aproximadamente cerca de 90% da população sul-africana. (SILVA, 2006).

Neste país existia uma distinção entre instituições de ensino superior voltadas à população branca, financiadas e mantidas pelo governo, e entidades educacionais direcionadas aos negros. Com a mudança do regime político, houve um processo de fusão dessas instituições, embora as universidades brancas de alto nível e duas universidades negras ainda permanecem demarcadas a seu público.

A Constituição sul-africana estabeleceu a “discriminação justa”, por meio de programas de ação afirmativa educacional<sup>71</sup> cuja finalidade é atingir a igualdade racial nas universidades. Criaram-se metas raciais com o objetivo de proporcionar uma maior diversidade e equilíbrio étnico-raciais nos corpos discente e docente proporcionando, assim, o acesso de africanos negros e indianos ao ensino superior. (SILVA, 2006).

Ulteriormente, tal programa de discriminação positiva voltou-se para o mercado de trabalho (privado e público). Na área empresarial houve um incentivo para o aumento do número de empresários negros, ao encorajar os proprietários brancos a venderem suas ações aos negros. “O governo definiu a meta de transferir um quarto do capital das grandes empresas para a propriedade de não-brancos até 2014. Paralelamente, fixou o objetivo de que ‘negros’ ocupem pelo menos 40% dos cargos gerenciais no conjunto das empresas.”<sup>72</sup> (MAGNOLI, 2009, p. 243).

#### **4.2 Ações afirmativas e sua legitimidade constitucional**

As reminiscências provocadas pelo regime escravocrata ainda persistem no Brasil e se concretizam nas práticas discriminatórias que, ressalte-se, ainda não foram eliminadas por

---

<sup>71</sup> O termo “ações afirmativas” é pouco utilizado na África do Sul, haja vista que existe o receio por parte das autoridades africanas de associar tais políticas às polêmicas sócio-jurídicas vivenciadas pela experiência norteamericana. A nomenclatura mais comumente utilizada é “políticas de reparação” devido à dívida histórica que existe para com os negros. Sendo assim, aceitá-los nas universidades seria uma forma de reparar essa dívida, retificando os atos do passado. (SILVA, 2006).

<sup>72</sup> Constata-se que mesmo diante do empenho do governo sul-africano, ainda existem dificuldades de efetivação de tais ações afirmativas. Tal dificuldade exemplifica-se nas críticas dirigidas à seleção sul-africana de rúgbi, campeã mundial em 1995 e foi composta por apenas dois negros.

completo da sociedade brasileira. Sob esse aspecto, não se pode olvidar que o quadro de desigualdade racial entre negros e brancos no Brasil é um dos reflexos dessa conjuntura. Ou seja, a discriminação racial é um dos fatores contribuintes para o quadro de desequiparação sócio-racial, dificultando e impedindo a fruição dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à educação.

Na área educacional, existem práticas de assédio moral e *bulling* (que consistem em ofensas verbais e piadas) praticados por estudantes brancos, e até mesmo professores, contra alunos negros. Tais atos podem afetar psicologicamente as vítimas, provocando dificuldade de concentração durante as aulas, evasão escolar e levando, inclusive à reprovação. É a denominada discriminação encoberta, prática que atinge a auto-estima dos estudantes negros acarretando baixo rendimento escolar. (CARDOSO, 2008). Diante desse panorama negativo, aliado à baixa renda financeira das famílias negras, alcançar o conhecimento proporcionado pelo ensino superior é uma tarefa difícil para o estudante negro.

Dessa forma, os negros já ingressam no mercado de trabalho portando uma situação cultural e educacional deficitária em relação aos brancos, já que não tiveram acesso às mesmas oportunidades educacionais. Como um movimento em cadeia, isso se reflete na desvalorização das ocupações e funções trabalhistas e nas diferenças salariais concretizadas na desigualdade da remuneração entre brancos e negros que realizam a mesma função. Carlos Hasenbalg ressalta que, “[...] a avaliação de atributos não produtivos, como a cor das pessoas, resulta na exclusão ou no acesso limitado a posições valorizadas no mercado de trabalho”. (HASENBALG *apud* GUIMARÃES, 2006, p. 261-262). Ou seja, os efeitos presentes relacionados à discriminação concretizam-se na tendência de “[...] sempre reservar a negros e mulheres os postos menos atraentes, mais servis do mercado de trabalho como um todo ou de um determinado ramo de atividade”. (GOMES, 2001, p. 20). Tal situação causa o efeito da desigualdade sócio-econômica entre negros e brancos.

Sendo assim, é mister o implemento de ações e políticas empreendidas pelo Estado ou pelos particulares, objetivando a promoção e inclusão da minoria negra na área da educação superior, e que, conseqüentemente, causará reflexos no mercado de trabalho.

Nesse sentido, as políticas de ações afirmativas devem ser consideradas medidas promovidas pelo Estado ou pela iniciativa privada objetivando integrar e inserir na área social e econômica determinados grupos sociais que historicamente foram discriminados com base em condições pessoais como raça, gênero, idade, deficiências físicas ou mentais. Essas políticas são dirigidas para as áreas educacional, o mercado de trabalho (iniciativa privada),

Administração Pública (servidores públicos, contratações e licitações) e podem se expressar também em programas de apoio e incentivo aos grupos minoritários.

Importante frisar que a singularidade das políticas de ações afirmativas está no fato de que as características pessoais referidas acima deixam de ser fatores determinantes para a exclusão social, e tornam-se critérios para a efetivação de medidas promocionais visando ao direito de igualdade. Dessa forma, o Estado renuncia à política tradicional de neutralidade, e passa a considerar fatores como raça, gênero, idade, em processos seletivos educacionais, trabalhistas, licitatórios. Joaquim Barbosa Gomes explica que “[...] ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação de suas decisões”. (GOMES, 2001, p. 39). Assim, grupos sociais historicamente segregados pelo Estado e sociedade, como negros, mulheres, idosos, portadores de necessidades especiais, tornam-se beneficiários de tratamentos jurídicos diferenciados, a fim de se atenuar as disparidades sociais nas quais se encontram e efetivar o direito à igualdade.

Cumprido elucidar que as ações afirmativas são espécies de mecanismos que:

[...] pretendem corrigir desigualdades socioeconômicas procedentes de discriminação, atual ou histórica, sofrida por um grupo de pessoas. Para tanto, concedem-se vantagens competitivas para membros de certos grupos que vivenciam uma situação de inferioridade a fim de que, num futuro estipulado, esta situação seja revertida. Assim, as políticas de ação afirmativa buscam, por meio de um tratamento temporariamente diferenciado, promover a equidade entre grupos que compõem a sociedade. (BERNARDINO, 2002, p. 256-257).

Daí que as ações afirmativas inauguram um novo parâmetro em termos de políticas públicas, pois não estão ligadas às tradicionais políticas inibitórias ou repressivas de práticas discriminatórias, e sim, combatem a discriminação com medidas inclusivas, promocionais e de renivelamento social. Tais políticas devem ser interpretadas como medidas públicas ou privadas que visam combater a posição neutra e, muitas vezes, omissiva por parte do Estado em não combater e atingir com veemência os efeitos dessas práticas discriminatórias nas mais variadas nuances, como a racial, de idade, de orientação sexual.

Nesse sentido, essas políticas são consideradas como discriminações lícitas ou positivas, tendo em vista sua permissão e aceitabilidade pelo sistema jurídico. Essa modalidade de discriminação considera certas peculiaridades pessoais como fatores promocionais e inclusivos para os componentes de grupos sociais vulneráveis. Dessa forma, essa discriminação legítima pode ser compreendida como uma forma de combater práticas

discriminatórias ilícitas e minimizar a desigualdade racial. Joaquim Barbosa Gomes explica que a discriminação positiva consiste em:

[...] dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *'mainstream'*, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. (GOMES, 2001, p. 22).

De um modo geral, a justificação tradicional das políticas de ação afirmativa são desenvolvidas com base em duas teorias: da justiça compensatória e da justiça distributiva.

A teoria compensatória fundamenta uma gama variada de programas de ações afirmativas nos Estados Unidos<sup>73</sup> e relaciona-se à justiça histórica. Tal teoria está firmada no argumento de que sociedades que experimentaram práticas escravagistas e de dominação de certos grupos sociais deve compensá-los pelos prejuízos e danos ocorridos no passado em virtude da discriminação. “De acordo com essa concepção, compensa-se uma pessoa ou grupo por um dano que lhe foi causado por outro grupo no passado.” (GOMES, 2001, p. 63). Ou seja, há o objetivo de reparar as injustiças cometidas aos negros decorrentes do regime escravocrata, cujos efeitos ainda perduram no presente. Com o fim da escravidão, a liberdade dos negros, por si só, não foi eficaz de elevá-los a um patamar equivalente ao dos brancos.

Seria uma espécie de responsabilidade civil, pois considera-se o cometimento de lesões a outra pessoa e, assim, o dever de reparar o dano, retornando a vítima ao *status quo ante*.

No entanto, existem críticas a tal raciocínio, já que essa teoria é problemática e cria um descrédito para com as políticas de preferência racial.

Primeiramente é um equívoco interpretar a teoria compensatória como semelhante à doutrina da responsabilidade civil. Nessa teoria o ressarcimento é realizado diretamente para a vítima e deve ser pago por quem ocasionou o dano, já que a culpa do agressor é intransferível aos seus descendentes. Entretanto, no caso dos negros, a reparação seria efetuada por pessoas que não realizaram diretamente o ato danoso, ou seja, a responsabilização recairia aos brancos descendentes de pessoas que no passado foram proprietários de escravos. Por meio desse raciocínio, corre-se o risco de causar prejuízos a pessoas que não participaram de eventos danosos e nem tenham se beneficiado com a discriminação racial. Conforme assevera Dworkin (2005), a responsabilização dos brancos por crimes e comportamentos motivados

---

<sup>73</sup> O Presidente Lyndon Johnson comungava com tal teoria, utilizando-a em seu discurso para os formandos da Howard University em 1965. (FERES JÚNIOR, 2006).

pelo critério racial cometidos por seus ascendentes é um equívoco, pois uma raça não “deve” compensar a outra.

A teoria compensatória não poderia ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo- o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas – não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas. (KAUFMANN, 2007, p. 223).

E acrescenta-se, que somente a vítima (que sofreu o dano diretamente) pode reivindicar a reparação de quem efetivamente cometeu o ato ilícito. Mas, nesse caso a reparação seria direcionada àqueles que necessariamente não sofreram o dano. Em um país miscigenado como o Brasil, torna-se tarefa difícil identificar os beneficiários da compensação e seus agressores<sup>74</sup>, já que a geração atual dos negros não foi vítima direta da escravidão.

Assim, as políticas indenizatórias para reparar a dívida histórica da sociedade em relação a determinadas categorias não seriam legítimas. Isto porque, em termos de compensação pelo dano sofrido, somente aqueles que foram diretamente lesionados poderiam pleitear a reparação correspondente, e contra quem efetivamente ocasionou o prejuízo. (KAUFMANN, 2007, p. 223).

Além do mais, é difícil comprovar o dano individual, pois a questão racial envolve a estrutura estatal e a sociedade como todo.

Dworkin (2005) refuta tal teoria, ao afirmar que a compensação de indivíduos ou grupos não é objetivo do ensino superior, especialmente quando ele utiliza políticas de critérios raciais em seus processos seletivos.

A ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo, e os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas individuais de nenhuma injustiça no passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por

---

<sup>74</sup> Curiosamente, houve um projeto de lei federal nº 3.198/2000, (foi pensado a outro projeto de lei nº 6.912/2002) de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim, que previa a obrigatoriedade do Estado brasileiro compensar cada descendente de escravo no valor de R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais). Entretanto, coadunando com as críticas acima levantadas, questiona-se: como se originaria essa vultosa receita e existiria dificuldade de se realizar a prova de descendência do escravo, pois o projeto em si não havia especificado como se faia essa prova. (KAUFMANN, 2007). Posteriormente, em 2005 algumas organizações ligadas ao movimento negro levantaram a possibilidade de uma proposta de reparação em decorrência do regime escravista, em forma de indenizações pecuniárias individuais para os negros. Houve a solicitação de uma “[...] abertura de ação coletiva contra a União, por danos materiais e morais causados pela escravidão, e estimou-se o valor das indenizações em cerca de dois milhões de reais por pessoa”. (MAGNOLI, 2009, p. 330).

injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós. (DWORKIN, 2005, p. 606).

Por fim, a teoria compensatória volta-se ao passado reafirmando a necessidade de reparações retroativas aos negros, vistos como vítimas e espécie de prisioneiros da história.

Sob uma tal perspectiva, os ‘brancos’, como raça, escravizaram e comercializaram os ‘negros’, também entendidos como raça. O crime de tráfico, que teve as dimensões de um genocídio, passa a constituir um ato da ‘raça branca’ e, como consequência, a ‘raça negra’ torna-se credora de uma reparação histórica. (MAGNOLI, 2009, p. 332).

Todavia, apesar das ações afirmativas serem mecanismos que surgiram em decorrência dos efeitos das práticas escravagistas, essas políticas são voltadas para o futuro, já que possuem um considerável grau de potencialidade para serem instrumentos legais de inclusão social. Possuem, portanto, um caráter prospectivo. Ou seja, as discriminações positivas não devem ser interpretadas como atos compensatórios das práticas escravagistas do passado.<sup>75</sup>

A outra teoria é a justiça distributiva e consiste na necessidade de redistribuição isonômica de direitos, bens, riquezas e oportunidades promovida pelo Estado para os componentes desfavorecidos da sociedade. Nesse processo distributivo, busca-se amenizar as incongruências relativas à práticas discriminatórias passadas. “Nesse sentido, o Estado passaria a redistribuir os benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetuaram no passado.” (KAUFMANN, 2007, p. 225).

De acordo com esse raciocínio, determinados segmentos minoritários da sociedade teriam o direito de requerer vantagens, benefícios, direitos e bens aos quais teriam acesso, caso não sofressem algum tipo de discriminação.

Daí que a adoção de ações afirmativas consistiria em:

[...] outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de redistribuição. (GOMES, 2001, p. 67-68).

---

<sup>75</sup> Observa-se que essa é a atual posição da Suprema Corte dos Estados Unidos, que rejeita a utilização da teoria da justiça compensatória para justificar medidas de ação afirmativa.

Desse modo, em decorrência da desigualdade presente, o Estado intervém por meio de políticas públicas para redirecionar a distribuição de bens e riquezas entre os cidadãos. Tal processo redistributivo exige o descarte da postura neutra estatal, que passa a considerar critérios como raça, sexo, idade, etnia. Seria, por conseguinte, uma forma de implementar a igualdade material, tentando reequilibrar as relações sócio-econômicas.

A primeira crítica que se faz à teoria refere-se à questão do prejuízo, pois há uma espécie de compartilhamento desse ônus entre os que não foram contemplados com essa redistribuição.

Outra crítica, é a impossibilidade de se identificar as variadas iniquidades sociais e econômicas que foram resultado das práticas discriminatórias raciais e sexuais. (GOMES, 2001). Além do mais, o argumento de justiça social, muitas vezes, relaciona-se com as políticas redistributivas próprias do paradigma do Estado Social. Daí que, equivocadamente, as ações afirmativas são na maioria das vezes interpretadas como uma espécie de política paternalista que visa à igualdade material.

No entanto, é imperioso frisar que as ações afirmativas devem ser reinterpretadas sob o enfoque e os princípios relativos ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, as fundamentações dessas políticas positivas estão embasadas constitucionalmente e tencionam efetivar o princípio da igualdade inclusiva e procedimental.

O pluralismo, como fundamento do Estado Democrático de Direito constitui a própria sociedade pós-moderna, sendo requisito a ser observado e promovido pelo sistema jurídico. Deve ser considerado, juntamente com o direito à igualdade procedimental e inclusiva, a justificativa mais compatível com o sistema constitucional brasileiro e as sociedades contemporâneas.

O princípio do pluralismo está relacionado ao respeito às peculiaridades e consideração e valorização das identidades dos indivíduos e grupos sociais historicamente vulneráveis que compõem as denominadas políticas de diferença. Essas políticas são intrínsecas à doutrina do multiculturalismo e direitos humanos e relacionam-se com a valorização equânime das identidades individuais e dos segmentos sociais, no sentido de “[...] as múltiplas culturas e formas de vida possuem valor equivalente”. (SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 341).

Na medida em que indivíduos e segmentos sociais minoritários são tratados com o devido respeito e tolerância torna-se possível estimular sua convivência intersubjetiva e promover a pluralidade étnico-cultural. Esse contexto propicia a maior confluência e interação sociais, promovendo os indivíduos, até então marginalizados, à participantes na esfera pública

por meio de procedimentos comunicativos. Tal concepção vai de encontro ao marco teórico do Estado Democrático de Direito e da democracia participativa, que na compreensão de Chamon Júnior (2004, p. 118) “[...] devemos entender o modelo de democracia como eminentemente procedimental. A busca da racionalidade discursiva pressupõe a realização de procedimentos e pressupostos comunicativos.”

Sendo assim, as políticas de diferença, das quais notabilizam-se as ações afirmativas, objetivam a promoção dos direitos fundamentais, efetivando, sobretudo o princípio da isonomia procedimental e inclusiva. Corroborando com tal entendimento, Piovesan assegura que as políticas afirmativas “[...] constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar pelo respeito à diferença e à diversidade”. (PIOVESAN, 2009, p. 190).

Em relação ao sistema jurídico brasileiro, verifica-se que as ações afirmativas são perfeitamente compatíveis com a ordem constitucional inaugurada pela Lei Fundamental de 1988.

Essa afirmativa parte, inicialmente, da análise dos princípios fundamentais elencados pela Constituição, dentre eles o pluralismo social e político.<sup>76</sup> Sob esse aspecto, a ordem constitucional reconhece o pluralismo social, respeitando, reconhecendo e promovendo os diferentes grupos sociais que existem na sociedade brasileira. Conforme esclarece Eduardo Bittar (2006), a Constituição inaugura um novo conjunto de preocupações éticas, como a ética da tolerância racial, da não-discriminação, da valorização de culturas e outros grupos sociais. Para o referido autor, o sistema constitucional, visa, principalmente, alcançar a plenitude do convívio social pacífico.

Assim, a pluralidade social e cultural deve ser retratada nas múltiplas esferas das relações sociais, políticas e econômicas, para que os indivíduos (componentes de grupos minoritários) possam ser incluídos e tratados como sujeitos de direitos nesses setores acima descritos.<sup>77</sup> A composição das instituições públicas e entidades privadas (seja no setor educacional, ou no mercado de trabalho) deve refletir a diversidade e heterogeneidade, características sintomáticas da sociedade contemporânea. Gomes (2001, p. 74) questiona se “[...] os cidadãos detentores de identidades e etnias diversas da dominante podem ser

---

<sup>76</sup> A Constituição Republicana de 1988 estabelece em seu artigo primeiro que o Estado brasileiro está fundado nos princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. (BRASIL, 1988).

<sup>77</sup> Cumpre observar que a diversidade social serviu, inclusive, de fundamentação para o voto do juiz relator Powell, na decisão do caso utilizada no caso *University of Califórnia versus Bakke*.

representados com equidade perante os Estados cujas instituições públicas não reconhecem as suas identidades particulares e suas diferenças”. Sendo assim, os grupos minoritários, dentre eles os negros, devem estar representados nas mais diversas áreas ocupando posições relevantes, pois as ocupações públicas ou privadas devem estar relacionadas com o caráter plural da sociedade brasileira. A composição diversificada dos ambientes trabalhistas e educacionais facilita a aproximação e a interação das pessoas que estão em posições diversas, acarretando a troca de experiências pessoais, a formação de um ambiente crítico e o reconhecimento do outro, por meio do respeito e da tolerância.

Na compreensão de Baracho Júnior (2008, p. 35), a pluralidade social e política são requisitos para a construção de “[...] uma cidadania ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como processo permanente”.

Necessário observar que a promoção da diversidade social, por meio das ações afirmativas, traz contribuições, como a reavaliação das práticas discriminatórias que negam e desrespeitam as identidades das minorias. No caso da minoria negra, as ações afirmativas, podem auxiliar na reparação dos efeitos da escravidão, já que pretende:

[...] não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobretudo, eliminar os *'lingering effects'*, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada *'discriminação estrutural'* espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados. (GOMES, 2001, p. 47).

Além do mais, desconstroem os estereótipos negativos referentes a produção de imagens e padrões depreciativos dos grupos minoritários no Brasil, como negros e nordestinos. Isso contribui para alterar a concepção do ideário popular, modificando os padrões ideológicos e contribuindo para uma melhora nas relações inter-raciais. Carlos Hasenbalg explica que os estereótipos negativos culturais dos negros:

[...] tendem a se autoconfirmar e acabam limitando as aspirações e motivações, neste caso, das pessoas não-brancas. [...] as práticas discriminatórias e estereótipos se reforçam mutuamente e levam a que muitos negros e mestiços regulem suas aspirações com o que é culturalmente imposto como *'lugar apropriado'* para os não-brancos. (HASENBALG *apud* GUIMARÃES, 2006, p. 261).

Desse modo, as ações afirmativas possuem caráter multifacetário, pois visam efetivar a pluralidade e diversidade sociais, como forma de minimizar a exclusão e promover a inserção das minorias.

[...] o que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação. (PIOVESAN, 2009, p. 189).

A promoção do pluralismo social está subjacente à efetivação da igualdade procedimental, na medida em que abrem-se canais de participação informais. Nesse sentido, ampliam-se as oportunidades para que as minorias possam manifestar procedimentalmente seus interesses na esfera pública, participando e deliberando nos processos decisórios. Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, as políticas positivas abarcam o direito à igualdade procedimental, pois “[...] as ações afirmativas são discriminações lícitas que podem resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada”. (CRUZ, 2009, p. 182).

No que tange ao princípio da igualdade, exsurge da leitura hermenêutica constitucional dois sentidos atribuíveis e complementares ao mesmo, quais sejam: a vedação de práticas discriminatórias e a promoção da igualdade. (SILVA JÚNIOR, 2002).

Dessa forma, o princípio da igualdade exerce funções relevantes. A primeira diz respeito à função fiscalizadora que visa conter e reprimir discriminações ilegais. Essa tradicional vertente concretiza-se em regras que proíbem a violação de direitos referentes a convicções filosóficas, políticas ou religiosas ou características individuais, como raça, cor, deficiência, origem, idade. Sob esse viés “[...] trata-se de uma obrigação negativa, a partir do que ficam vedadas, a elaboração de leis que estabeleçam privilégios; a discriminação no exercício dos direitos e garantias fundamentais e a discriminação na aplicação das leis”. (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 114). Por outro lado, o princípio da igualdade possui uma dimensão positiva, no qual está subjacente o caráter promocional de certos grupos sociais desfavorecidos e subjugados. Sarmiento (2010, p. 78) explica que “[...] na Constituição, partiu-se da premissa de que a sociedade brasileira é profundamente assimétrica e desigual, e de que este é um mal que deve ser energicamente combatido através de ações positivas por parte do Estado e da sociedade”. Por meio da uma análise hermenêutica da Constituição republicana de 1988, depreende-se o compromisso do Estado em promover a igualdade e combater as desigualdades sociais entre os brasileiros.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Tal afirmação pode ser exemplificada nos próprios artigos constitucionais que estabelecem explicitamente normas que positivam o princípio da igualdade e também nas normas contidas nos: Artigo 23, inciso X que estipula como uma das competências materiais dos entes federativos o combate à pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; Artigo 170, inciso VII que estabelece a redução das desigualdades regionais e sociais como um dos princípios da Ordem Econômica e Financeira. (BRASIL, 1988).

Conforme esclarece Appio (2008), as políticas de ações afirmativas consistem em:

Programas sociais que busquem a pluralidade racial, social e étnica em universidades públicas obviamente que afetam, de maneira positiva, o princípio da igualdade, atendendo a uma exigência constitucional. Não se pode alegar ruptura com a isonomia entre os cidadãos, mas antes um firme compromisso com o desejo de assegurar a todos ampla participação nos resultados de uma comunidade democrática. (APPIO, 2008, p. 350).

A experiência racial brasileira demonstra que a política tradicional do Estado instrumentalizada na legislação antidiscriminatória por meio de normas proibitivas de caráter penal e reparatório às vítimas não é suficiente para coibir práticas discriminatórias raciais. Somente a legislação repressiva não é capaz de eliminar ou mitigar o quadro social de subjugação e vulnerabilidade que se encontra a minoria negra, já que as práticas de preconceito racial, lamentavelmente, fazem parte do cotidiano e atingem as relações sociais e econômicas. (SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008).

Sob esse aspecto, a política de neutralidade estatal que declara a mera formalização da igualdade nos dispositivos legais e constitucionais e ignora algumas características pessoais como raça, gênero, idade, deve ser modificada. Nesse aspecto, o homem deve ser tratado pelo Direito em “[...] sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes”. (GOMES, 2001, p. 5).

Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradores de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. (GOMES, 2001, p. 36).

Essa modalidade de política herdada do Estado liberal-burguês é insuficiente para reverter a situação de desigualdade racial que envolve grande parcela dos negros brasileiros. A desigualdade sócio-racial possui a capacidade de segregar negros e brancos e afeta, de certa forma, a concretização e realização do Estado de Direito. No entendimento de Oscar Vilhena Vieira, “[...] a desigualdade sócio-econômica corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto como interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito”. (VIEIRA, 2008, p. 191).

A partir dessa constatação, o Estado tem um papel fundamental na redução da desigualdade racial e social, não somente proclamando e estipulando políticas neutras e

repressivas. De acordo com Antônio Sérgio Guimarães (2003), a luta por direitos necessita de uma transposição para além dos limites de combate aos “crimes de racismo”. Dessa forma, para enfrentar as desigualdades raciais concernentes ao acesso e permanência dos negros no ensino superior e no mercado de trabalho é preciso a efetivação de políticas públicas promocionais que contribuam para mitigar essas desigualdades. No caso específico dos negros, a promoção desse segmento por meio de políticas de inserção racial acarreta a inclusão da comunidade negra em determinados ambientes, como a educação superior, que outrora era reduto exclusivos de certos grupos sociais.

Nesse sentido, as políticas de ações afirmativas direcionadas aos negros, convertem a característica pessoal da cor ou “raça”<sup>79</sup> em uma espécie de preferência racial, já que é utilizada como fator de promoção em processos seletivos de setores como educacional e o mercado de trabalho. Na opinião de Cláudio Pereira de Souza Neto (2008), o critério racial pode ser considerado bifronte, pois se em tempos passados era utilizado como objetivo para prejudicar pessoas, atualmente passa a ser interpretado como requisito inclusivo dos negros.

No que se refere à legitimidade das políticas de ações afirmativas no sistema jurídico brasileiro, pode-se sustentar, respaldado por uma interpretação constitucional condizente com o paradigma procedimental, que a Constituição determina (explícita ou implicitamente) a implementação dessas políticas. Devem ser interpretadas como medidas que efetivam um dos objetivos do Estado brasileiro, qual seja o combate a práticas de intolerância racial e desigualdades sociais, visando, principalmente, atingir a efetivação do direito à igualdade.<sup>80</sup>

Ao longo de todo o texto constitucional de 1988 existem determinações para discriminações positivas direcionadas a certos segmentos sociais<sup>81</sup> como: as mulheres,

---

<sup>79</sup> Conforme já destacado anteriormente, houve uma mudança no parâmetro de significação da “raça” que passa a desconsiderar os caracteres morfológicos dos indivíduos. O que se percebe é que essa alteração reflete-se nas políticas de identidade e diferença, haja vista que a reconstrução do conceito de raça direcionou-se na reinterpretação e enaltecimento da identidade cultural de grupos minoritários. Portanto, o conceito atual de ‘raça’ está relacionado a uma construção social e antropológica, relacionada à identidade social dos negros.

<sup>80</sup> O artigo 3º da Constituição republicana de 1988 estabelece como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, dentre os quais: a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o denominado princípio da não-discriminação. (BRASIL, 1988).

<sup>81</sup> No caso do gênero feminino, existem normas constitucionais protetivas na área trabalhista como o artigo 7º, inciso XVIII que concede um período maior de licença maternidade comparativamente à licença paternidade; inciso XX que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher e também o artigo 201, parágrafo 7º, incisos I e II que estipula prazos diferenciados para mulheres e homens para a aquisição do direito a aposentadoria. (BRASIL, 1988). Respalda pela determinação constitucional, o artigo 373-A da Consolidação das Leis Trabalhistas permite a adoção de políticas que visem corrigir as distorções no mercado de trabalho entre trabalhadores do sexo masculino e feminino. (BRASIL, 1943). Acrescente-se, ainda, que a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha também pode ser considerada uma política afirmativa, no sentido de promover e proteger o gênero feminino da violência doméstica. (BRASIL, 2006). Tratando-se dos deficientes, o artigo 227, parágrafo primeiro, inciso II da Constituição de 1988 prevê a criação de programas de prevenção e atendimento especializados e medidas integrativas aos portadores de necessidades especiais. O parágrafo 2º do referido

portadores de necessidades especiais e idosos. Tais normas são consideradas espécies de ações afirmativas tendo em vista que efetivam medidas de proteção e promoção direcionadas aos grupos vulneráveis a fim de inseri-los na sociedade e efetivar a igualdade inclusiva. Para Daniela Ikawa (2008) as normas constitucionais referidas constituem-se em princípios materiais e redistributivos. Cumpre ressaltar, que a Constituição Republicana de 1988 está em consonância com a ordem jurídica internacional, já que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, por meio de tratados e convenções internacionais (alguns anteriores à Constituição e dos quais o Estado brasileiro é signatário), estabelece a permissão para a implantação de ações afirmativas para variados segmentos sociais.<sup>82</sup> Tal postura jurídica estatal, no âmbito das relações internacionais, enseja a permissão e legitimidade para a adoção de políticas afirmativas no plano interno brasileiro para os mais diferentes setores sociais historicamente discriminados.

### **4.3 A política de reserva de vagas educacionais para os negros**

Diante do cenário de desigualdade racial entre negros e brancos, torna-se necessário implementar medidas públicas alternativas como forma de transformar esse quadro social. Nesse sentido, a adoção de políticas de inserção dos negros de baixa renda no setor

---

artigo prevê medidas que tornem os espaços físicos coletivos mais acessíveis aos deficientes físicos. (BRASIL, 1988). A Lei nº 8.899/94 concedeu passe livre no sistema de transporte público interestadual aos portadores de deficiência. (BRASIL, 1994a). A Lei de Licitações (nº 8.666/93), em seu artigo 24, XX concede dispensa de licitação para contratar associações filantrópicas de portadores de necessidades especiais. (BRASIL, 1993). Por fim, a Lei federal nº 7853/89 c/c decreto 3298/99 instituem a Coordenadoria Nacional para a Integração do Deficiente e estabelecem punição para os atos discriminatórios cometidos contra o deficiente. (BRASIL, 1989a; BRASIL, 1999). No que tange aos idosos, o artigo 230, parágrafos primeiro e segundo da Constituição de 1988 estabelece medidas protetivas e promocionais aos idosos, como a gratuidade do transporte público urbano aos maiores de 65 anos. (BRASIL, 1988).

<sup>82</sup>Ao constituir-se como Estado-parte nesses documentos jurídicos internacionais, o Estado brasileiro concorda e se compromete em combater a discriminação e adotar ações afirmativas autorizadas e previstas nas seguintes normas: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23/1967 e promulgada pelo Decreto nº 65.810/1969 cujo artigo 1º, item 4º estabelece as “discriminações positivas” (BRASIL, 1967a; BRASIL, 1969); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, ratificada pelo Brasil em 1984, cujo artigo 4º prevê a adoção de ações afirmativas (BRASIL, 1979); Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência de 1999, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 (BRASIL, 2008) e promulgada pelo Decreto nº 6949/2009 (BRASIL, 2009), que em seu artigo 1, inciso 2, b também estipula a utilização de ações afirmativas. Esses documentos são o resultado da criação a partir do final da II Guerra Mundial de um sistema jurídico internacional que concentrou seus esforços e atenções na proteção e promoção dos direitos humanos. Fernando Henrique Cardoso (2011) observa que a participação da Organização das Nações Unidas, a partir dos anos 60 do século passado, como órgão mediador foi fundamental para a criação de fóruns de inovação e discussão sobre temas até então desprestigiados. Para o autor “[...] novos temas globais – como gênero, racismo, meio ambiente, população, cidades, os próprios direitos humanos – ganharam espaço na agenda internacional”. (CARDOSO, 2011, p. 107).

educacional, por meio da reserva de vagas no ensino público superior seria um mecanismo de promoção e inclusão jurídico-econômica dos negros e, assim, implementar o princípio da igualdade.

Nesse caso, esclareça-se que as denominadas políticas de cotas ou reserva de vagas são uma espécie de ação afirmativa que possuem recorte racial, na medida em que estabelece a reserva de determinado número de vagas à minoria negra em certos setores como, mercado de trabalho, no ensino superior público e na Administração Pública. Tal percentual pode ser variado dependendo da região e da composição quantitativa do grupo social beneficiário das cotas. Além das cotas, existem outras modalidades de ações afirmativas, como bolsas de estudo, cursinhos pré-vestibulares, linhas de crédito e oferta de incentivos, isenções e benefício fiscais a empreendedores que levem em conta o fator racial ou outros critérios. (KAUFMANN, 2007). Cumpre elucidar que embora as políticas de reserva de vagas aos negros ainda não estejam estipuladas explicitamente pela Constituição de 1988, já vigoram políticas de reserva de vagas beneficiando segmentos sociais como as mulheres<sup>83</sup>, os portadores de necessidades especiais<sup>84</sup>, idosos<sup>85</sup> e trabalhadores<sup>86</sup>.

Tratando-se do setor educacional, embora o exercício do direito à educação deve pautar-se pela igualdade de condições para o acesso e a permanência nos variados níveis de ensino, constata-se um hiato entre o mandamento constitucional<sup>87</sup> e a realidade da minoria negra brasileira. De acordo com João Feres Júnior, a “[...] educação, maior responsável pela qualificação profissional das pessoas, é um momento chave no ciclo de vida no qual as diferenças raciais se expressam”. (FERES JÚNIOR, 2004, p. 300). Nesse caso específico, a

---

<sup>83</sup> A legislação eleitoral, mediante a Lei 9.504/97 no artigo 10, parágrafo 2º estabelece a reserva de vagas no mínimo 30%, em cada partido ou coligação, para o gênero feminino nas candidaturas aos cargos eletivos. (BRASIL, 1997a).

<sup>84</sup> O artigo 37, inciso VIII da Constituição Republicana de 1988 determinou reserva de vagas no serviço público direcionadas aos portadores de necessidades especiais. A Lei nº 8112/90 estipula no seu artigo 5º, parágrafo 2º reserva de até 20% das vagas para os portadores de necessidades especiais no serviço público federal. (BRASIL, 1990a). A Lei 8.213/91 em seu artigo 93, estabelece reserva de vagas para os trabalhadores que possuem necessidades especiais, no setor privado. (BRASIL, 1991). A Portaria nº 610 do Ministério das Cidades estabelece reserva de 3% das unidades do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida” para os candidatos portadores de necessidades especiais ou famílias que possuam deficientes. Também existem reserva de vagas para deficientes nos estacionamentos rotativos das cidades ou em locais privados como *shopping centers*. (BRASIL, 2011).

<sup>85</sup> A Portaria nº 610 do Ministério das Cidades também estabelece reserva de 3% das unidades do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida” para os candidatos idosos. A regra da reserva de vagas nos estacionamentos também direciona-se para os idosos. (BRASIL, 2011).

<sup>86</sup> O artigo 354 da Consolidação das Leis Trabalhistas estabelece reserva de 2/3 das vagas nas empresas individuais e coletivas para brasileiros. (BRASIL, 1943).

<sup>87</sup> O artigo 206, inciso I da Constituição de 1988 estabelece a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. (BRASIL, 1988).

desigualdade racial que impera no ensino público superior contribui para acentuar as disparidades sócio-econômicas entre negros e brancos.

A experiência brasileira comprova que ao término do ensino básico ou fundamental, a maior parcela dos estudantes negros, pertencentes às classes sociais inferiores, não consegue inserir-se no nível superior de ensino. O processo de democratização de ensino superior, experimentado nas últimas décadas no Brasil, dirigiu-se praticamente às rede de ensino superior privado e propiciou um pequeno aumento de jovens negros e carentes no acesso às universidades públicas. Mesmo assim, constata-se que a situação ainda é precária. Antônio Sérgio Guimarães explica que:

Se o problema da escassez de vagas universitárias foi parcialmente compensado pela rede privada, formou-se, com o tempo, um novo problema, pois a expansão do ensino privado elementar e médio deu-se *pari passu* ao crescimento da “qualidade” do ensino ofertado, o mesmo não acontecendo com o nível superior, no qual a iniciativa privada demonstrou-se incapaz de ofertar um ensino equivalente, em termos de “qualidade”, à da rede pública já estabelecida. Isso por vários motivos, o principal deles é o alto custo da formação acadêmica e da pesquisa científica, que exigem grandes investimentos em recursos humanos e treinamento. No ensino fundamental e médio, ao contrário, a iniciativa privada foi capaz não apenas de atrair os melhores professores, como alguns dos melhores professores tornaram-se eles mesmos, com o tempo, grandes empresários. (GUIMARÃES, 2003, p. 251).

Nesse panorama, a competição por uma vaga nas instituições públicas de ensino superior é desigual, haja vista que não há vagas para todos os candidatos, somado ao fato de que a maioria dos estudantes brancos com melhor nível financeiro apresentam resultados mais satisfatórios do que dos negros, já que estudaram em escolas melhor qualificadas. Pesquisa realizada por Winther e Golgher (2010), com os estudantes da Universidade Federal de Minas Gerais demonstra que fatores como cor do indivíduo e tipo de escola cursada no ensino médio são determinantes para influenciar o desempenho estudantil.

O insucesso da maioria dos estudantes negros e carentes nos processos seletivos das universidades públicas provocou o deslocamento desses estudantes para centros universitários e faculdades privadas, muitos deles de baixíssimo padrão qualitativo de ensino. Conforme explica Guimarães (2003), esse esforço em obter a almejada formação universitária acentua ainda mais a discriminação racial. Nesse sentido, criou-se uma distorção do sistema educacional brasileiro, pois as instituições públicas de ensino superior criadas especialmente

para a propiciar educação de qualidade para todos os indivíduos, tornaram-se redutos de estudantes de nível financeiro mais elevado.<sup>88</sup>

Por conseguinte, em decorrência da desigualdade educacional entre brancos e negros, torna-se mais do que necessária ampliar a oportunidade de acesso dos negros ao ensino superior público. Desse modo, a política educacional de reserva de vagas aos negros consiste em um mecanismo contribuinte para solucionar a distorção e desequiparação existentes na área educacional. Propicia a fruição do direito à educação, acarretando uma composição mais isonômica entre brancos e negros na área educacional. Como assevera Flávia Piovesan, a política de reserva de vagas:

[...] faz com que as universidades brasileiras deixassem de ser territórios brancos, com a crescente inserção de afro-descendentes, com suas crenças e culturas, o que em muito contribuiria para uma formação discente aberta à diversidade e pluralidade. (PIOVESAN, 2009, p. 205).

É necessário acrescentar que as políticas de cotas educacionais objetivam promover a diversidade social e política no corpo discente e docente das instituições de ensino. A convivência e a interação entre alunos e professores componentes de grupos sociais diversificados, originários de diversas classes sociais e portadores de diferentes culturas e visões políticas é salutar e coaduna com o projeto democrático-constitucional. Fernando Henrique Cardoso observa que “[...] a sociedade, ao contrário de ser unidimensional, é uma sociedade pluridimensional, constituída por indivíduos que têm uma pluralidade de dimensões no seu ser social”. (CARDOSO, 2011, p. 84). Dessa forma, construir um cenário de pluralidade estudantil é um modo de transportar a realidade macro das sociedades contemporâneas para dentro de uma micro experiência.

Para além disso, é inegável que o acesso ao conhecimento proporcionado pela formação educacional pode influenciar positivamente a mobilidade social, haja vista que o preparo acadêmico e a qualificação do trabalhador aumentam as chances de se conseguir uma ocupação relevante no mercado de trabalho e assim, melhorar sua remuneração. Sob essa ótica, compreende-se que a efetivação das cotas pode a minimizar das desigualdades sócio-raciais.

---

<sup>88</sup> A pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Dirigentes das Universidades Federais de Ensino Superior (ANDIFES) sobre o perfil do estudante dos cursos de graduação das universidades públicas federais confirma a assertiva acima. Dados extraídos da pesquisa apontam que a maioria dos estudantes é branca (53,9%), os pardos ocupam 32%, os pretos e os indígenas são minoria, ocupam respectivamente 8,72% e menos de 1% das vagas dessas instituições. (ESTUDANTES..., 2011).

Dworkin (2005) argumenta que a estratificação racial impede que os negros ocupem cargos de prestígio no mercado de trabalho e na política. Essa estratificação age como uma barreira ao impedir que componentes de grupos minoritários alcancem posições profissionais relevantes. Sendo assim, as políticas de preferência racial propiciam o surgimento de indivíduos que sirvam de exemplo e incentivo para outros indivíduos. Na opinião de Carlos Hasenbalg essas políticas podem “[...] acelerar significativamente a incorporação de não-brancos em papéis que propiciem modelos de identificação (*role models*)”. (HASENBALG *apud* GUIMARÃES, 2006, p. 267).

Joaquim Barbosa Gomes, um beneficiário das políticas de cotas junto ao poder público, corrobora com tal entendimento e explica que as ações afirmativas possuem:

[...] cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios jurídicos do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. (GOMES, 2003, p. 22).

Ademais, a ausência nas universidades públicas de cobranças por parte da sociedade e Estado quanto ao desempenho e responsabilidade social deve ser revista. Esses organismos educacionais são financiados e mantidos com dinheiro público e sendo assim, devem desenvolver a responsabilidade e o compromisso sociais para com a comunidade, auxiliando na inserção educacional e social dos grupos sociais desfavorecidos. Dworkin (2005) enfatiza que:

A educação superior de elite é um recurso valioso e escasso, e, embora só esteja disponível para pouquíssimos alunos, é paga por toda a comunidade, mesmo no caso das universidades “particulares”, que são parcialmente financiadas por verbas públicas e cujos doadores “particulares” se beneficiam de deduções tributárias. As universidades e as faculdades têm, portanto, responsabilidades públicas: devem escolher metas que beneficiem uma comunidade muito mais ampla do que seus próprios corpos docente e discente. Não é preciso que sejam metas econômicas, sociais ou políticas em sentido restrito: pelo contrário, esperamos que todas as nossas instituições educacionais, e em especial as mais bem financiadas e as mais prestigiadas, contribuam para a ciência, as artes e a filosófica, cujo progresso faz parte de nossa responsabilidade pública coletiva, e selecionem alunos e professores com essa meta em mente. (DWORKIN, 2005, p. 569 -570).

Nesse contexto, salienta-se que a defesa pela adoção da política de reserva de vagas estudantis para negros no ensino público superior não rejeita a assunção de que políticas estruturais no setor educacional devem ser efetivadas. Medidas como investimentos financeiros na educação básica e fundamental, expansão e melhora qualificativa do ensino

público, qualificação e capacitação de professores, ampliação do número de vagas, revisão do conteúdo didático ministrado são importantíssimas e devem ser conjugadas com o emprego da reserva de vagas. É preciso compreender que uma modalidade de política educacional não elimina a necessidade das outras. A adoção concomitante das tradicionais políticas universais sociais de acesso à educação com a reserva de cotas aos negros é perfeitamente compatível, já que tais medidas são complementares entre si. Nesse sentido, argumenta-se que:

As ações afirmativas não são mais do que meios pelos quais se abrirá espaço para políticas universalistas materiais progressivamente mais abrangentes ao auxiliarem na quebra de estereótipos e no aumento da inclusão. [...] A ação afirmativa não é um direito ilimitado ao privilégio, mas uma política que busca abrir espaços a medidas universalistas materiais mais abrangentes. (IKAWA, 2008, p. 407).

A política de cotas educacionais deve ser interpretada como uma medida emergencial diante da discrepância educacional entre brancos e negros. A reversão dessa situação somente com o emprego das políticas educacionais universais exigirá a espera de um longo tempo, pois a execução e verificação dos resultados demandam um período considerável, que o Brasil não pode mais de aceitar. Numa projeção futurística, o projeto de integração dos negros dentro de um prazo razoável, torna-se mais difícil caso as medidas afirmativas não sejam efetivadas.

Cumprе ressaltar, que as políticas de cotas possuem sua própria delimitação e não pretendem ser, por si só, fonte exclusiva da solução das inúmeras e complexas disparidades que envolvem o sistema educacional no Brasil. Tais medidas possuem o propósito de contribuir para uma possível redução das desigualdades sócio-raciais na educação e não corrigir em absoluto essa conjuntura. Para isso, é preciso o emprego conjunto das políticas universais.

Outro aspecto relevante, perfaz o caráter temporário da política de reserva de vagas. Essas medidas devem ser transitórias estabelecendo um prazo de duração demarcado. Elas devem ser desenvolvidas enquanto persistir a desequiparação entre negros e brancos, pois a partir do momento em que o objetivo da representatividade social dos negros for atingido, não existe mais a necessidade de perpetuação dessas medidas. Daí que o critério temporal é uma espécie de limite jurídico e social na implementação da política de cotas raciais, pois elas devem ser eliminadas “[...] no momento em que o nível de inclusão puder ser preservado sem a existência de cotas”. (IKAWA, 2008, p. 403).

A ausência do prazo de duração<sup>89</sup> pode causar distorções, transformando tais instrumentos em violadores do princípio da isonomia, já que as distinções não seriam mais necessárias. Nesse sentido, enquanto vigoram devem ser avaliadas de tempos em tempos, “[...] sendo que a continuidade das mesmas deve estar sujeita a análise após a avaliação de seus resultados iniciais”. (WINTHER; GOLGHER, 2010, p. 335).

Ao adotar o Estado democrático-procedimental como atual paradigma, contempla-se a emancipação do indivíduo diante das esferas do poder público. Nesse sentido, o que se percebe é que a emancipação e a cidadania podem ser formatadas e aprimoradas por meio do exercício do direito à educação, já que de acordo com o artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação a educação é instrumento de preparo para a cidadania consciente.<sup>90</sup> A educação por meio da aquisição e assimilação de conhecimentos constitui-se em fator essencial para a formação da autodeterminação do homem e o desenvolvimento de suas potencialidades. Para isso, o direito à educação deve ser exercido isonomicamente por todos os indivíduos.

A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para o crescimento pessoal. E assume o *status* de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento. Além disso, pelo tipo de instrumento que constitui, trata-se de um direito de múltiplas faces: social, econômico e cultural. (CLAUDE, 2005, p. 37).

Por seu turno, a emancipação social, a concepção de cidadania e as práticas de democracia participativa são incrementadas com o auxílio da educação. Ou seja, a disseminação e exercício do direito à educação só tem a contribuir para o aperfeiçoamento das práticas democráticas ainda tão incipientes no Brasil. Axel Honneth explica que:

[...] para poder agir como uma pessoa moralmente imputável, o indivíduo não precisa somente da proteção jurídica contra interferências em sua esfera de liberdade, mas também da possibilidade juridicamente assegurada de participação no processo público de formação da vontade, da qual ele faz uso, porém, somente quando lhe compete ao mesmo tempo um certo nível de vida. (HONNETH, 2003, p. 193).

---

<sup>89</sup> Cabe relatar que algumas ações afirmativas voltadas para certos segmentos sociais acabam adquirindo contornos duradouros, tais como medidas direcionadas aos idosos, como o passe livre no transporte coletivo para pessoas acima de 65 anos e a demarcação de vagas de estacionamento rotativo urbano aos idosos e aos portadores de deficiência. Tais medidas não possuem um período pré-determinado, haja vista visam inserir e conceder algum tipo de benefício a esses grupos.

<sup>90</sup> Assim estabelece o artigo 2º da lei 9394/96: A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996c).

#### 4.4 A experiência brasileira

Analisando a experiência brasileira, constata-se que foi durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso que surgiram iniciativas de se discutir a existência do problema racial no Brasil e meios para implantar a discriminação positiva.<sup>91</sup> Antônio Sérgio Guimarães explica o porquê da transformação ideológica governamental relativa à questão racial.<sup>92</sup>

A razão para tal abertura deveu-se não apenas à sensibilidade sociológica do presidente, ou à relativa força social do movimento, mas também à difícil posição em que a doutrina da “democracia racial” encurralava a chancelaria brasileira em fóruns internacionais, cada vez mais freqüentados por ONGs negras. O país, que se vangloriava de não ter uma questão racial, era reiteradamente lembrado das suas “desigualdades raciais”, facilmente demonstráveis pelas estatísticas oficiais, sem poder apresentar, em sua defesa, um histórico de políticas de combate a essas desigualdades. Era em busca de uma saída política que o presidente queria trazer o debate sobre ações afirmativas para perto do governo. (GUIMARÃES, 2003, p. 252).

No plano interno, a estipulação das políticas de ações afirmativas surgiu, efetivamente, a partir do 1º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH I), lançado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em maio de 1996. Tal Plano foi encabeçado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e estabeleceu vários compromissos no que tange aos direitos humanos e combate às desigualdades sociais e raciais, com políticas públicas voltadas para a comunidade negra. Esse documento estabelecia a criação de conselhos da comunidade negra nas esferas da federação, incentivava medidas de ação afirmativa no âmbito privado e educacional para o acesso dos negros no ensino superior e cursos profissionalizantes (BRASIL, 1996). Em que pese as intenções normativas, o documento não foi realmente efetivado devido aos conflitos ideológicos existentes na época

Posteriormente, em maio de 2002, houve o lançamento do II Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH II), juntamente com o Programa Nacional de Ações Afirmativas. O II Plano previa, além de medidas promocionais, a criação de um fundo de reparação social para financiar políticas afirmativas. Também estipulava a revisão dos livros didáticos, a fim de resgatar a história dos ‘afrodescendentes’. (BRASIL, 1996a). Já o Programa Nacional de

---

<sup>91</sup> Tavares (2009) citando Souza, informa que a primeira espécie de ação afirmativa na modalidade de cotas foi por meio da Lei nº 5465/68, que instituiu reserva de vagas nos estabelecimentos de ensino médio e superior da área agrícola e veterinária para agricultores e seus filhos.

<sup>92</sup> É importante observar, que a partir da promulgação da Constituição de 1988, houve uma crescente movimentação da sociedade civil organizada em prol de uma atuação mais incisiva do Estado brasileiro para combater o preconceito e desigualdade raciais. “Foi justamente o esgotamento da estratégia de combater as desigualdades punindo a discriminação racial que levou as entidades negras a demandarem políticas de ações afirmativas.” (GUIMARÃES, 2003, p. 253)

Ações Afirmativas, oriundo do Decreto nº 4.228/2002 (BRASIL, 2002) e da Portaria nº 1.156/2001 (BRASIL, 2001a) e vinculado à Secretaria de Estado de Direitos Humanos, estipulava metas e cotas para ‘afrodescendentes’ no preenchimento de cargos comissionados e contratação de empresas prestadoras de serviços e consultores do governo federal. Isto é, os órgãos da Administração Pública federal teriam que cumprir metas de participação de negros, mulheres, deficientes no preenchimento dos cargos dessa esfera de governo.<sup>93</sup>

Em âmbito da esfera do Poder Executivo e nas três instâncias federativas, foram criados órgãos de defesa e promoção da comunidade negra, como secretarias executivas que tratam de assuntos de interesse desse segmento social<sup>94</sup> e delegacias especializadas em crimes raciais. Exemplo disso, foi a criação pela Prefeitura de Belo Horizonte, da Secretaria Municipal dos Assuntos da Comunidade Afrodescendente por meio da Lei 8.146/00 c/c Decreto 10.554/01. Tal órgão possui a atribuição de receber denúncias de discriminação racial e promover ações voltadas para a comunidade negra, como a criação de bolsas de estudo e cursos de qualificação de mão-de-obra. (CRUZ, 2009).

Na instância federal, foram criados em 1988, a Assessoria para Assuntos Afro-brasileiros ligada ao Ministério da Cultura e a Fundação Cultural Palmares que tem como objetivo promover a integração do negro.

Em 1995 foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra (GTI), composto por representantes do governo federal e membros da sociedade civil. Tal comitê tem por finalidade o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas aos negros. (KAUFMANN, 2007).

Em 2003 foi criada pela Lei 10.678/03, a Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), com *status* de Ministério de Estado. Esse órgão tem por

---

<sup>93</sup> O II Plano Nacional de Direitos Humanos e o Programa Nacional de Ações Afirmativas foram resultado dos debates da III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, denominada Conferência de Durban, ocorrida em 2001 na cidade de Durban, África do Sul. A Conferência de Durban abriu oportunidades para denúncias envolvendo práticas racistas e desigualdade racial no Brasil. Sendo assim, os encontros de Durban podem ser considerados marcos na implementação de ações afirmativas para os negros. Foi a partir da participação do Estado brasileiro nessa Conferência, que houve a ampliação do debate sobre racismo, o reconhecimento oficial das desigualdades raciais e o comprometimento da realização de ações afirmativas para reverter a situação do negro no Brasil. O documento oficial apresentado pela delegação brasileira durante as reuniões da Conferência, defendeu a adoção de medidas afirmativas para os negros nas áreas educacional e trabalhista. O Brasil ratificou a Declaração de Durban, cujo artigo 108, prevê a implantação de medidas especiais e positivas às vítimas do racismo e discriminação, no intuito de integrá-los social e economicamente. Depois dos encontros de Durban, houve a implementação de medidas governamentais como a criação do Conselho Nacional de Combate a Discriminação, Programa Diversidade na Universidade e a instituição de ações afirmativas em alguns ministérios. (LIMA, 2010).

<sup>94</sup> O Conselho Estadual de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, criado em 1984, em São Paulo é considerado um dos órgãos pioneiros nessa área.

objetivos formular, desenvolver, promover e coordenar políticas de promoção da igualdade racial. Concomitantemente à criação da SEPPIR, foi formulada a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial, que atenta para a eficácia das ações afirmativas e promove medidas de incentivo e análise da comunidade negra. (BRASIL, 2003b).

No mesmo ano de 2003 foi criada a Universidade Zumbi dos Palmares, instituição privada e direcionada especificamente a comunidade negra. Tratando-se o líder negro Zumbi, ele foi declarado e elevado a herói da Pátria, sendo que o dia 20 de novembro é considerado o Dia da Consciência Negra e transformado em feriado em algumas cidades do país como São Paulo, Rio de Janeiro e Cuiabá.

Na área da saúde, existe a Política Nacional de Saúde da População Negra, criada em 2003 pela SEPPIR e Ministério da Saúde. Tal política está pautada em pesquisas que estabelecem a relação do cometimento de algumas doenças com a comunidade negra, como a anemia falciforme, a desnutrição, mortalidade infantil e a AIDS que estão relacionadas a condições sócio-econômicas, higiênicas e baixa escolaridade. Tal pesquisa ainda estuda sobre os transtornos mentais decorrentes à exposição ao racismo, transtornos decorrentes do alcoolismo e da toxicomania. Em decorrência desses estudos, foram criados programas de combate a essas enfermidades e medidas promocionais de saúde da população negra. Existe, inclusive, uma iniciativa do Ministério da Saúde no sentido de formar, por meio de bolsas de estudo, agentes de saúde negros para promover a prevenção de doenças, principalmente as sexualmente transmissíveis. (MAGNOLI, 2009).

Alguns Ministérios de Estado possuem programas de ação afirmativas na espécie de reserva de vagas. O Ministério do Desenvolvimento Agrário adotou por meio da portaria 202/2001, a reserva para os negros de 20% das vagas para o preenchimento de cargos de direção e terceirizados. Ainda nesse Ministério foi estipulado que as empresas contratadas por esse órgão devem comprovar adoção de tais medidas nos quadros empregatícios. (BRASIL, 2001).

No Ministério da Justiça, por meio da portaria nº 1.156/2001, já existem cotas de 20% para os negros no preenchimento dos cargos. (BRASIL, 2001a). No Ministério da Cultura, por meio da portaria nº 484/2002, criou-se reserva de vagas para negros, mulheres e deficientes para o preenchimento dos cargos. Esse Ministério ainda criou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação que é um órgão que avalia e propõe políticas afirmativas dos grupos minoritários afetados pela intolerância e práticas discriminatórias. (BRASIL, 2002b).

O Ministério das Relações Exteriores, desde 2003, possui um programa de bolsas de estudo preparatórias direcionadas aos candidatos negros, visando ao processo seletivo do Instituto Rio Branco. (KAUFMANN, 2007).

O Distrito Federal, por meio de Lei nº 3.788/2006, criou reserva de vagas para negros em propagandas, concursos públicos, universidades e empresas privadas. No Estado de São Paulo também já existem medidas de ações afirmativas para negros e grupos de trabalhos para implementar medidas relacionadas a contratação no serviço público e licitações. (KAUFMANN, 2007).

No âmbito da política educacional inclusiva pode-se constatar que existem inúmeros projetos em andamento, voltados para a comunidade carente e negra, que visam à pluralidade cultural na educação.

Durante o mandato do Presidente Lula foi criada a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade que tem como objetivo formular e articular políticas visando a diversidade social nas políticas educacionais.

A Comissão de Diversidade para Assuntos Relacionados aos Afrodescendentes (CADARA), existe desde 2003 e possui como finalidade assessorar o Ministério da Educação no que tange à formulação de políticas inclusivas nesse setor.<sup>95</sup>

Como desmembramento dessa política governamental foram promulgadas as Leis nº 10.639/03 (BRASIL, 2003) e nº 11.645/08 (BRASIL, 2008a) que incluem no currículo oficial das escolas públicas e privadas do ensino fundamental e médio a obrigatoriedade do ensino de “história e da cultura afro-brasileira”. Posteriormente, o Ministério da Educação, por meio da resolução nº 1 de 17 de junho de 2004, instituiu diretrizes curriculares para a educação das relações étnico-raciais. Tal resolução determina que as instituições de ensino superior incluirão na sua grade curricular disciplinas que abordem a educação das relações étnico-raciais e questões temáticas sobre os afrodescendentes. O artigo 5º desse documento ainda prevê que os sistemas de ensino providenciarão o acesso de alunos afrodescendentes para freqüentarem instituições de ensino de qualidade. (BRASIL, 2004a).<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> A preocupação com a ‘educação inclusiva’ concretiza-se nos exemplos do Decreto nº 5296/04 direcionado à educação das pessoas portadoras de deficiências e Decreto nº 5626/05 que regulamenta a Língua Brasileira de Sinais – Libras.

<sup>96</sup> Essa resolução estabelece que o ensino das relações étnico-raciais possui como uma das finalidades a educação dos cidadãos brasileiros quanto à pluralidade étnico-racial. E estabelece que o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana visa à reconhecer e valorizar a histórica, identidade e cultura dos ‘afro-brasileiros’ (nota-se que a resolução utilizou-se dessa terminologia ao invés de ‘negros’). E também objetiva a valorização da comunidade africana, ao lado das outras culturas como a indígena, européia e asiática. Destaca-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação em seu artigo 26, parágrafo 4º valoriza a diversidade cultural, ao estipular que o ensino de História do Brasil deve levar em conta as matrizes indígenas, africanas e européias.

O Ministério da Educação para implementar tais normas criou em 2005, o Projeto Educando para a Igualdade Gênero, Raça e Orientação Sexual que visa a formação e capacitação de professores inseridos e comprometidos com a diversidade e o multiculturalismo.

Em termos de medidas para a educação superior, existem algumas modalidades de ação afirmativa para os negros.

A primeira modalidade consiste no programa para concessão de bolsas de estudo ou financiamento por meio do PROUNI e do FIES. O Programa Universidade para Todos (PROUNI) é um programa do governo federal estabelecido pela Medida Provisória ° 213 e convertido na Lei n ° 11.096, alterada posteriormente pela Lei 11.128, que concede incentivos fiscais à instituições educacionais privadas de ensino superior para criarem bolsas de estudos parciais ou integrais a estudantes de baixa renda, reservando vagas aos negros, indígenas e deficientes. (BRASIL, 2005a). Tal medida condiciona a observância de alguns requisitos para a concessão dos benefícios aos estudantes, como por exemplo, a obtenção de pontuação mínima no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), os estudantes devem ter cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas ou privadas em condição de bolsista. No que se refere ao PROUNI, Lima (2010) faz a seguinte análise:

A forte reação à política de cotas, no entanto, não teve a mesma repercussão quando o governo implementou um programa de ações afirmativas no sistema privado, responsável, por cerca de 80% das matrículas no ensino superior brasileiro. O que está em jogo, portanto, não é apenas o uso do critério racial, mas o tipo de recurso mobilizado e o público afetado por essas políticas. (LIMA, 2010, p. 83).

Ressalta-se que, o Programa de Financiamento Estudantil (FIES) é um programa anterior ao PROUNI e que também leva em conta critérios racial, renda familiar e origem escolar como fatores favoráveis à concessão de financiamentos aos estudantes carentes.

O Ministério da Educação e a SEPPIR instituíram desde 2004, o Programa de Integração de Ações Afirmativas para Negros, no qual há a concessão de bolsas de estudos para estudantes universitários pesquisarem sobre AIDS e DST (doenças sexualmente transmissíveis).

A Presidente Dilma Roussef determinou em julho de 2011, que o Programa federal “Ciências sem Fronteiras”, que concede bolsas de estudos no exterior em cursos das áreas de ciências exatas e tecnológica, não deverá levar em conta somente o critério meritocrático para a seleção dos candidatos. Critérios como o de gênero e o étnico-racial também deverão ser utilizados para a distribuição das 75.000 vagas disponíveis. (DE IMPROVISO..., 2011).

Existe outro programa que consiste no aperfeiçoamento de estudos por meio de cursinhos pré-vestibulares. A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD) criou por intermédio da Lei nº10. 558/02, o Programa Diversidade na Universidade, pelo qual institui financiamento de cursos pré-vestibulares para a comunidade negra.<sup>97</sup>

Apesar da inexistência de lei federal que institua obrigatoriamente a reserva de vagas aos estudantes negros nas instituições de ensino superior públicas, levantamento realizado pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa (GEMAA), ligado a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, demonstra que a partir de 2001 mais de 40 universidades públicas já possuem programas que instituem processos seletivos que levam em conta o fator racial, dentre outros.<sup>98</sup> As reservas de vagas educacionais são criadas por decreto-lei emitido pelo Chefe do Executivo estadual ou por ato oriundo dos Conselhos Universitários e estabelecem uma variação do percentual entre 10% e 50% na reserva de vagas. Essas medidas, geralmente, consideram o critério racial, embora possam ser conjugadas ao critério econômico, isto é, direcionando-se aos estudantes negros carentes.

O Estado do Rio de Janeiro foi um dos pioneiros na implantação das políticas de cotas aos negros para o ingresso nas universidades públicas estaduais, como a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Num primeiro momento, a Lei Estadual nº 3.708/2001 (RIO DE JANEIRO, 2001) determinou a criação de reserva de vagas para alunos que se declarassem negros, totalizando 40% das vagas. Contudo, tal lei foi revogada pela Lei nº 4151/2003 que estipulou a reserva de 45% das vagas a estudantes carentes, sendo que 20% seriam destinadas aos alunos oriundos da rede pública de ensino, 20% para os negros e 5% para os portadores de deficiência ou integrantes de minorias étnicas. Ou seja, nesse caso, as cotas levam em conta não somente critérios raciais, mas também econômicos, daí serem denominadas cotas sócio-raciais. A referida Lei prevê que a política deverá ser temporária, cria uma Comissão para avaliar os resultados oriundos dessa medida e determina a criação de programas de apoio aos estudantes que ingressaram por meio das cotas, a fim de permanecerem no ensino superior. Ainda existe a Lei Estadual nº 3.524/00 que determina reserva de vagas nas universidades públicas estaduais para estudantes que tenham cursado o

---

<sup>97</sup> No que tange a iniciativas privadas, existem ações afirmativas promovidas por particulares como o EDUCAFRO – rede de pré-vestibulares comunitários e educação para estudantes negros e carentes, e a Pastoral do Negro, criada e desenvolvida pela Igreja Católica.

<sup>98</sup> De acordo com a referida pesquisa, somente os estados de Roraima, Acre e Rondônia ainda não implantaram políticas de reservas de vagas no setor educacional.

ensino fundamental e médio nos estabelecimentos municipais ou estaduais públicos. (RIO DE JANEIRO, 2000).

A Universidade de Brasília (UnB), por meio do Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial criado em 2003, adota, desde 2004 em seu processo seletivo, a reserva de 20% das vagas para negros por um período de 10 anos. Ressalte-se que tal medida é objeto da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Tal ação foi impetrada pelo partido político DEM, que sustenta a inconstitucionalidade de tal programa e a estimativa é que deverá ser julgada no ano de 2012. (BRASIL, 2012).

Tratando-se do Estado de Minas Gerais, grande parte das universidades públicas federais e duas universidades estaduais, adotam programas de reserva de vagas alternando em cotas raciais, sociais ou cotas sócio-raciais. A Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) criou em 2003 um programa de ações afirmativas, na espécie de bônus adicionais na percentagem de 15% concedidos aos alunos negros e estudantes carentes. O mecanismo consiste na concessão de pontuação extra na nota do ENEM para estudantes de cor preta/parda e para estudantes oriundos da rede pública de ensino. Conforme destacam Winther e Golgher (2010), a medida direciona-se principalmente aos estudantes da região metropolitana de Belo Horizonte.

A Universidade Federal do Triângulo Mineiro adota desde 2009 ações afirmativas na modalidade de bônus adicionais, cujos destinatários são os estudantes oriundos do ensino público. (GEMAA, 2012).

A Universidade Federal de Uberlândia adota desde 2008, reserva de vagas em percentual de 25%, cujos destinatários são estudantes provenientes do ensino público. (GEMAA, 2012).

A Universidade Federal de Viçosa adota desde 2008, política de cotas reservando percentual de 50% das vagas para estudantes oriundos do ensino público. (GEMAA, 2012).

A Universidade Federal de Ouro Preto adota desde 2008, política de cotas, reservando 30% de suas vagas para alunos provenientes do ensino público. (GEMAA, 2012).

A Universidade Federal de São João Del-rei adota desde 2009, política de cotas, reservando 46% das vagas para alunos negros. (GEMAA, 2012).

A Universidade Federal de Juiz de Fora adota desde 2005, a política de cotas reservando 25% das vagas para estudantes pretos e pardos e 25% para estudantes provenientes do ensino público. (GEMAA, 2012).

A Universidade Estadual de Montes Claros e a Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG) adotam desde 2004, o programa de cotas reservando 20% das vagas para estudantes pretos e pardos de baixa renda e 25% das vagas para estudantes oriundos do ensino público.

No Estado de São Paulo, a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) adota cotas sócio-raciais, ao instituir uma bonificação ao estudante negro e originário do ensino público. A Universidade de São Paulo (USP), por meio da denominada descentralização espacial para inclusão social, criou um novo campus na zona leste da cidade de São Paulo, com o intuito de ampliar vagas e promover a aproximação da população de baixa renda com o ensino superior (CARDOSO, 2008). A Faculdade de Direito da USP, em parceria com a Fundação Ford (por meio de doações financeiras), criou o mestrado na área de Direitos Humanos, reservando 1/3 das vagas a negros, mulheres, indígenas, pobres e portadores de necessidades especiais. (PORFÍRIO, 2011).

Outras instituições como Universidade Estadual de Goiás (UEG), Universidade Federal do Paraná (UFP), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Universidade do Estado do Amazonas (UEA)<sup>99</sup>, Universidade Estadual da Bahia (UNEB), Universidade Federal da Bahia (UFBA), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Universidade Federal do Tocantins (UFTO), Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Universidade Federal do Pará adotam o sistema de reserva de vagas para estudantes negros ou estudantes negros e carentes.

O Estatuto da Igualdade Racial – Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010 (BRASIL, 2010) –, prevê a adoção de políticas de ações afirmativas no sentido de contribuir para a participação da comunidade negra, em igualdade de oportunidades, e reduzir as desigualdades étnicas no setor educacional, cultura, saúde trabalho, moradia. Os artigos 4º e 15 determinam a adoção de políticas de ações afirmativas na área educacional e de relações de trabalho, como por exemplo, ações afirmativas para as mulheres negras como meio de participação desse segmento nesses setores. O artigo 11 estipula o ensino de história geral da África e da população negra no Brasil como disciplina a ser lecionada no ensino médio e fundamental público e privado.

---

<sup>99</sup> Além da ADPF nº 186, tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 614.873, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Este recurso é originário do estado do Amazonas e questiona a constitucionalidade do programa instituído pela Universidade do Estado do Amazonas, que reservou 80% de suas vagas a estudantes egressos da rede estadual pública ou privada de ensino médio e que tenham cursado integralmente os 3 anos obrigatórios. As 20% das vagas restantes ficam destinadas aos demais candidatos. Em setembro de 2011 essa Corte reconheceu a repercussão geral da questão suscitada. (PORFÍRIO, 2011).

Por fim, é necessário informar que está tramitando no Congresso Nacional, o projeto de lei ordinária nº 73/99 que determina a reserva de 50% das vagas no ensino público federal superior e nas escolas federais de ensino técnico de nível médio. (LOBÃO, 1999). Tal medida é dirigida aos alunos que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, especialmente, os estudantes autodeclarados negros e indígenas oriundos do ensino público. Ainda estabelece que depois de 10 anos de publicação da lei, o Poder Executivo promoverá a revisão de tal programa.<sup>100</sup>

Conforme amplamente exposto, a política de reserva de vagas educacionais é perfeitamente compatível com o sistema constitucional brasileiro. Já estão em vigor há um curto período, mas já demonstram resultados favoráveis. Pesquisa realizada por Claudete Cardoso (2008), na Universidade de Brasília (UnB), informa que devido à instituição de reserva de vagas aos estudantes negros, as chances de ingressos desses alunos aumentaram nessa instituição. Houve um redirecionamento do setor, já que as cotas criaram uma espécie de incentivo para os estudantes negros buscarem seu ingresso na UnB, levando uma parcela dos estudantes brancos para as instituições privadas.<sup>101</sup>

Esse modelo de programa racial serve como um incentivo à comunidade negra e auxiliam na perspectiva de consolidar uma política de reconhecimento e identidade dessa comunidade, ao valorizar os atributos físicos e culturais e desmestificar os estereótipos negativos.

As ações afirmativas são percebidas não somente como um remédio capaz de corrigir aspectos das relações raciais brasileiras, mas como um mecanismo capaz de corrigir o reconhecimento distorcido e a estigmatização que têm sido projetados sobre a população de cor preta e parda. (BERNARDINO, 2002, p. 267).

Acarretam, assim, um senso de pertencimento a um grupo social valorizado com suas características e peculiaridades Bernardino ainda acrescenta que por meio das políticas afirmativas “[...] surge a oportunidade inédita – para além da militância negra *strictu sensu* – de auto-reconhecimento positivo em ser negro no Brasil, isto é, cria-se a oportunidade de

---

<sup>100</sup> Ressalta-se que até o mês de Janeiro de 2012, esse projeto de lei encontrava-se em discussão, aguardando retorno da Mesa diretora da Câmara dos Deputados. (LOBÃO, 1999).

<sup>101</sup> O estudo formulado por Bowen e Bok (1998), analisou os programas de cotas aos negros nas mais importantes universidades e escolas técnicas americanas e concluiu pelas vantagens da adoção das cotas raciais. Por meio dos dados, comprovou-se que entre 1960 e 1995 houve um aumento de 5,4% para 15,5% de formandos negros nessas instituições. No mesmo período, nas faculdades de Direito houve um aumento de 1% para 7,55% de estudantes negros.

construir identidades negras no Brasil para além da militância”. (BERNARDINO, 2002, p. 263).

Analisando sob o ponto de vista estritamente econômico, a dificuldade dos negros acessarem e usufruírem do ensino superior provoca perdas e influencia o desenvolvimento econômico do país, na medida em que corre-se o risco de desperdiçar talentos humanos, que poderiam ser desenvolvidos, lapidados e aproveitados. Conforme observa Silva (2006, p. 142), “[...] deficiências do mercado causadas por discriminação racial e socioeconômica, podem resultar em desperdício de recursos humanos”. Dessa forma, as ações afirmativas são medidas que promovem os grupos ou pessoas excluídos e que não tiveram chances de desenvolver seu potencial profissional. Para Carlos Hasenbalg, “[...] o argumento passa então também pela maior eficiência de uma sociedade mais igualitária nas oportunidades, o que justificaria ações afirmativas para incentivar e propiciar o florescimento dos membros mais talentosos das minorias”. (HASENBALG *apud* GUIMARÃES, 2006, p. 267).

As políticas de ações afirmativas, na modalidade de reserva de vagas educacionais aos negros é uma forma de atuação promocional do Estado, no sentido de implementar “[...] políticas corretivas para garantir oportunidades iguais aos indivíduos que apresentem certas características grupais estigmatizadas”. (GUIMARÃES, 1999, p 104).

Assim sendo, mais uma vez, se afirma que essa concepção de política altera os contornos sócio-políticos tradicionais brasileiros, na medida em que criam oportunidades de acesso à educação superior, influenciando assim na mobilidade social dos negros.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que as ações afirmativas estabelecendo cotas educacionais no ensino superior para a população negra e carente, configuram mecanismos perfeitamente compatíveis com o sistema constitucional de 1988. Acredita-se que o debate sobre o direito à educação não se encerra com a implementação de tais medidas, já que elas são apenas um dos instrumentos para se efetivar acesso a direitos sociais como a educação e ao trabalho. Nesse sentido, percebe-se que o esforço em se concretizar tais direitos contribui para se alcançar gradativamente o direito à igualdade inclusiva e procedimental, minimizando, assim as desigualdades sócio-raciais entre os brasileiros.

Após discorrer sobre as políticas de reserva de vagas no ensino superior aos negros e sua legitimidade perante a ordem constitucional de 1988, é necessário, por fim, levantar e analisar as críticas mais contundentes quanto à essas políticas, que serão realizadas no próximo capítulo.

## **5 SOBRE A PERTINÊNCIA E ADEQUABILIDADE DAS POLÍTICAS DE RESERVA DE VAGAS EDUCACIONAIS AOS NEGROS NO BRASIL**

Com a ampliação da adoção das políticas de reserva de vagas para negros no ensino superior no Brasil, tais medidas tornaram-se centro de um acalorado e intenso debate público, que culminou, inclusive, com o ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 no Supremo Tribunal Federal, que questiona a constitucionalidade do programa de reserva de vagas aos negros instaurado pela Universidade de Brasília.

Essa espécie de ação afirmativa tem sido objeto de questionamentos nas mais diversas áreas do conhecimento humano, abrangendo as áreas jurídica, antropológica, ciência política, sociológica e econômica. Ou seja, as críticas possuem múltiplos aspectos e caráter eminentemente multidisciplinar. De acordo com Feres Júnior (2004, p. 292), “[...] o debate público sobre ação afirmativa para o ingresso de não-brancos no ensino superior está repleto de argumentos de princípio e de ordem prática, não raro misturados em cada texto ou fala”. Isso repercute também no ideário popular, por meio de divergências e dúvidas amparadas, inclusive, nos meios de comunicação. Grande parte da opinião pública não compreende como uma modalidade de discriminação pode ser admitida pelo sistema jurídico e considerada benéfica e vantajosa.

Diante do exposto, torna-se necessário, como último ponto deste estudo, delinear e analisar as principais críticas formuladas contra a implementação das políticas de cotas aos negros no Brasil. Além de expor essas divergências, pretende-se realizar, concomitantemente, um exercício contra-argumentativo a favor da pertinência das mesmas no contexto jurídico e social da realidade brasileira.<sup>102</sup>

Inicialmente, nota-se que variados segmentos sociais, principalmente o senso comum popular e alguns críticos ainda são resistentes em discutir a questão racial, haja vista que incorporaram a idéia da existência de uma hipotética democracia racial. A crença no mito da democracia foi construída em torno do fenômeno da mestiçagem, cuja excepcionalidade na figura do mestiço influenciou a formação do povo brasileiro. Dessa forma, tanto o dogma da democracia racial, quanto a miscigenação foram responsáveis pela idealização de igualdade entre os brasileiros. Essa conjuntura tornou-se motivo de orgulho para a “nação”.

---

<sup>102</sup> É necessário esclarecer que não há o propósito de tecer uma análise exaustiva das críticas referentes às políticas de reserva de vagas aos negros no setor educacional. A ousada pretensão extrapolaria os limites desse trabalho. A discussão não se encerra nessas linhas e desse modo, a pretensão é fomentar o debate ao trazer à tona as considerações refratárias mais influentes e refleti-las acerca de sua admissibilidade ou não quanto à realidade brasileira.

Entretanto, percebe-se que o mito da democracia racial, consolidado na primeira metade do século XX, age como uma espécie de paralisador do pensamento crítico a respeito da desigualdade sócio-racial entre negros e brancos no Brasil. Bernardino (2002, p. 256) acrescenta que o “[...] o mito da democracia racial e o ideal de embranquecimento deram origem a uma realidade social em que a discussão sobre a situação da população negra foi identificada como indesejável e até mesmo perigosa”.

A existência de uma grande população de mestiços no Brasil cria a falsa idéia de existência de harmonia e mobilidade nas relações sociais, já que não haveria empecilhos jurídicos para a convivência inter-racial. Sob essa ótica, a declaração formal de igualdade conjugada com a proibição de discriminação racial solucionam a questão racial, dispensando a necessidade de criação de ações afirmativas.

Telles e Bailey (2002) explicam que tal percepção equivocada se deve ao fato de existirem variadas desigualdades raciais no Brasil. As desigualdades raciais horizontais são mais flexíveis e se fazem presentes no cotidiano como nos casamentos inter-raciais e nas redes de amizades. Por outro lado, as desigualdades raciais verticais são mais rígidas e acentuadas e configuram a exclusão social, como por exemplo, a dificuldade que os negros possuem de acessar a educação de qualidade e postos de destaque no mercado de trabalho.

Sob essa ótica, debater a discriminação racial tornou-se um ato difícil e repudiado, já que existe a falsa idéia de aceitabilidade do negro, por meio da figura do mestiço. (FERES JÚNIOR, 2004). Isto é, a miscigenação do povo brasileiro inibe a discussão de racismo.

Tal argumento ainda se pauta pelo atual posicionamento científico de que é indesejável classificar os homens com base em critérios estritamente biológicos. Diante da inexistência de “raças”, a política legislativa brasileira deve permanecer neutra, com caráter a-racial, sem proceder atenções para determinada raça, a negra. Com base nesse raciocínio, discorda-se das políticas de preferências raciais, pois elas desconsideram o critério a-racial do sistema jurídico brasileiro, representando uma “ruptura com a tradição política brasileira”. (MAGGIE; FRY, 2004, p. 69).

Na opinião de Ivonne Maggie (2005), não é possível a criação de leis baseadas em critérios raciais com o intuito de distribuir direitos e justiça. Assim, para se combater o racismo deve-se destruir a idéia de “raça” ou grupo social. Tal posição é justificada diante da comparação com os Estados Unidos. Como os brasileiros nunca foram obrigados pelo Estado a classificar-se racialmente em termos formais (ao contrário do sistema de segregação racial estadunidense) é impossível combater o racismo, pois inexistem categorias raciais

identificadas. (AZEVEDO, 2004). Dessa forma, o conceito de raça nunca foi implantado e consolidado no imaginário popular brasileiro.

Obrigar o indivíduo a se auto-identificar como negro reforça a categorização dos brasileiros, coisa que o mito da democracia foi fundamental para eliminar essa ideologia classificatória. Na visão de Maggie (2008), não seria adequado abandonar o dogma da democracia racial para criar um ambiente separatista e desigual. Sob esse aspecto, o retorno da classificação obrigatória reforça a noção de inferioridade racial, incitando a crença de que os indivíduos são julgados pela cor.

Tal raciocínio assevera que a legislação racalista ao estabelecer a separação entre negros e brancos, fortalece o sistema binário de identidade. Sendo assim, desnatura as características brasileiras de miscigenação e de convivência “tolerante” entre os indivíduos. Dessa forma, isso causaria a extinção da figura do mestiço, já que o mulato teria que optar por uma dessas duas classificações raciais distintas. (MAGGIE; FRY, 2004).

Entretanto, deve-se ressaltar que esse tipo de crítica não procede porque, primeiramente, está baseada no ideal de democracia racial, cujas críticas já foram expostas anteriormente. Esse mito deve ser rechaçado, pois mascara a existência dos atos discriminatórios (tornando-se quase imperceptíveis aos sentidos do ideário popular) e obstaculariza a discussão do problema racial no Brasil.

Para os críticos, o processo de racialização pelo qual passam as políticas públicas, principalmente a educacional, restabelece o racismo pois reconhece a existência de raças e cria uma divisão dicotômica entre os brasileiros. No entendimento de Maggie (2008), as políticas de cotas raciais podem ser consideradas racistas, pois desejam impor uma espécie de separação oficial e compulsória de brancos e negros, com direitos distintos baseados na pertença a uma “raça”.

Tal visão é errônea e pode ser contra-argumentada utilizando-se a Lei de Diretrizes de Bases da Educação, que institui a obrigatoriedade do ensino da história e culturas afro-brasileira no ensino público e privado. Tal norma não pode ser considerada racista, muito pelo contrário, seu objetivo é fomentar e enaltecer o pluralismo da formação social brasileira. É uma forma de enriquecer o ensino, pois demonstra a existência e importância da figura do outro e acrescenta novos aspectos para a formação educacional, para que não se restrinjam aos padrões eurocêntricos.

Caso fosse seguir o mesmo raciocínio dos críticos que rejeitam a existência de leis fundamentadas por critérios raciais, deveria haver a mesma rejeição para leis pautadas por outros critérios como o gênero, o etário, as deficiências físicas. Por conseguinte, a Lei Maria

da Penha, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente não deveriam vigorar, pois restabelecem a discriminação contra os idosos, as mulheres e crianças.

É necessário salientar que esse trabalho não é a favor de se estabelecer uma identificação e separação racial dos brasileiros para fins de “benefícios” concedidos pelo governo. Apenas defende a existência de leis específicas que tomam por base algumas características pessoais para promover determinados setores sociais que ainda se encontram em situações assimétricas com relação aos demais indivíduos.

O argumento de retorno de normas racistas é influenciado comumente pela comparação com a sociedade norte-americana, que praticou por um longo tempo o racismo institucional e explícito. Todavia, como já discutido anteriormente, a ausência de atos explícitos de racismo não significa a inexistência de discriminação racial no Brasil. É um equívoco interpretar as políticas que adotam critérios raciais como medidas que restauram o racismo, até porque ele nunca foi eliminado da realidade brasileira. Pelo contrário, a discriminação racial persiste e se concretiza, principalmente, em atos sutis e camuflados na atual sociedade brasileira. Feres Júnior acrescenta que:

É importante notar que há uma fartura de dados que sugerem a existência de discriminação e racismo em nossa sociedade. Por outro lado, até agora não se produziram evidências empíricas que apontem o contrário, ou seja, a sua inexistência. (FERES JÚNIOR, 2004, p. 301).

Embora a ideologia racial não possa ser pautada por critérios biológicos, a concepção de raça ainda existe e é constituída por critérios culturais e antropológicos. O conceito de raça não pode ser restrito a um conceito científico objetivo, pois existem diferentes construções histórico-sociais sobre a raça. (IKAWA, 2008). Joaze Bernardino critica essa recusa ao reconhecimento de raças, pois consiste em:

[...] uma recusa estratégica que ocorre somente em momentos de conceder eventuais benefícios àqueles que são identificados como membros do grupo de menor *status*. A não separação de raças do ponto de vista biológico tampouco significa que elas não estejam separadas do ponto de vista social, da concessão de privilégios e distribuição de punições morais, econômicas e judiciais. (BERNARDINO, 2002, p. 255).

Nesse sentido, a utilização de critérios raciais que embasam a elaboração de algumas políticas serve justamente para combater as práticas raciais, haja vista que até o presente momento a legislação a-racial não foi suficiente para esse objetivo. Sabrina Moehlecke esclarece que:

O uso do termo “raça” e a explicitação de distinções raciais vigentes, como fazem as políticas de ação afirmativa, seriam uma maneira de desmascarar o racismo, como também de questionar a ausência de igualdade e a naturalização das hierarquias sociais brasileiras. (MOEHLECKE, 2004, p. 767-768).

O propósito dessas medidas positivas não consiste em criar ou acentuar o racismo. Elas devem ser compreendidas pela vertente contrária, “[...] já que são políticas voltadas para a correção do racismo”. (BERNARDINO, 2002, p. 264).

Outra crítica formulada e liderada tanto pelos antropólogos cariocas Peter Fry e Ivonne Maggie, quanto pelo sociólogo Demétrio Magnoli e por Ali Kamel, diretor de jornalismo da Rede Globo<sup>103</sup>, afirma que as políticas de preferência racial são perigosas, pois além de criar uma cultura de legislação racializada, elas são responsáveis por dividir a população entre negros e brancos e determinar direitos desiguais para cada grupo social. Para esses estudiosos, a racialização legislativa causaria uma ruptura da coesão e harmonia sociais ao formar dois grandes blocos raciais. Na opinião de Magnoli (2009), as políticas de reserva de vagas para os negros criam uma bipartição da sociedade em dois grupos sociais: os beneficiados e os “excluídos”. Sob esse aspecto, essa bipartição populacional pode gerar ressentimentos naqueles que se consideram desfavorecidos e excluídos. Ivonne Maggie também concorda e afirma que “[...] os brasileiros estão propondo leis com base na ‘raça’ que dividirão os cidadãos para fins de direito em brancos e negros”. (MAGGIE, 2008, p. 903). Segundo esse entendimento, tal conjuntura pode criar uma espécie de revanche entre negros e brancos, devido ao passado escravagista.

Para os críticos, essa nova engenharia social propiciada pela diversidade racial, ao invés de contribuir para a integração social dos negros, pode provocar sentimentos de animosidade e hostilidade. Ou seja, medidas que determinam reserva de vagas aos negros nos múltiplos setores possuem um potencial intrínseco para incitar situações de tensão e ódio entre os grupos sociais, aumentando, assim, o risco de conflitos inter-raciais. Isso levaria ao rompimento da paz social.

Ressalta-se, primeiramente, que essas críticas são desprovidas de qualquer argumentação teórica plausível, pois se baseiam em meras conjecturas hipotéticas e previsões negativas. Felizmente, depois de quase 10 anos de implantação das políticas de preferência

---

<sup>103</sup> Observa-se que essa crítica tem sido disseminada pelos meios de comunicação, já que Ali Kamel é um dos mais contundentes críticos das políticas afirmativas. Sua posição profissional auxilia na disseminação desse entendimento contrário e equivocados, tornando mais fácil a assimilação pelo senso comum popular.

racial, não existem notícias relativas a embates raciais envolvendo negros e brancos. Santos (2008) acrescenta que:

Não há antecedentes históricos que demonstrem a possibilidade de haver a ampliação dos conflitos raciais no Brasil, até mesmo porque todas as previsões na área das relações raciais brasileiras feitas anteriormente por políticos e cientistas sociais não se concretizaram. (SANTOS, 2008, p. 923).

Não se pode afirmar categoricamente que inexista tensão racial no Brasil. A ausência de tensões raciais explícitas, ao contrário do quadro social dos Estados Unidos, não deve ser um parâmetro para medir e considerar uma organização social como pacífica, igualitária e sem preconceitos.

Salienta-se que o receio do surgimento de conflitos inter-raciais é um dado contingencial e inerente em todas as sociedades contemporâneas, já que decorre da própria pluralidade e heterogeneidade da composição social.<sup>104</sup> Os conflitos sócio-raciais podem decorrer tanto de medidas comissivas, quanto da omissão estatal denegada a certos segmentos sociais privados do exercício de direitos fundamentais. Walzer (1999) elucida essa afirmação, quando escreve que:

[...] nem todas as reformas são transformações, e mesmo as transformações podem ser realizadas de modo gradativo, no decorrer de longos períodos de tempo. Conflitos e problemas são características fatais de qualquer processo, mas não rupturas e colapsos. (WALZER, 1999, p. 7).

É estranho que a tentativa de implantação de um ambiente escolar mais diversificado socialmente possa gerar e incitar conflitos de ordem racial. Cumpre elucidar que tais políticas constituem em instrumento de inclusão social de grupos minoritários, já que consistem em medidas especiais e temporárias, que buscam acelerar a efetivação da igualdade. (PIOVESAN, 2009). Em sociedades multiculturais como a brasileira, tais políticas acarretam a reflexão e transposição da diversidade que existe no meio social para dentro do ambiente acadêmico-escolar. Faz com que os estudantes entendam “[...] as diferenças culturais, aprendam a adotar perspectivas de indivíduos de origens diferentes e interajam em ambientes diversificados”. (SILVA, 2006, p. 142).

---

<sup>104</sup> Fernando Henrique Cardoso faz uma observação pertinente quanto aos conflitos inerentes e que desafiam as sociedades atuais. Para ele, “[...] há que conviver com a pluralidade de opiniões, com a multidimensionalidade dos temas, com os ritmos e tempos de debate que oscilam, com comunidades de interesses e de afinidade que se fazem e se desfazem. A pergunta é como lidar com essa fluidez e, ao mesmo tempo, gerar pontos de referência, valores, caminhos que representem algo mais do que uma sucessão de debates tópicos”. (CARDOSO, 2011, p. 90-91).

Dworkin (2005) observa que existem duas metas inerentes à ação afirmativa de cunho educacional: a diversidade estudantil e harmonia e justiça social. A diversidade e a convivência no ambiente escolar com indivíduos de variadas origens geográficas, classes econômicas e culturas contribui para a formação e aprimoramento da tolerância e respeito nos futuros profissionais. Apesar da existência do dissenso e posições discordantes em qualquer ambiente, essas características também ajudam a valorizar a importância do diálogo e da intersubjetividade. O que pode ser extremamente favorável para se aprimorar as práticas democráticas.

Nossas escolas sempre almejaram ajudar a melhorar a vida da comunidade, não só protegendo e aprimorando sua cultura e sua ciência, ou aperfeiçoando a medicina, o comércio e a agricultura, mas ajudando a tornar essa vida coletiva mais justa e harmoniosa. Nossas universidades e faculdades têm o direito de pensar que a segregação incessante e debilitante de raça, classe, ocupação e status é inimiga tanto da justiça quanto da harmonia. (DWORKIN, 2005, p. 572).

A justificativa do emprego de critérios raciais no processo seletivo é plenamente condizente para garantir o princípio do pluralismo social, inclusive, fomentar a diversidade nos ambientes educacionais, estabelecida no artigo 206, inciso III da Constituição de 1988.<sup>105</sup> Além do mais, a implementação de ações afirmativas pode ser fator essencial como forma de combater e diminuir a discriminação racial, que é um dos objetivos do Estado brasileiro.

Outra crítica formulada diz respeito ao princípio da igualdade e à legitimidade das ações afirmativas. De acordo com esse entendimento, as ações afirmativas violam e distorcem o princípio da igualdade pois as características e condições pessoais devem ser irrelevantes no tratamento das pessoas. De acordo com Maggie (2005), deve haver o estabelecimento de direitos comuns independente da raça ou etnia dos indivíduos.

Para os críticos, as políticas de cotas preferenciais aos negros são injustas porque violam os direitos dos brancos e de outros candidatos que foram rejeitados.<sup>106</sup> Roberta Kaufmann afirma que a política de cotas ao violar o princípio da igualdade, causa a denominada discriminação reversa, pois atinge o direito de outra pessoa que não contribuiu para a discriminação. Para essa autora, essa política “[...] fere o princípio da igualdade, porque

---

<sup>105</sup> Esse dispositivo constitucional preceitua como um dos princípios da educação o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas.

<sup>106</sup> Pesquisa realizada por Telles e Bailey (2002) informa que 52% das pessoas brancas entrevistadas são contrárias à reserva de vagas para os negros na universidade e 62% dos negros são favoráveis. O estudo ainda aponta que 54% dos brancos acham que o governo não deve realizar qualquer tipo de medida favorável aos negros, enquanto que 56% dos entrevistados negros concordam com medidas favoráveis.

os não-beneficiários acabariam por ser tratados de maneira desigual, na medida em que se delimita o direito de acesso a todos, com redução no número de vagas disponíveis”. (KAUFMANN, 2007, p. 228).

Contudo, tal entendimento está arraigado à interpretações do princípio da igualdade formal que se reporta ao paradigma do Estado Liberal. Sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito não cabe mais a concepção de que as políticas públicas devem ser neutras. Tal visão tradicional baseia-se na suposição de que o Estado não deve ter uma posição ativa para corrigir determinadas situações jurídicas, tendo em vista que essa espécie de comportamento estatal pode ser considerado como uma ingerência imprópria. Joaquim Barbosa afirma que “[...] fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos instrumentos de combate corresponde, na prática, assegurar a perpetuação da desigualdade”. (GOMES, 2001, p. 80).

Nas sociedades contemporâneas os indivíduos e grupos sociais possuem características e estilos de vida diferentes, múltiplos interesses e assim, demandam por soluções particularizadas e adequadas aos seus problemas. A unicidade de cada homem é formada pelo conjunto de autenticidades e peculiaridades subjacentes à condição humana e o Direito deve observar essas especificidades.

Diante do atual contexto de desigualdade entre segmentos sociais é necessário romper com a concepção liberal igualitarista. A neutralidade estatal ganha contornos omissivos que podem gerar problemas, muitas vezes, mais graves do que um suposto comportamento promocional excessivo do Estado. Desse modo, considerar critérios raciais nos processos seletivos educacionais “[...] são plenamente compatíveis com a Constituição quando concebidos com o fim exclusivo de corrigir injustiças, de promover a igualdade e não de segregar ou de marginalizar certos grupos de pessoas”. (GOMES, 2001, p. 77).

Sendo assim, o princípio da igualdade transcende a perspectiva meramente formal. A interpretação do direito à igualdade foi reconstruída para que sua compreensão esteja fundada sob as bases do paradigma procedimental e da democracia participativa, no sentido de promover a inclusão do maior número possível de pessoas. Cruz (2009) elucida que:

A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva, para viabilizar que o número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade. (CRUZ, 2009, p. 16).

Dessa forma, é possível apreender que a política de ação afirmativa é um instituto jurídico ajustado ao paradigma do Estado Democrático de Direito e a ordem constitucional de 1988 porque objetiva efetivar os princípios do pluralismo e da igualdade. Trata-se de um mecanismo para promoção de grupos sociais, como os negros, que historicamente foram discriminados e sofrem os efeitos da desigualdade racial. Galuppo e Basile (2006) explicam que:

O tratamento diferenciado dispensado a parcelas materialmente excluídas dos meios do direito e da política não é, necessariamente, um atentado contra a igualdade. [...] Dessa forma, as ações afirmativas podem ser legitimamente compreendidas como um critério de produção de igualdade toda vez que implicarem maior inclusão de cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas. (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 102).

Quando os processos seletivos estabelecem o critério racial, dentre outros, para a distribuição de vagas, não há o mínimo objetivo de excluir e discriminar os outros candidatos participantes desses processos. A observância do requisito racial perfaz um dos requisitos que são exigidos nos diversos processos de seleção. Dworkin (2005), com precisão, afirma que critérios que exigem qualificação ou características individuais são relativos e variáveis, pois devem ser conciliáveis com a modalidade de processo seletivo.

Em algumas competições, como os concursos de beleza ou os programas de perguntas e respostas, a qualificação é apenas uma qualidade física ou intelectual: o vencedor deve ser o mais bonito ou o mais instruído. Em outras, como a premiação de livros ou as medalhas concedidas por coragem, a qualificação é alguma realização anterior: o vencedor deve ser o candidato que produziu o melhor trabalho ou produto, ou demonstrou algum tipo de característica especial, no passado. Ainda em outras competições, porém, a qualificação é questão de possibilidades futuras, e não de realizações passadas ou de dotes naturais: uma pessoa racional não escolhe o médico em homenagem as suas habilidades ou para recompensá-lo por curas passadas. [...] Os responsáveis pelas admissões não devem oferecer as vagas como prêmios por realizações ou trabalhos passados, nem como medalhas por talentos ou virtudes inerentes: seu dever é tentar escolher um corpo discente que, no todo, venha a dar a maior contribuição possível às metas legítimas que a instituição definiu. [...] Nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente. (DWORKIN, 2005, p. 569- 572).

Outra crítica, liderada por Rosemiro Leal (2005) e consubstanciada numa visão estritamente processual do Direito, rejeita a utilização de políticas de ações afirmativas no Brasil. Para tal posição, os direitos fundamentais já estão acertados constitucionalmente e seu espaço de execução seria, tão somente, pelo devido processo constitucional. Por conseguinte,

a implementação de ações afirmativas violaria o direito à igualdade, entendido como princípio auto-discursivo e legitimador de validade do devido processo constitucional no qual a igualdade procedimental está pressuposta. De acordo com o referido autor:

Não é o reconhecimento de um “direito à diferença” que torna efetiva a igualdade procedimental, mas a igualdade procedimental (isonomia) como pressuposto da construção e aplicação normativa é que torna os diferentes iguais em direitos fundamentais, dispensando um insólito “direito à diferença a ser resgatado por ações afirmativas [...]”. (LEAL, 2005, p. 85).

Observa-se que esse raciocínio possui uma concepção liberalista e processual do princípio da igualdade e encontra-se, infelizmente, distante dos ganhos indelévels que giro-linguístico pragmático acrescentou ao Direito. Sob esse aspecto, tal entendimento concebe uma visão arcaica e ultrapassada do processo hermenêutico, já que vislumbra a Constituição e a legislação positivada como objetos pré-determinados pelo Estado-legislador, ocupando, assim uma posição estática no sistema jurídico.

No entanto, a Constituição deve ser interpretada como um *lócus*, espécie de ponto de partida para todo trabalho hermenêutico visando a produção da norma e a construção do significado dos direitos fundamentais. Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que:

A Carta não pode ser de antemão classificada, vez que não é algo estático. A Constituição não é, ela está sendo. Ela está em continuamente em processo de mudança e de antemão não se pode definir seu porto de chegada. Logo seus valores precisam construir sua significação de modo procedimental pelas vias estatais e não estatais consignados pela própria Constituição. (CRUZ, 2007, p. 174).

A mera enunciação e declaração constitucional dos direitos fundamentais não basta para que estejam à disposição e sejam exercitados por seus titulares. Dessa forma, para que esses direitos sejam efetivados, é necessário o esforço hermenêutico-constitucional no decorrer dos procedimentos discursivo-judiciais para construir o sentido da norma, levando em conta a argumentação dos sujeitos processuais e as especificidades do caso concreto.

A enunciação de um direito (inclusive de um direito constitucional) seria suficiente se o direito fosse uma entidade puramente formal, desligada dos resultados e do contexto. A partir do momento em que os direitos são vistos como entidades contextualizadas, a serem fruídos por todos e cada indivíduo em suas diferenças e vulnerabilidades, esses direitos devem ser especificados para além da enunciação e a ponto de tocarem (e transformarem) a realidade. A especificação dos direitos abarca, portanto, uma preocupação com o seu exercício igualitário, e uma preocupação com os contextos diversos. (IKAWA, 2008, p. 365-366).

No que tange aos destinatários das políticas, as críticas se dirigem no sentido de que as cotas não beneficiam os negros. Reservar vagas no processo seletivo aos negros é um mecanismo que traz desvantagens, pois pode provocar uma espécie de estigmatização e discriminação dos alunos cotistas.<sup>107</sup> Na opinião de Maggie e Fry (2004), haveria uma rotulação negativa do negro cotista, que ingressaria no ensino superior pela “reserva” e não pelos meios tradicionais e universais.

Por esse raciocínio, essa política positiva reproduz a supremacia branca, na medida em que transmite e perpetua uma imagem de inferioridade e desconfiança da competência e do potencial dos negros. Dworkin (2005) esclarece a crítica, no sentido de que as cotas podem fomentar a desconfiança quanto às realizações dos negros.

Nos entendimentos de Kaufmann (2007), as cotas geram nos negros sentimentos de vergonha e dúvidas sobre suas potencialidades, tendo em vista que podem induzí-los a pensar que não seriam capazes de participar do processo seletivo sem o auxílio estatal. Na opinião da referida autora:

Em vez de reforçar na sociedade a idéia de um grupo consciente que apenas está lutando pelos direitos que lhes foram negados no passado, a adoção de uma política de cotas pode vir a fomentar a imagem de esperteza, de jeitinho, de pessoas aproveitadoras e até despreparadas. (KAUFMANN, 2007, p. 232).

Nesse aspecto, as políticas poderiam fomentar atos de hostilidade e humilhação para com os ‘privilegiados’, já que os estudantes brancos poderiam achar que foram eliminados em decorrência do assistencialismo estatal. Ainda na opinião de Maggie (2008), a instituição das cotas é um ato paternal que pode humilhar e ofender os beneficiários, influenciando a autoestima dos mesmos, que passam a acreditar que necessitam de prerrogativas especiais do Estado.

Contudo, assevera-se que as ações afirmativas não consideram os negros inaptos para alcançarem por si mesmos certas posições sem a intermediação do Estado, criando, assim, vantagens para os mesmos. Como toda medida ou posição a ser tomada, existem as vantagens e desvantagens.

A ação afirmativa tem seu preço – tanto para os candidatos brancos decepcionados quanto para os negros bem-sucedidos que se ofendem com qualquer desconfiança de

---

<sup>107</sup> Pesquisa realizada pela Universidade de Brasília (*apud* IKAWA, 2008) informa que existe receio dos próprios estudantes que ingressaram por meio das cotas, com relação ao aumento da discriminação tanto no ambiente educacional e também no profissional. Na opinião deles, o mercado de trabalho pode rotulá-los como ‘cotistas’.

que precisaram de uma preferência especial para ter êxito. [...] Mas o preço moral e prático de proibí-la seria muito mais alto. (DWORKIN, 2005, p. 579).

Ressalta-se que as ações afirmativas não podem ser interpretadas sob a égide do paradigma do Estado Social<sup>108</sup>, como políticas de transferência de renda que fomentam a situação de dependência dos desamparados. E, acrescente-se que as políticas de reserva de vagas não consistem em privilégios ou favorecimentos concedidos pelo Estado à minoria negra. Corroborando com esse entendimento, Cruz (2009, p. 163) acrescenta que elas devem ser consideradas “[...] atos de discriminação lícitos e necessários ao fluxo comunicativo social. Logo, não devem ser vistos “como ‘esmolas’ ou ‘clientelismo’, mas como um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito”.

Conjugada à crítica do surgimento dos ‘cotistas’, está o receio de que o ingresso de estudantes negros com formação educacional deficiente, pela via da reserva de vagas, possa comprometer a qualidade e o rendimento do ensino ministrado nas universidades públicas. Na sua grande maioria, esses alunos são egressos do ensino público e adentram o sistema educacional com deficiências conteudísticas anteriores. Ou seja, o nível intelectual dos alunos cotistas seria insuficiente e incompatível para o ambiente do ensino superior pautado pela excelência acadêmica. Diante desse cenário estudantil, os negros “[...] estariam em melhor situação se estudassem em instituições menos exigentes, nas quais se ‘encaixariam’ melhor”. (DWORKIN, 2005, p. 554). Ao ingressarem em instituições de ensino superior de alto nível, os negros podem se sentir desestimulados e, inclusive, desistirem do curso, já que não conseguem competir com os brancos. Na opinião de Petry (2011), os negros devem frequentar faculdades com nível mediano, pois assim, não existirá tanta evasão escolar e poderão concluir o curso com a devida normalidade.

Todavia, as pesquisas realizadas com os próprios alunos que ingressaram no ensino superior por meio da reserva de vagas refutam essas críticas e demonstram entendimento contrário.

Pesquisa realizada por Bowen e Bok (1998) relata que os negros norte-americanos que ingressaram, durante a década de 70 do século passado nas melhores universidades americanas por meio de programas de preferência racial estavam compatíveis e corresponderam com o nível exigido pelas universidades. A prova disso é a obtenção de uma

---

<sup>108</sup> João Feres Júnior (2004) afirma que tais políticas não são inovações, já que na opinião desse autor elas iniciaram-se no paradigma do Estado Social de Direito e eram políticas públicas dirigidas a grupos específicos, no sentido de compensá-los e protegê-los. O autor cita algumas medidas como seguro-desemprego, bolsa-família, leite para crianças pobres.

remuneração maior do que a média dos negros portadores de diplomas universitários oriundos de universidades menos seletivas.

Pesquisa realizada por Winther e Golgher (2010) com estudantes da Universidade Federal de Minas Gerais que entraram sob o critério de bônus adicional, demonstra que o ingresso de estudantes negros provenientes de escolas da rede pública de ensino não compromete a qualidade do ensino nas universidades públicas. Os pesquisadores concluem que:

A adoção de medidas inclusivas para estudantes provenientes de escolas públicas estaduais e municipais pode ser muito eficiente como política de inclusão para grupos de pardos e pretos considerados desfavorecidos e também para extratos socioeconômicos mais vulneráveis [...] Qualquer que seja a política de bônus adicional, mesmo com o incremento significativo de estudantes originados dessas políticas, desde que esse incremento não seja demasiado, os novos ingressantes parecem ter potencial de aprendizado suficiente para que a UFMG não perca sua excelência de ensino. (WINTHER; GOLGHER, 2010, p. 356).

Outra pesquisa de autoria de Claudete Cardoso (2008), realizada desta vez com alunos cotistas na Universidade de Brasília, revela que em determinados cursos da área de Ciências Humanas o desempenho desses alunos é superior aos alunos não-cotistas, senão vejamos:

Os alunos da reserva de vagas superaram os alunos do sistema universal em mais de  $\frac{3}{4}$  dos 9 cursos em que tais diferenças são encontradas, variando de 10% em Pedagogia a 19% em Música. As simulações explicam em parte esse resultado, pois nesses dois cursos todos os candidatos que foram aprovados pelas cotas teriam sido aprovados no vestibular sem reserva. Porém, em dois outros cursos, Ciências Contábeis diurno e noturno, apesar das dificuldades de ingresso medidas pelas simulações, **os cotistas superaram os não-cotistas dentro do curso (32% e 14% respectivamente)**. (CARDOSO, 2008, p. 90, grifos nossos).

Por fim, a pesquisadora conclui que:

Percebemos, então, que na área de Humanidades, no grupo de cursos mais prestigiados, os alunos do sistema universal superaram seus colegas cotistas em termos de rendimento acadêmico apenas em poucos cursos; enquanto entre os cursos menos prestigiados socialmente, os cotistas quase sempre se saíram melhor do que os alunos do universal. (CARDOSO, 2008, p. 90).

A referida pesquisadora cita pesquisa liderada por Queiroz e Santos (2007) realizada na Universidade Federal da Bahia (UFBA), que analisou o rendimento dos alunos cotistas e indica que “[...] os cotistas obtiveram rendimento igual ou melhor que os não-cotistas em 61% dos 18 cursos mais concorridos daquela instituição”. (CARDOSO, 2008, p. 110).

Além do mais, no que se refere ao processo seletivo, o desempenho do candidato nesse tipo de procedimento pode não ser um bom indicador do rendimento escolar durante o curso. Haja vista que o conteúdo solicitado para a submissão a esse exame nem sempre será considerado como indispensável para a sobrevivência e o sucesso do aluno no desenrolar do curso. (CARDOSO, 2008).

Antônio Sérgio Guimarães (2003) acrescenta que elementos subjetivos como o racismo “introjetado” interferem nos sentimentos de auto-estima e confiança dos negros, projetando-se, assim, no desempenho durante momentos de competição e avaliação. Tal situação não acontece somente com os negros, já que também pode ocorrer com outros grupos sociais oprimidos.

Pode-se então concluir, que o desempenho acadêmico não pode ser medido somente por critérios objetivos ou a vida pregressa estudantil. A contribuição do aluno em termos de esforço e dedicação pessoal aos estudos pode ser fator essencial para superar as condições que estavam presentes quando do seu ingresso no curso.

No que tange aos destinatários do programa de cotas, este trabalho não desconsidera a nítida evidência que os negros, em sua grande maioria, são provenientes de uma educação pública de baixa qualidade e não possuem acesso a meios de informação confiáveis e desenvolvidos. Tal situação pode contribuir para a limitação intelectual e a dificuldade nos estudos.

Dessa maneira, é importante que as instituições educacionais criem e implementem medidas de apoio realizadas posteriormente ao ingresso dos alunos cotistas nessas instituições como forma de auxílio para que possam atingir o nível apropriado. É perfeitamente possível que tais entidades realizem algumas modificações a fim de se adequarem para receber indivíduos com diferenças e peculiaridades. (IKAWA, 2008).

Tais medidas podem se consideradas como espécie de programas de orientação, exemplificadas em medidas de auxílio financeiro (já que a maioria dos cotistas são oriundos de classes sociais inferiores e podem ter dificuldades para adquirir material didático), ampliação do número de bolsas de estudos parciais ou integrais, cursos de nivelamento para que possam auxiliar o aluno no acompanhamento das disciplinas, cursos de língua estrangeira e cursos de capacitação para desenvolvimento de pesquisas. Daniela Ikawa ainda cita outras medidas:

A inclusão abarca uma idéia de participação que pode ser estimulada na universidade pela adoção de tutorias extra-curriculares, de acompanhamento pedagógico, eventualmente psicológico (em decorrência da pressão pela

discriminação racial), pelo oferecimento de bolsas, e pela adoção de programas que envolvam a participação de brancos e negros com o intuito de provocar uma maior compreensão das diferenças estigmatizantes em *status*. (IKAWA, 2008, p. 378-379).

A ausência dessas medidas pode provocar o aumento da evasão escolar, pois os cotistas, muitas vezes, não possuem o mesmo patamar intelectual para acompanhar o desenvolvimento do curso, comparados com os outros alunos.

Portanto, não basta somente criar meios que aumentem o acesso dos negros à educação superior, sem efetivar medidas de nivelamento escolar para auxiliar o desenvolvimento intelectual desses alunos durante o curso. A verdadeira inclusão dos alunos-cotistas se realiza mediante a conjugação simultânea de políticas de reserva de vagas e de medidas complementares, a fim de que permaneçam no curso e consigam concluí-lo.<sup>109</sup> Galuppo e Basile (2006) concordam com essa afirmativa, pois na visão desses autores:

O sistema de cotas nas universidades não cumpriria seu objetivo se fosse apenas formal, ou seja, se apenas reservasse vagas para aqueles que se enquadrassem nos requisitos das cotas, sem fornecer-lhes as condições materiais para alcançarem os mesmos níveis de desempenho dos demais alunos. (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 104).

Além das medidas voltadas ao corpo discente, também deverão ser implantadas medidas direcionadas ao corpo docente no que tange à melhor capacitação acadêmica e social, aprimorando o manejo das diversidades sociais e intersubjetividades. (SANTANA, 2010).

Diante da observação precedente da necessidade de criação de medidas complementares para o desenvolvimento educacional do aluno-cotista, torna-se inócua a crítica levantada por Maggie e Fry (2004) de que as políticas de reserva de vagas são consideradas políticas de custo zero. Na opinião dos autores, as cotas não exigem investimento financeiro e, sendo assim, são políticas populistas que objetivam provocar um efeito social aos beneficiários sem onerar economicamente o Estado.

Ora, essa crítica é completamente equivocada pois como o exposto acima, as medidas suplementares que devem acompanhar as políticas de cotas demandam um considerável investimento financeiro do Estado.

Outra divergência relacionada com o ingresso dos alunos-cotistas diz respeito ao mérito. Para esse entendimento, as políticas de reserva de vagas violam o princípio

---

<sup>109</sup> A Lei nº 9394/ 96, Lei de Diretrizes e Bases (LDB), estabelece a possibilidade das universidades criarem atividades de extensão, que nesse caso, poderiam ser concretizadas em medidas de nivelamento para estudantes que estejam em posições deficientes. (BRASIL, 1996)

republicano do mérito, já que valorizam o quesito da identidade racial em detrimento das capacidades e desempenho individuais do candidato. A desconsideração do mérito no processo seletivo, pode provocar o decréscimo do nível educacional que vigora na maioria das universidades públicas.

O sistema meritocrático seria, assim, colocado em segundo plano, e as pessoas mais preparadas talvez não conseguissem ingressar na vaga desejada, por a política de admissão deixar de escolher os candidatos pelas maiores notas, ou pela maior capacidade, e sim por pertencerem a determinada raça, gênero, etnia e camada social. (KAUFMANN, 2007, p. 230).

Essa crítica se pauta por uma visão tradicional do método do vestibular, já que existe a concepção elitista de que o ensino superior deve ser reservado aos mais capazes intelectualmente para que prossigam e aprofundem nos estudos, formando, assim, profissionais competentes. O vestibular tradicional funciona como instrumento necessário para selecionar os alunos mais aptos mediante o critério meritocrático. (CARDOSO, 2008).

No entanto, a realização das políticas de cota não elimina e nem desprestigia o requisito do mérito para a seleção dos estudantes. Ele é necessário, pois é um valor republicano introduzido pela sociedade moderna como espécie de norma moral, em detrimento da valorização pessoal, da origem sanguínea ou da posição social. (FERES JÚNIOR, 2004).

O critério meritocrático não é antinômico com o princípio da igualdade e, de certa forma, continua sendo utilizado nos programas de cotas, já que são aprovados os candidatos que obtiveram melhores notas dentro do grupo que concorre para as vagas reservadas.

O princípio republicano do mérito não deve ser o único critério a ser considerado isoladamente como requisito que rege os processos seletivos. (IKAWA, 2008). A utilização exclusiva do mérito pode ser um fator que não contribui para estabelecer um processo seletivo justo e equânime entre os candidatos. Nesse aspecto, para reverter a desigualdade racial existente dentro das instituições de ensino, as políticas de cotas adotam o critério meritocrático juntamente com outros, como o racial. Ademais, a universidade e seu processo seletivo não devem “[...] funcionar como um sistema de premiação individual daqueles que já ocupam posição de *status* elevado em nossa sociedade”. (FERES JÚNIOR, 2004, p. 306).

Outra crítica desferida refere-se à valorização das políticas de cotas em detrimento das políticas educacionais universalistas. Para os críticos, como Ivone Maggie e Peter Fry (2004), a reserva de vagas para os negros no setor educacional provoca o desvio do debate público em torno da necessidade de políticas estruturais para melhorar a educação pública. Os autores

ainda sustentam que a solução para as desigualdades sociais estaria centralizada na implementação de políticas educacionais de aspectos gerais, melhorando, assim, o ensino público.

Tal crítica é absolutamente improcedente, já que a defesa de ações afirmativas educacionais não discorda da necessidade da implementação de medidas governamentais de cunho estrutural no ensino público fundamental e médio. Não se pode olvidar a urgência de se efetivar medidas direcionadas ao corpo docente (como melhor formação e qualificação dos professores, reformulação do plano de cargos e salários) medidas relativas à parte pedagógica como o aprimoramento dos métodos de ensino e investimento financeiro na parte física das escolas e no aumento do número de vagas disponíveis.

O Estado é o principal responsável pela situação deplorável que permeia o ensino público, já que até o momento essas políticas não foram realizadas com o devido empenho e atenção que requerem. O que se constata é que a adoção exclusiva das políticas universalistas além de exigirem um considerável período de tempo para atingir suas finalidades, não têm sido suficientes para corrigir as disparidades do sistema educacional, já que “[...] os critérios formalmente universais não são capazes de debelar a destituição, a exclusão e o sofrimento social”. (FERES JÚNIOR, 2004, p. 303).

Torna-se necessário, novamente, enfatizar que as ações afirmativas não possuem a pretensão de corrigir falhas e insuficiências estruturais arraigadas no sistema educacional. Tais políticas devem ser interpretadas como instrumentos complementares às políticas universalistas educacionais, pois consistem em medidas intermediárias, espécies de “[...] exceções às políticas universalistas universais, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto”. (IKAWA, 2008, p. 398).

Sob esse aspecto, a utilização das ações afirmativas, na espécie de política de cotas, não elimina e nem impede a execução simultânea das políticas universalistas. Cada tipo de política educacional possui suas vantagens e não deve ser considerada melhor ou superior a outra. Muito pelo contrário, ambas as políticas são compatíveis e devem ser conjugadas entre si, tendo em vista que possuem os mesmos objetivos no que tange à ampliação do acesso à educação superior, e assim, efetivação do direito à igualdade.

As diferenças entre essas políticas relacionam-se a seus destinatários e os critérios manejados. As ações afirmativas utilizam-se de critérios específicos e são dirigidas a um público mais restrito, já que consideram a posição vulnerável de certos grupos sociais, direcionando-se para esses segmentos. Na explicação de Feres Júnior (2004, p. 303), a “[...]”

ação afirmativa visa atacar especificamente a reprodução de desigualdades que escapa o alcance das políticas universais”. A política educacional afirmativa foi delineada a partir da perspectiva da igualdade inclusiva, princípio essencial do atual paradigma procedimental.

Por outro lado, as políticas universalistas educacionais possuem um caráter mais amplo, pois são dirigidas a um número indeterminado de pessoas, sem observar as peculiaridades e situações dos grupos sociais. Sendo assim, seu arcabouço jurídico foi delineado de acordo com a vertente formalista do princípio da igualdade.

Os critérios procedimentais de seleção dos cotistas, respectivamente a autonomia universitária, o número de cotas e processo de seleção, também são alvo de críticas.

Os críticos levantam a questão de que as políticas de cotas educacionais não deveriam ser criadas por atos oriundos de Conselhos Universitários e sim mediante lei *stricto sensu*.

No entanto, essa crítica choca-se com os dispositivos constitucionais de 1988, especificamente o artigo 207 e a própria Lei nº 9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação em seu artigo 53, incisos I e IV. Tais dispositivos normativos estabelecem a autonomia universitária para criar e organizar cursos e programas de educação superior e fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do meio. Por conseguinte, não há a exigência para que a criação e regulamentação de medidas afirmativas educacionais se dêem mediante a elaboração de lei pelo Poder Legislativo. Deve-se respeitar a plena autonomia e liberdade que as universidades possuem para criar esses programas, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelas mesmas e sem depender de atos jurídicos externos.

A liberdade acadêmica que prezamos significa, entre outras coisas, que cada instituição está livre, dentro de limites amplos, para definir metas para si mesma e estratégias acadêmicas, inclusive estratégias de admissão, que creia serem mais apropriadas a essas metas. (DWORKIN, 2005, p. 570).

Outra crítica formulada é quanto ao número reservado de vagas no processo seletivo para os candidatos cotistas. Haveria excessos na estipulação do número de vagas, já que o percentual poderia atingir metade das vagas da instituição de ensino.

Sob esse ponto de vista, há que se concordar com essa crítica, pois o número reservado para as cotas não deve ser rígido e sim variável. As políticas de reserva de vagas devem ser implementadas com prudência, aumentando gradativamente os percentuais para as vagas reservadas, de acordo com a avaliação do desenvolvimento e resultados dessas medidas. Exemplificando, o programa poderia iniciar com reserva de 20% das vagas, para,

posteriormente, dependendo da análise dos resultados das medidas, aumentá-las paulatinamente.

Esse programa deve ser adequado para cada realidade social e estudantil. Nesse sentido, é preciso observar as particularidades das regiões brasileiras, pois em determinadas localidades há uma necessidade maior de inclusão. Dessa forma, o número de vagas reservadas não deve ser fixo, e sim maleável, pois “[...] cada uma dessas regiões pode requerer percentagens diversas”. (IKAWA, 2008, p. 404).<sup>110</sup> A reserva de vagas deve ser compatível e proporcional ao número de componentes do grupo social destinatário da medida. A mesma autora ainda propõe que:

A percentagem deve ser calculada, buscando-se um meio termo entre políticas universalistas cegas à diferença e políticas afirmativas que pretendem equiparar a representatividade dos negros na sociedade e a representatividade dos negros na universidade. (IKAWA, 2008, p. 379).

Nesse sentido, o presente estudo discorda da formulação de uma única lei federal que determine um número geral e comum para todas as instituições de ensino superior, pois cada estado-membro da federação deve elaborar sua política afirmativa educacional específica.

Roberta Kaufmann (2007), crítica voraz das ações afirmativas, descarta a adoção de reserva de vagas, e propõe somente a adoção de metas, que seriam mais flexíveis e negociáveis.

Porém, a adoção de metas e diretrizes ao invés de cotas não terá a capacidade, por si só, de alterar o quadro de desigualdade racial no setor educacional. Como a própria autora assume, as metas são mecanismos negociáveis e podem não ser observadas e implementadas pelo Poder Público e pelas próprias universidades. Nesse sentido, as cotas possuem um caráter maior exigibilidade.

Tratando-se especificamente do processo seletivo, a exigência de autoclassificação dos candidatos tornou-se objeto de grandes controvérsias. Esclareça-se que a autoclassificação dos candidatos é um requisito exigido pela maioria das universidades públicas que adota o sistema de reserva de vagas aos negros.

---

<sup>110</sup> Como exemplo dessa afirmativa, cite-se a diferença de composição populacional das regiões meridionais e setentrionais do Brasil. Os estados do Sul possuem um maior número de pessoas brancas na sua composição social, desse modo, o número de cotas para negros poderia ser menor. Já os estados do Nordeste, como a Bahia, possuem outra realidade social e poderiam reservar um maior número de vagas para negros. Realidade diversa possui o estado do Amazonas, cuja política deve preocupar-se com a população ribeirinha e indígena.

A autotransclassificação se dá no momento da inscrição no processo seletivo, quando o estudante é obrigado a se identificar como preto, pardo ou branco para fins de participar ou não para as vagas reservadas aos negros. O fato em comum é que, de um modo geral, a inscrição de candidatos para as cotas está condicionada à autodeclaração baseada no fenótipo, ou seja, nas características físicas visíveis, como lábios, cor de pele, tipo de cabelo.<sup>111</sup>

Contudo, o critério da autotransclassificação pode gerar alguns problemas. O primeiro decorre do alto grau de miscigenação entre os brasileiros que acarreta a dificuldade em estabelecer com precisão quem é negro e quem é branco. De acordo com Bernardino (2002), a presença híbrida do mestiço no quadro social gera ambigüidades classificatórias. Ademais, a adoção pelo Brasil do sistema multirracial, no qual existem inúmeras classificações como branco, pardo, mestiço, mulato, negro<sup>112</sup>, cria dificuldades em identificar e estabelecer quais os verdadeiros beneficiários das reservas de vagas educacionais.

No entanto, Bernardino (2002) denuncia a dubiedade do sistema. Para o autor, existe uma dificuldade de identificar a figura do negro para fins de políticas de preferências raciais, no entanto, tal dificuldade não é encontrada para a identificação negativa do negro em outras situações.

Se no momento de definir vantagens para os brasileiros negros, assim como num momento não conflituoso, como a realização de um questionário, existem os supracitados problemas de classificação, estes problemas se dissipam quando se trata de distribuir punições simbólicas ou de fato. Todos sabem a quem se dirigem os insultos “negro safado”, “negro nojento”, “só podia ser negro” etc., assim como a polícia também sabe quem é negro. (BERNARDINO, 2002, p. 261-262).

Para os críticos, como Maggie e Fry (2004), o sistema de autotransclassificação é responsável por criar um sistema oficial de racialização da população, no qual há uma ingerência do Estado obrigando a população a se classificar racialmente, algo até então inédito no Brasil.

---

<sup>111</sup> Outras instituições, como a Universidade Federal de Mato Grosso utiliza fotos enviadas pelos candidatos como método de certificação racial. (MAGNOLI, 2009).

<sup>112</sup> Ao contrário do sistema multirracial, no sistema birracial norte-americano, como já amplamente explanado, existia a regra da “gota única de sangue” que definiu a origem individual de acordo com fatores de ancestralidade consanguínea. Essa regra anulava a possibilidade de existência de um indivíduo mestiço, sendo assim, as pessoas que não eram brancas eram classificadas como minorias, tais como negros, índios, asiáticos e hispânicos. O sistema censitário americano impõe aos cidadãos a escolha de 4 opções: branco, negro, índio americano e asiático ou originário das ilhas do pacífico. (MAGNOLI, 2009). Observa-se que houve uma maior facilidade em se implantar políticas de cotas aos negros nos Estados Unidos, já que regra da gota única de sangue estabelecia os limites raciais e distinguia os americanos em brancos e não brancos. “As iniciativas federais e universitárias de preferências raciais não precisavam se ocupar com a definição do público-alvo que seria beneficiado.” (MAGNOLI, 2009, p. 128).

Acrescente-se que o critério da autotransclassificação pode gerar fraudes.<sup>113</sup> Antônio Sérgio Guimarães (2003) aponta o risco do fenômeno da “carona”, no qual as pessoas que se identificam normalmente como brancas passam a se intitular negras ou pardas com o propósito de se beneficiar das cotas, gerando maior probabilidade de ingresso na universidade pública. Desse modo, essa situação incentivaria o candidato a assumir uma identidade racial que não é a original e faz com que o mesmo candidato não se importe e não interaja com o seu ambiente acadêmico. (MAGGIE, 2005). Demétrio Magnoli afirma que os candidatos podem escolher “[...] a opção pela declaração mais conveniente para a finalidade prática de conquista de uma vaga no ensino superior”. (MAGNOLI, 2009, p. 366).

Para corrigir essas distorções, algumas instituições, como por exemplo a Universidade de Brasília, criaram uma espécie de comissão interna que possui a função de analisar o fenótipo dos candidatos, inclusive com entrevistas pessoais. A partir dessa avaliação, esse órgão colegiado defere ou não os pedidos de inscrição. Ou seja, tal comitê possui a atribuição de decidir se o indivíduo pode ser ou não enquadrado como candidato beneficiário das cotas. Os críticos como Magnoli (2009), Maggie (2005) e Azevedo (2005) denominam esse órgão de ‘tribunal racial’ ou ‘comissões de juízes de cor’<sup>114</sup> já que possui a demasiada atribuição de decidir quem concorre ou não às vagas reservadas. Claudete Cardoso (2008), ainda acrescenta e afirma que essa comissão é desprovida de capacidade e requisitos científicos para analisar os pedidos, o que pode gerar decisões por demais discricionárias. Tais decisões podem causar injustiças aos candidatos pardos que forem rejeitados, e causar, assim, um conflito entre a auto-identidade (o reconhecimento de si mesmo) e a identidade imputada pelo outro.

João Feres Júnior (2004) propõe como alternativa que o beneficiário, no ato de identificar-se, utilize os mesmos critérios do IBGE, adotando as categorias do Censo, qual seja: pretos, pardos, índios, brancos e amarelos. E ainda defende o respeito da auto-identificação do candidato. “A autonomia moral de cada um é o pressuposto básico da cidadania democrática, e essa autonomia inclui fazer escolhas identitárias, por mais que estas possam parecer equivocadas aos olhos de alguns.” (FERES JÚNIOR, 2006, p. 57).

---

<sup>113</sup> As fraudes concretizam-se em atos praticados pelos candidatos que camuflam a realidade, ou seja, o candidato tenta adotar a característica exigida pela instituição para se candidatar às vagas reservadas. Exemplo disso é o candidato mestiço (com ancestrais brancos) que se passa por negro, ou o candidato que se passa por deficiente físico. Notícia veiculada pelo Jornal O Globo, em 26 de janeiro de 2011, informou que um jovem de 25 anos foi preso em flagrante diante da apresentação de um laudo médico falso declarando deficiência auditiva, na tentativa de concorrer a uma das vagas reservadas para deficientes no vestibular para o curso de medicina da Universidade Estadual da Bahia.

<sup>114</sup> A ADPF nº 186 também questiona a constitucionalidade desse comitê da Universidade de Brasília.

Concorda-se com a crítica, pois há o risco do surgimento de falhas e fraudes no sistema de autoclassificação. Diante da adoção do sistema multirracial torna-se mesmo difícil imputar objetivamente a ancestralidade do indivíduo.

Entretanto, é quase impossível evitar erros e falhas em qualquer tipo de procedimento. Sendo assim, a tentativa de burlar processos seletivos paira nos mais variados setores, como por exemplo, quando a Administração Pública realiza licitações ou concursos públicos. O risco da existência de fraudes “[...] é inerente a qualquer política pública, sejam os beneficiários pessoas de cor ou pessoas de determinado nível de renda”. (GUIMARÃES, 2003, p. 265). Como não se vislumbra, até o momento presente, outra opção para a seleção dos candidatos, deve prevalecer o sistema autoclassificatório até que seja desenvolvido um outro sistema mais aprimorado.

Além do mais, acredita-se que à medida que as políticas de cotas vão se intensificando, as falhas são detectadas com maior facilidade e podem eliminadas gradativamente. O aprimoramento do sistema se dá na prática, mediante a realização e efetivação dessas políticas. Conforme acrescenta Feres Júnior (2004, p. 307), é necessário uma constante reformulação de “[...] critérios e procedimentos com vistas a arrefecer os efeitos negativos e continuar a experimentação e o aprimoramento dos resultados da política pública”.

Quanto à adoção do critério racial pelas políticas públicas, pode-se concluir que esse requisito não pode ser fator exclusivo para se definir os destinatários das políticas de cotas. A ausência de um critério sócio-econômico, como por exemplo, a obrigatoriedade do candidato negro ter cursado integralmente o ensino público ou a renda *per capita* familiar, faz com que essas políticas beneficiem os negros pertencentes à classe média (que freqüentam escolas de qualidade e possuem condições de concorrer isonomicamente com candidatos brancos no vestibular), o que causa a distorção dessas medidas, gerando, assim, mais injustiça social. Dessa forma, a integração dos critérios racial e econômico faz com que as medidas atinjam, verdadeiramente, o seu público alvo, os negros de classe social inferior, que são os maiores prejudicados pela desigualdade racial.

Dworkin (2005) cita como alternativa, a legislação do estado norte-americano do Texas, que determina que as universidades devam aceitar alunos oriundos do ensino médio que atinjam a faixa de 10 % (dez por cento) das notas mais altas. O raciocínio de tal legislação é que “[...] já que algumas escolas de ensino médio são compostas quase exclusivamente por negros, espera-se que essa alteração aumente a admissão de negros nas universidades anteriormente mais exigentes do Texas”. (DWORKIN, 2005, p. 567).

Alguns críticos, como Kamel (2006) embasados sob o ponto de vista econômico, enfatizam que desigualdades sociais entre negros e brancos são causadas por outros fatores, que não o racismo. Afirmam que, em decorrência da alta miscigenação da sociedade brasileira, a discriminação racial não é um dos fatores que desencadeiam as disparidades sócio-raciais, pois essas seriam provocadas pelas diferenças de classes sociais e educação. Ou seja, de acordo com esse raciocínio as injustiças raciais resultam do modelo brasileiro de concentração de renda já que derivam da má distribuição de renda econômica que colocam os negros numa posição social inferior. Em decorrência dessa posição a discriminação dirigida aos negros seria de origem social e não racial. Por conseguinte, a posição do negro na sociedade brasileira não estaria relacionada à desigualdade racial, e sim, à pobreza. Nesse sentido, a desigualdade social está dissociada da desigualdade racial.

Kaufmann (2007, p. 258) comunga com esse raciocínio ao afirmar que “[...] fortes indícios demonstram que o verdadeiro anátema dos negros se localiza na precária situação econômica em que se encontram”.

Dessa forma, na opinião do economista norte-americano André Petry (2011), a solução para essa conjuntura seria por meio da liberdade econômica, o incentivo à livre iniciativa, ao livre comércio e a eliminação das restrições governamentais. O liberalismo capitalista pode reduzir a pressão da discriminação racial. Para esse autor, nas economias capitalistas é preciso aumentar as oportunidades para os indivíduos, ao invés de criar privilégios como as políticas de cotas.

Observa-se que os entendimentos acima descritos estão adstritos exclusivamente ao viés econômico. Na opinião de Cruz (2009), eles concebem a discriminação racial como um fenômeno puramente econômico e não cultural. Entretanto, tal concepção liberal-econômica peca ao desconsiderar a existência de outros fatores que relacionam-se entre si e contribuem para a desigualdade sócio-racial entre negros e brancos no Brasil, concretizada nas áreas econômica, educacional e cultural. Conforme assevera Claudete Cardoso:

Os indivíduos não nascem com as mesmas oportunidades, sendo seu desenvolvimento condicionado por fatores alheios a sua responsabilidade. No caso brasileiro, esses fatores são principalmente a origem social, a região onde mora, o sexo e a cor da pele. (CARDOSO, 2008, p. 21).

Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que “[...] a discriminação não deve pois, ser enfocada apenas sob o prisma do dado econômico, ignorando elementos socioculturais, antropológicos e psicológicos essenciais ao tema”. (CRUZ, 2009, p. 152).

Confirmando tal posicionamento, Carlos Hasenbalg, nos idos de 1979, publicou no Brasil, o estudo resultado de sua tese de doutorado “Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil”. Nesse estudo, o pesquisador concluiu que as desigualdades educacional e de renda estão relacionadas com a cor da pele e não com as classes sociais. Seriam, assim, frutos da discriminação e práticas preconceituosas. (HASENBALG, 1979).

Essa visão econômico da desigualdade racial pode ser refutada com o auxílio dos estudos da filósofa norte-americana Nancy Fraser. Por meio da Teoria Bidimensional da Justiça, a filósofa justifica que o problema da desigualdade social entre brancos e negros está relacionado a práticas discriminatórias e a falta de reconhecimento dos grupos minoritários.

Na concepção de Nancy Fraser (2008), as demandas por justiça social podem ser retratadas em 2 espécies: a demanda redistributiva e a política de reconhecimento.

A demanda redistributiva preceitua que as injustiças sociais decorrem de partilhas desiguais da riqueza e recursos sociais. Dessa forma, deve-se realizar uma distribuição mais equânime dos recursos e bens por meio de reformas sócio-econômicas (como medidas de redistribuição de renda e reorganização do trabalho) para que haja uma reestruturação político-econômica.

Por outro lado, a política de reconhecimento concebe que as injustiças sociais originam-se da falta de respeito e consideração com as características peculiares e específicas dos indivíduos ou grupos sociais. Nesse contexto, eles acabam ocupando um patamar de inferioridade e exclusão na interação social, que os impedem de participar plenamente da vida social e política. (FRASER, 2008). Sob esse aspecto, a política de reconhecimento possui como finalidade combater as injustiças culturais (o não-reconhecimento, a falta de reciprocidade e respeito e a dominação cultural) por meio de medidas que valorizem e respeitem as identidades e diversidades culturais dos grupos sociais historicamente subjugados. Ou seja, a justiça social concretiza-se pelo processo de reconhecimento de direitos pertencentes a essas minorias.

Todavia, no entendimento de Fraser, não se pode dissociar a política do reconhecimento das identidades culturais e a política da igualdade econômica, pois as injustiças social e econômica são co-originárias. Essas duas demandas, de reconhecimento e de equiparação econômica permeiam alguns grupos minoritários e fazem parte de uma única estrutura. Nesse aspecto, formam as duas dimensões inseparáveis da justiça, a denominada Teoria Bidimensional da Justiça. Nas palavras de Fraser (2008, p. 178), “[...] não se pode rejeitar completamente a construção da redistribuição e do reconhecimento como alternativas mutuamente excludentes”.

Fraser (2008) cita os negros como exemplo de grupo social no qual incidem essas duas modalidades de injustiça, pois sofrem simultaneamente com a má distribuição de renda e com uma conjuntura de não-reconhecimento identitário. A autora explica que:

Pautadas simultaneamente na estrutura econômica e na ordem de *status* da sociedade, as injustiças advindas do racismo incluem tanto a má distribuição quanto o não-reconhecimento. Na economia, a 'raça' organiza divisões estruturais entre empregos remunerados subalternos e não-subalternos, por um lado, e entre força de trabalho explorável e 'supérflua' por outro. Como resultado, a estrutura econômica gera formas racialmente específicas de má distribuição. [...] Na ordem do *status*, padrões de valor cultural eurocêntricos privilegiam traços associados à brancura (*whiteness*), enquanto estigmatizam tudo que codificam como 'negro, pardo e amarelo' paradigmaticamente – mas não apenas - pessoas de cor. [...] Difusamente institucionalizadas, as normas eurocênticas geram formas racialmente específicas de subordinação de *status*. (FRASER, 2008, p. 176).

Nesse sentido, as duas formas de injustiça que recaem sobre os negros concretizam-se em atos de violência, escravização, desvalorização da cultura, discriminação nas esferas públicas, inacessibilidade a direitos sociais como habitação, saúde e educação. Portanto, as demandas da minoria negra se realizam, concomitantemente, na dimensão do reconhecimento e na área econômica, pois são necessários tanto a medidas de redistribuição econômica, quanto o reconhecimento e respeito da identidade desse grupo social. Essas duas nuances de justiça social são complementares entre si porque a má distribuição de recursos materiais e o não reconhecimento interferem na temática dos direitos fundamentais.

As dimensões de distribuição e de reconhecimento interagem uma com a outra. Mas, a má distribuição racista não é simplesmente um subproduto da hierarquia do status, nem o não –reconhecimento racista é completamente um subproduto da estrutura econômica. [...] Nenhuma dimensão pode ser solucionada indiretamente, portanto, mediante remédios dirigidos exclusivamente para a outra. A superação das injustiças do racismo, em suma, requer tanto a redistribuição quanto o reconhecimento. (FRASER, 2008, p. 176).

Somente com a observância dessas duas dimensões de justiça a participação dos negros na esfera pública poderá ser consolidada, em simétrica paridade com outros grupos sociais. No entendimento de Fraser (2008, p. 181) “[...] a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros adultos da sociedade interagir uns com os outros como pares”.

Portanto, o exame da problemática que envolve a discriminação racial não se deve pautar somente pela visão estritamente econômica, pois o emprego isolado de medidas econômicas não será capaz de proporcionar uma verdadeira inclusão social do negro. O combate à discriminação racial e seus efeitos pode se realizar por meio da efetivação de

políticas de reconhecimento das identidades culturais, juntamente com medidas de redistribuição econômica.

Assente nesse ponto, que as políticas de reserva de vagas educacionais para os negros consistem em ações que levam em conta esses dois critérios referidos, já que proporcionam o reconhecimento da identidade e cultura da minoria negra e propiciam a inserção desse grupo nos setores sócio-econômicos, por meio do acesso à educação superior.

A questão que permeia toda a temática das ações afirmativas não é uma defesa simplista da importação do modelo norte-americano de políticas de admissão sensíveis à raça, a fim de coadunar com um discurso retórico-populista de inclusão dos negros. É óbvio que a importação ortodoxa de um instituto jurídico eminentemente criado no direito comparado não contribuirá para a solução do problema racial, e sim poderá acarretar outros tipos de transtornos.

Demétrio Magnoli (2009) critica essa importação e denuncia que a implantação de ações afirmativas decorre da influência que organismos internacionais e fundações privadas, como a Fundação Ford, exercem sobre o Brasil. Para esse sociólogo, essas políticas seriam produtos da doutrina do multiculturalismo e do capitalismo americano que impõem sua ideologia racial nos pesquisadores brasileiros.

Cumprе ressaltar que antes de se implementar qualquer programa sério e comprometido com a finalidade das políticas afirmativas, há que se observar algumas premissas essenciais presentes na realidade brasileira.

É preciso adaptar e interpretar tal instituto jurídico de acordo com a cultura e ordem jurídica brasileiras para que seja possível elaborar um modelo genuinamente brasileiro de políticas de cotas educacionais aos negros de baixa renda. O trabalho de adequação dessas políticas à realidade econômica brasileira realiza-se por meio de planejamento estatal (principalmente o de ordem financeira) e de uma ampla análise da estrutura do sistema educacional. É fundamental, inclusive, refletir quais as finalidades que se pretende atingir, identificando os setores sociais e destinatários dessas medidas e as regiões geográficas beneficiadas.

A criação e efetivação de qualquer política pública pode gerar benefícios, divergências e controvérsias entre os envolvidos. Sendo assim, a elaboração e execução de qualquer tipo de ato normativo, incluindo as medidas afirmativas educacionais, devem estar pautadas sob bases da democracia participativa. No atual contexto do paradigma procedimentalista, os programas de reserva de vagas não devem ser impostos por um ato unilateral do Estado, sem

a abertura do debate público aos interessados, como a comunidade acadêmica, as organizações sociais e corpo discente.

As políticas públicas que visam assegurar a igualdade entre os cidadãos, por meio das ações afirmativas, dependem do respaldo das comunidades envolvidas. Nesse sentido revela-se de grande importância o debate coletivo. (APPIO, 2008, p. 350).

O envolvimento argumentativo dos sujeitos envolvidos (cujos interesses estão em pauta e sofrem as consequências do provimento) tanto nos procedimentos de elaboração normativa das políticas educacionais, como na execução pelo Poder Público torna-os espécie de coautores das medidas afirmativas. O fenômeno da colegislação está intrínseco à legitimidade do Direito contemporâneo, já que a participação e deliberação dos sujeitos de direito contribuem para a legitimidade do ato decisório, na medida em que há compreensão e aceitação do provimento normativo.

[...] a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 2003a, p. 138).

Para além disso, a responsabilidade pelas deliberações e condução dos negócios públicos relaciona-se com a emancipação dos sujeitos de Direito e a cidadania. Ambas perfazem o arcabouço da autonomia pública. Corroborando com o entendimento, Sampaio (2010) ressalta que:

Não há, seja no plano normativo, seja em sua realidade, modelo dialógico ou *responsive democracy* sem que a sociedade ocupe o centro dos processos deliberativos e seja capaz de sustentar as prioridades constitucionais nos fóruns decisórios primários (legislativos e executivos) e derivado-recursivos (judiciais). (SAMPAIO, 2010, p. 273).

Cumprе salientar que as ações afirmativas e suas múltiplas espécies já citadas, são medidas jurídicas temporárias e transitórias e devem passar por um processo contínuo de monitoramento jurídico, com a análise de seus procedimentos e efeitos. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009) observa criticamente que as discriminações positivas devem sofrer um constante processo de verificação de sua legitimidade por meio dos procedimentos discursivos de justificação e aplicação das normas. Nesse mesmo entendimento, Galuppo e Basile (2006) acrescentam que:

Só se pode avaliar se políticas públicas afirmativas contribuem ou não para a realização da igualdade caso a caso, não possuindo essa questão uma resposta abstrata, porque o que deve ser avaliado é se tais políticas criam ou não desigualdades no caso concreto, ou seja, se permitem maior ou menor inclusão social. (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 102).

Desse modo, a provisoriedade dessas medidas afirmativas cessa quando elas atingem os resultados pretendidos, quais sejam a inclusão dos negros no setor educacional, ocasionando a redução das desigualdades raciais. A partir desse momento configura-se a estabilidade dessas medidas ao estabelecer um “[...] um limite temporal final à ação afirmativa, quando a melhora do reconhecimento e do *status* econômico puderem persistir retirada a preferência”. (IKAWA, 2008, p. 378).

A consecução dessas políticas por prazo indefinido pode torná-las medidas assistencialistas, alimentando a situação de dependência das classes sociais inferiores. Nesses termos, as políticas de ações afirmativas não podem ser interpretadas como uma única opção política para enfrentar o problema da desigualdade social. A pretensão desses programas não perfaz a eliminação da miséria e sim proporcionar uma maior acessibilidade dos negros de baixa renda ao ensino superior, enquanto não são realizadas as mudanças estruturais no âmbito do setor educacional.

Conforme já explanado, as políticas afirmativas de preferência raciais são mecanismos alternativos que combatem discriminação racial no setor educacional e no mercado de trabalho ao reconhecerem as identidades culturais da minoria negra e promoverem sua integração nos variados setores. Esse cenário social só tende a prestigiar o princípio da pluralidade sócio-política. Dworkin (2005) assevera que a meta de diversidade está ligada à função de responsabilidade que é exigida das instituições de ensino superior. O referido autor explica que:

[...] ninguém duvida de que as grandes universidades, principalmente as de maioria branca, tenham a responsabilidade social e educacional de procurar um corpo discente diversificado de muitas maneiras, e quaisquer dessas universidades que abandonassem essa finalidade por completo estariam se comportando de maneira irresponsável. As universidades de elite acreditam que hoje em dia seria irracional procurar a diversidade de origem geográfica, de classe social e de orientação cultural, e não procurar também a diversidade racial. (DWORKIN, 2005, p. 602).

Diante dos inúmeros argumentos levantados, as políticas de reserva de vagas educacionais aos negros são mecanismos jurídico e constitucional que propiciam a ampliação do exercício dos direitos sociais, como a educação, refletindo na efetivação do princípio da igualdade inclusiva e procedimental para os negros. A esse propósito, Menelick de Carvalho

Netto destaca que no atual arcabouço constitucional, os direitos fundamentais adquirem uma conotação procedimental “[...] que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma”. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37).

A vertente crítico-deliberativa da Constituição Republicana de 1988, fomenta a formação de canais institucionalizados que propiciem a manifestação dos cidadãos nos procedimentos deliberativos. Nessa perspectiva, delinea-se a construção do Direito sob bases legítimas, nas quais as ações afirmativas desempenham um papel sumamente importante.

Tratar diferentemente os negros, criando, por meio dos direitos fundamentais, condições de inclusão social, significa tratá-los de modo juridicamente adequado, o que é necessário para assegurar a legitimidade. [...] a legitimação do direito só pode ser dar se houver uma igual possibilidade de participação real nos discursos de formação da opinião e da vontade, o que exige, muitas vezes, um tratamento diferenciado daqueles que são faticamente excluídos, implementando-se uma igualdade produtora e produzida pelo Estado Democrático de Direito. (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 105).

Por fim, salienta-se que a defesa empreendida nesse trabalho concernente à implementação das políticas de preferência racial aos negros relaciona-se a um deslocamento do discurso dialético.

O argumento recorrente de resgate e reparação históricos para com os negros é de difícil compreensão para os brasileiros que não vivenciaram o período escravagista e por isso, muitas vezes, se sentem descompromissados com essa experiência. Dessa forma, o impasse racial brasileiro está sempre submetido a um passado que não possui responsáveis. Tal cenário dantesco é muito bem captado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, quando fala do homem, suas relações humanas e o tempo.

A diacronia se aprofunda quando o Dasein tem que lidar com um tempo que nunca foi o seu, ou seja, tem que lidar com a história em que foi lançado e que é sua sem que de fato ele a tenha vivenciado. A dificuldade que o Brasil vive pela rejeição com ações afirmativas em favor da minoria negra guarda estreita relação com a diacronia, pois, se o tempo é um fenômeno estritamente individual, é sempre difícil lidar com aquilo que ao mesmo tempo é meu e que também não é meu. A escravidão é um fato que constitui o nosso passado, mas que não é uma lembrança ligada à memória individual do Dasein. Por conseguinte, a diacronia facilita o esquecimento da responsabilidade intergerações, pois como fenômeno jamais poderá ser reduzida por um argumento da racionalidade redutora típico da Filosofia da consciência. (CRUZ, 2011, p. 145-146).

Apesar das práticas discriminatórias raciais e seus efeitos transcenderem o fator temporal e as relações humanas, a idéia recorrente da culpa e dívida dos brancos deve ser

transmudada para um compromisso presente com a minoria negra que tenta interagir socialmente e exercitar seus direitos. Práticas realizadas, até o momento, sem sucesso.

A peculiaridade desse contexto jurídico e social consiste no empenho em transformar o quadro de desigualdade sócio-racial que permeia as relações entre negros e brancos. Para isso, as medidas afirmativas são mecanismos que possuem a capacidade de reconfigurar as relações e identidades sociais até então estabelecidas e realocá-las em patamares de simétrica paridade.

## 6 CONCLUSÃO

O pleno exercício de direitos fundamentais por grupos sociais minoritários, nas sociedades contemporâneas, ainda é uma questão persistente no sistema jurídico internacional e também nas ordens internas do século XXI. Mesmo com a existência de inúmeros documentos jurídicos (Constituições e tratados internacionais) que declaram a igualdade dos homens, constata-se que essa positivação ainda se faz incompleta no que tange à sua eficácia. Essa assertiva pode facilmente ser demonstrada por meio de fatos relativos à práticas discriminatórias nas mais diversas sociedades. Os exemplos envolvem desde o atual governo francês que está em franca repressão contra o direito de liberdade de manifestação religiosa da minoria muçulmana, perpassa os conflitos étnicos existentes em quase todo continente africano até recair na sociedade brasileira cuja realidade ainda está envolta em atos de preconceito racial (contra negros e nordestinos, por exemplo) e em precárias relações de trabalho, que dispensam a muitos trabalhadores o tratamento análogo a de um escravo. A ideologia de enxergar o outro como um ser inferior e desprovido de direitos ainda está intrínseca na condição humana.

Com relação à minoria negra brasileira, as experiências de opressão e subjugação ainda remanescem na forma de preconceito e desigualdade sócio-econômica para grande parcela dos negros. O cenário continua desvantajoso e desproporcional no que tange ao direito de igualdade e fruição dos direitos fundamentais, como o direito à educação superior, assegurados na Constituição Republicana de 1988.

Esse marco jurídico estabelece uma reconstrução e interpretação do princípio da igualdade compatível com o paradigma procedimental ao inaugurar um sistema promocional voltado especialmente para determinados segmentos sociais, como os negros, mulheres, portadores de necessidades especiais. Entretanto, nota-se que existe uma relação dialética entre a igualdade de direito e a implementação da igualdade de fato consubstanciada em empecilhos de ordem econômica, cultural e ausência de vontade política. É o retrato da própria contingência do Direito na pós-modernidade.

Em que pesem tais obstruções, elas têm sido ultimamente mitigadas frente a adoção gradativa pelo Estado de políticas de ações afirmativas objetivando a proteção e inclusão sócio-econômica desses setores sociais desfavorecidos. Pode-se concluir que tais políticas consistem em mecanismos perfeitamente compatíveis e legítimos consectários à ordem constitucional de 1988 e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois promovem o direito à igualdade inclusiva e procedimental de negros, idosos, mulheres e portadores de

necessidades especiais. Nesse sentido, as políticas de reserva de vagas no ensino superior para a população negra proveniente de escolas públicas auxiliam para a concretização dessa finalidade ao proporcionar o acesso dos negros à educação pública de nível superior. O exercício do direito à educação é um fator que atenua as disparidades sociais entre negros e brancos, influenciando favoravelmente o quadro de mobilidade social no Brasil.

No atual contexto jurídico, a questão racial exige uma postura mais pró-ativa e responsável por parte da sociedade e do Estado brasileiros, no combate às desigualdades sociais e à herança de uma cultura sócio-jurídica de segregação racial. Como demonstrado ao longo desse estudo, a desigualdade sócio-racial deve ser combatida por meio de múltiplas medidas, tanto pelas tradicionais legislações repressivas que combatem práticas de discriminação racial, mas principalmente, utilizando políticas públicas que estabeleçam o reconhecimento e a valorização da identidade e cultura da comunidade negra no objetivo de alçá-la a padrões mais equânimes de justiça social. As ações afirmativas incidem sob variadas perspectivas pois combatem a discriminação e, concomitantemente, promovem a integração e representação cultural dos negros junto à sociedade e ao sistema econômico.

A concepção retrógrada de que as ações afirmativas violam direitos individuais deve ser completamente ignorada. Sob esse aspecto, a concepção do direito individual deve ser reconstruída em contornos mais amplos sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito. O sistema de direitos fundamentais não pode ser interpretado de uma forma estanque ou hierárquica, pois existe uma interdependência entre todas as espécies de direitos. Dessa forma, é necessário que a realização de um direito individual seja compatível com a promoção de direitos referentes a grupos sociais vulneráveis.

É importante ressaltar que a efetivação dos direitos da comunidade negra consiste em uma questão muito mais complexa e intrincada que perpassa a problemática econômica e jurídica, pois traz como pano de fundo a tradição e cultura brasileiras que foram historicamente delineadas em torno de teorias racistas, do regime escravagista e visualizando o negro como um indivíduo inferior e subjugado. E as ações afirmativas, ao valorizar a identidade e cultura da comunidade negra, podem contribuir para alterar essa percepção do ideário popular.

Por óbvio, que as políticas de reserva de vagas educacionais, assim como todo projeto humano, guardam incertezas e falibilidades já que não paira uma verdade absoluta em torno da perfeição e exatidão dessas medidas. Desse modo, tais medidas devem ser submetidas a um constante processo de reconstrução e, caso necessário, revistas pela jurisdição

constitucional. O que importa, nesse ponto fulcral, é a transformação do comportamento omissivo e letárgico do Estado para atitudes positivas e promocionais dirigidas aos negros.

O debate sobre o direito à educação não se exaure com a implementação das ações afirmativas, já que o problema de acesso e representação dos negros no setor educacional deve permear toda a discussão sobre políticas universais ou específicas para fins de educação pública de qualidade.

O esforço de se concretizar o acesso dos negros à educação superior, contribui para se alcançar gradativamente o direito à igualdade inclusiva e procedimental, minimizando, assim as desigualdades sócio-raciais entre os brasileiros e reequilibrando a engenharia social. Para além disso, as políticas afirmativas auxiliam para a mudança de concepção em torno das diferenças e peculiaridades inerentes a cada indivíduo ou grupo social, tendo em vista que o processo de construção e efetivação de uma sociedade isonômica e pluralista passa pela notabilização e respeito das singularidades humanas. Só assim, o projeto de efetiva formação de um Estado democrático e republicano poderá ser verdadeiramente aprimorado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. Cota racial e Estado: abolição do racismo ou direitos de raça?. **Cadernos de Pesquisa**, v. 34, n. 121, p. 213-239, jan./abr.2004.
- BALIARDO, Rafael. Presença de juiz em homenagem irrita advogados. **Revista Conjur**, 14 maio 2011. Disponível em: <[www.conjur.com.br/noticias/caminhosopostos](http://www.conjur.com.br/noticias/caminhosopostos)>. Acesso em: 14 maio 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade e as ações afirmativas. **Lua Nova Revista de Cultura e Política, São Paulo**, n. 63, p. 103-141, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n63/a05n63.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2011.
- BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 247-273, 2002.
- BITTAR, Eduardo C. B. Ética, cidadania e constituição: o direito à dignidade e à condição humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 8, jul./dez. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-125-Eduardo\\_Bittar.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-125-Eduardo_Bittar.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOWEN, William; BOK, Derek. G. **The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions**. Princeton: Princenton University Press, 1998.
- BRASIL. **I Plano Nacional de Direitos Humanos**. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/index/htm>>. Acesso em: 14 out. 2011.

- BRASIL. **II Plano Nacional de Direitos Humanos**. 1996a. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/index/htm>>. Acesso em: 14 out. 2011.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2011.
- BRASIL. **Convenção internacional sobre todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2011.
- BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7853, de 24 de outubro de 1989, dispôs sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.
- BRASIL. Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002. Institui no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 mai. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4228.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 dez. 2004. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 1969. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836&norma=119603>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 23, de 1967a. Aprova a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 jan. 1968. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=117499&tipoDocumento=DLG&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/dmdocuments/decreto186.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Decreto- Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 4 nov. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto\\_lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto_lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 1951. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/afonsoarinos/.htm](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/afonsoarinos/.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça, cor, sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1985. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/cao/.htm](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/cao/.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988. Autoriza o Poder Público a constituir a Fundação Palmares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 ago. 1988. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_07/igual.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_07/igual.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jan. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989a. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 out. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceitos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1990. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_07/igual.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_07/igual.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990a. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 abr. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.882, de 3 de junho de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 20 de Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que “define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8882.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.889, de 29 de junho de 1994a. Concede passe livre às portadores de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.315, de 20 de novembro de 1996b. Inscreve o nome de Zumbi dos Palmares no Livro dos Heróis da Pátria. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1996. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_07/igual.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_07/igual.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996c. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os artigos 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 mai. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9459.htm)>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997a. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002a. Cria o programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 nov. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10558.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10558.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática da “História e Cultura Afro-brasileira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110639.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110639.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003b. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 mai. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10678.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei n. 10. 891 de, de 09 de julho de 2004, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jan. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato\\_2004-2006/2005/Lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2004-2006/2005/Lei/L11096.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.128, de 28 de junho de 2005a. Dispõe sobre o Programa Universidade para Todos e altera o inciso I do art. 2º da Lei 11.096 de 13 de janeiro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.leidireito.com.br/lei-11128.htm>>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal e a lei de Execução Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/111.340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/111.340.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 11.645, de 10 de março de 2008a. Altera a lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei n.10.639 de 09 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática da “História e Cultura Afro-brasileira e Indígena. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/111645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/111645.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, 9.029 de 13 de abril de 1995, 7.347 de 24 de julho de 1985, e 10.778 de 24 de novembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/L12288.htm)>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Portaria nº 202, de 4 de setembro de 2001. Estabelece cotas para negros e negras em cargos de direção, no preenchimento de vagas em concurso público, na contratação de empresas prestadoras de serviço e por organismos internacionais de cooperação técnica. Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 set. 2001. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_07/igual.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_07/igual.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Portaria nº 484, de 22 de agosto de 2002b. Ministério da Cultura. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2010/09/30/cultura-afro-brasileira-10>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Portaria nº 610, de 26 de dezembro de 2011. Dispõe sobre os parâmetros de priorização e o processo de seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Portarias/Portaria\\_610\\_26-12-2011.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Portarias/Portaria_610_26-12-2011.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2012.

BRASIL. Portaria nº 1.156, de 20 de dezembro de 2001a. Institui o programa de Ações Afirmativas do Ministério da Justiça, estabelecendo cotas para os afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência na ocupação de cargos de Direção e Assessoramento Superior (DAS) e nas contratações de empresas prestadoras de serviços, técnicos e consultores. Ministério da Justiça. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 2001.

Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_07/igual.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_07/igual.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Resolução nº 1, de 17 de junho de 2004a. Institui diretrizes curriculares nacionais para a educação das relações étnico-raciais e para o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana. Ministério da Educação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 2004.

Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/res012004.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186. Relator: Ricardo Lewandovsk. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Relator: Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 614.873. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, 29 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

CAIXA tira do ar propaganda que retrata Machado de Assis como branco. **Revista Época**, 21 set. 2011. Disponível em: <[www.revistaepoca.com.br/televisao](http://www.revistaepoca.com.br/televisao)>. Acesso em: 22 set. 2011.

CARDOSO, Claudete Batista. **Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão**. 2008. 134f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://www.repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1891/1/2008\\_ClaudeteBatistaCardoso.pdf](http://www.repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1891/1/2008_ClaudeteBatistaCardoso.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2011.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A soma e o resto: um olhar sobre a vida aos 80 anos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosófica constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2. ed., n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/numant.php>>. Acesso em: 2 jan. 2012.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Jonas Camargo Leite, Eduardo Fonseca. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre a teoria da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DE IMPROVISO, Dilma cria cotas em bolsas de estudos. **Revista Veja**, 27 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.veja.com.br/educação>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Assembleia Nacional Constituinte. França. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-nterioresacriaçãodasociedadeasnações>>. Acesso em: 25 jul. 2001.

DEGLER, Carl N. **Nem preto e nem branco**: escravidão e relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1971.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1429194. Relator: Sérgio Bittencourt. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 mai. 1997. Disponível em: <<http://www.tjdf.jus.br>>. Acesso em: 18 set. 2011.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.htm>>. Acesso em: 7 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Adarand Constructors, Inc. v. Pena**, 515 U.S. 200(1995). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=u10252>>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U. S. 483(1954). Disponível em: <<http://www.supct.law.cornell.edu/supct/index.htm>>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294 (1955). Disponível em: <<http://www.caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=349&invol=29>>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Cumming v. Board of Education of Richmond County**, 175 U.S. 528 (1899). Disponível em: <<http://www.supct.law.cornell.edu/supct/index.htm>>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Dred Scott v. Sandford**, 60 U.S 19.343(1857). Disponível em: <<http://www.supct.law.cornell.edu/supct/index.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Fullilove v. Klutznick**, 488 U.S. 448 (1980). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=448&invol=448>>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Loving v. Virginia**, 388 U.S. 1 (1967). Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0388\\_0001\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0388_0001_ZO.html)>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Pace v. Alabama**, 106 U.S.583 (1883). Disponível em: <<http://www.supreme.justia.com/us/106/583/case.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S 537(1896). Disponível em: <<http://www.supct.law.cornell.edu/supct/index.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. Regents of University of Califórnia v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 245-295.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987). In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 344-369.

ESTUDANTES pretos são menos de 10% nas universidades federais. Portal R7 Agência Brasil, 3 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.r7.com/notícias>>. Acesso em: 3 ago. 2011.

FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004. Disponível em: <[http://www.gemaa.iesp.uerj.br/index.php?option=com\\_k2&view=item&layout=item&id=96&Itemid=214](http://www.gemaa.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=96&Itemid=214)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. **Ação afirmativa e universidade**: experiências nacionais comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006. p. 46-63. Disponível em: <[http://www.gemaa.iesp.uerj.br/index.php?option=com\\_k2&view=item&layout=item&id=96&Itemid=214](http://www.gemaa.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=96&Itemid=214)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

FERNANDES, Florestan. A constituição como projeto político: revolução sociológica. **Revista Tempo Social**, São Paulo, Editora USP, v. I, p. 47-56, 1989. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/pdf/vol01n1/constituicao.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2011.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Ática, 1978.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. Trad. Bruno Ribeiro Guedes; Letícia de Campos Velho Martel. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. 20. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio, 1980.

FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A participação das minorias nos processos de tomadas de decisões. Trad. Fábio César dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1970.

GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da tolerância. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Pucminas, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Biblioteca Virtual do Senado Federal**, v. 36, n. 143, p.191-209, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/iym/id/514>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 99-108, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92821>>. Acesso em: 7 out. 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social, a experiência dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo: direito das minorias na era da globalização. **Revista USCS – Direito**, São Caetano do Sul, ano X, n. 16, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.uscs.edu.br/revistasacademicas/revista/dir16.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2011.

GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DA AÇÃO AFIRMATIVA (GEMAA). **Mapa das ações afirmativas**. Instituto de Estudos Sociais e Políticos. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.gemaa.iesp.uerj>>. Acesso em: 6 jan. 2012.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Acesso de negros às universidades públicas. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 118, p. 247-268, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16836.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. A questão racial na política brasileira: (os últimos quinze anos). **Tempo Social – USP**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 121-142, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v13n2/v13n2a07.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Combatendo o racismo: Brasil, África do Sul e Estados Unidos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 103-115, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1724.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Entrevista com Carlos Hasenbalg. In: DOSSIÊ: sociologia da desigualdade. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 259-268, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/v18n2/a13v18n2.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 9-43, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ra/v47n1/a01v47n1.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2005.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HASENBALG, C. A. **Discriminações e desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HOFBAUER, Andréas. Ações afirmativas e o debate sobre racismo no Brasil. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 68, p. 9-56, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n68/a02n68.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1971.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Características étnico-raciais da população**: um estudo das categorias e classificação de cor ou raça – 2008. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas\\_raciais/PCERP2008.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Dados do censo 2010 publicados no diário oficial da união, 4 nov. 2010**. Disponível em: <[http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados\\_divulgados/index.php?uf=00](http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php?uf=00)>. Acesso em: 17 jun. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Notas técnicas**: histórico da investigação sobre cor ou raça nas pesquisas domiciliares do IBGE. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas\\_raciais/notas\\_tecnicas.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/notas_tecnicas.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira – 2010a. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicossociais>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (INESC). **Declaração de Durban**. In: CONFERÊNCIA MUNDIAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA, 3, 2001, Durban, África do Sul.

Disponível em:

<[http://www.inesc.org.br/biblioteca/legislacao/Declaracao\\_Durban.pdf/view](http://www.inesc.org.br/biblioteca/legislacao/Declaracao_Durban.pdf/view)>. Acesso em: 2 dez. 2011.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA (IPEA). Políticas sociais: acompanhamento e análise. **Boletins IPEA**, n. 8, fev. 2004. Disponível em:

<[http://www.ipea.gov.br/pub/bps/bps\\_08.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/bps/bps_08.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2011.

JERÓNIMO, Patrícia. Aprender o respeito pela diferença: o elogio da diversidade acadêmica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Norte-Americano. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas**: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. Trad. Letícia de Campos Velho Martel. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA, Márcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. **Novos Estudos: CEBRAP**, São Paulo, n. 87, p. 77-95, jul. 2010. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/nec/n87/a05n87.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2010.

LIMA, Alex Myller Duarte. **Justiça em Nancy Fraser**. 2010. 154f. Dissertação (Mestrado em Ética e Epistemologia) – Universidade Federal do Piauí, Centro de Ciências Humanas e Letras, Teresina-PI, 2010a. Disponível em: <[http://www.ufpi.br/subsiteFiles/eticaepistemologia/arquivos/files/LIMA%20Alex\\_Justica%20em%20Nancy%20Fraser.pdf](http://www.ufpi.br/subsiteFiles/eticaepistemologia/arquivos/files/LIMA%20Alex_Justica%20em%20Nancy%20Fraser.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2012.

LOBÃO, Nice. **Projeto de lei nº 73, de 23 de fevereiro de 1999**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, 24 fev. 1999. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15013>>.  
Acesso em: 14 out. 2011.

LOBATO, Monteiro. **Dom quixote das crianças**. São Paulo: Brasiliense, 1972.

MAGGIE, Ivonne. Pela igualdade. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 897-912, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/11.pdf>>.  
Acesso em: 18 dez. 2011.

MAGGIE, Ivonne. Política de cotas e o vestibular na UnB ou a marca que cria sociedades divididas. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 11, n. 23, p. 286-291, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a29v1123.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

MAGGIE, Ivonne; FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. In: DOSSIÊ: o negro no Brasil. **Revista USP Estudos Avançados** 50, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 93-117, jan./abr. 2004.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue**: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009.

MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. **O mundo em desordem**: 1914-1945. v. 1. São Paulo: Record, 2011.

MARTÍ, Silas. **Artistas negros não passam de 4% nas últimas cinco bienais**. Folha de São Paulo, 15 dez. 2011. Disponível em: <[www.uol.folha.com.br/](http://www.uol.folha.com.br/)>. Acesso em: 15 dez. 2011.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional, n. 1, p. 23-26, jan./jun. 2003.

MENDONÇA, Martha; SEGADILHA, Bruno; ARRUDA, André. O sucesso do galã negro. **Revista Época**, 19 fev. 2011. Disponível em: <[www.revistaepoca.com.br/](http://www.revistaepoca.com.br/)>. Acesso em: 20 fev. 2011.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 88, p. 757-76, out. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a06v2588.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

MOEHLECKE, Sabrina. As políticas de diversidade na educação no governo Lula. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 39, n. 137, p. 461-487, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v39n137/v39n137a08.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro no Brasil**: processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto quanto branco**: estudos de relações raciais. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985.

NUNES, Branca. Verdades e mentiras do censo da educação superior. **Revista Veja**, 8 nov. 2011. Disponível em: <[www.veja.com.br](http://www.veja.com.br)>. Acesso em: 8 nov. 2011.

O GLOBO. **Americanos são contra censura a termos racistas em obra de Mark Twain, aponta pesquisa**. Disponível em: <<http://www.oglobo.com/cidades>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

O GLOBO. **Jovem “inventa” deficiência auditiva para entrar em curso de medicina por cota na Bahia**. Disponível em: <<http://www.oglobo.com/noticias>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcances e limites. In: DOSSIÊ: o negro no Brasil. **Revista USP Estudos Avançados 50**, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 57-60, jan./abr. 2004.

OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. Racismo, direitos e cidadania. In: DOSSIÊ: o negro no Brasil. **Revista USP Estudos Avançados 50**, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 81-93, jan./abr. 2004a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista VirtuaJus**, ano 2, n. 2, dez. 2003. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/ano2\\_2/Coesa%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/ano2_2/Coesa%20interna.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e democracia no Brasil. **Revista VirtuaJus**, ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/2\\_2005/Docentes/pdf/minorias%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/2_2005/Docentes/pdf/minorias%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2011.

PAUTASSI, Laura C. Há igualdade na desigualdade?: abrangência e limites nas ações afirmativas. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 4, 6. ed., 2007. Disponível em: <<http://www.surjornal.org/numant.php>>. Acesso em: 2 jan. 2012.

PENA, Sérgio Danilo; BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve ser beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas? In: DOSSIÊ: o negro no Brasil. **Revista USP Estudos Avançados 50**, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 31-47, jan./abr. 2004.

PETRY, André. O mercado vence o racismo. **Revista Veja**, ano 44, 2207 ed. n. 10, p. 11-15, 9 mar. 2011. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 19 abr. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO Priscila Kei. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

PORFÍRIO, Fernando. Exigências para ingresso no mestrado permanecem. **Revista Conjur**, 17 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/noticias/acoesafirmativas>>. Acesso em: 17 maio 2011.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Globalização e cidadania política. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, p. 227-250, jan./jul. 2009. Disponível em: <[http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume28/Vol28\\_12.pdf](http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume28/Vol28_12.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2010.

RESERVA de vagas em universidade tem repercussão geral. **Revista Conjur**, 13 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/entrevistas>>. Acesso em: 13 set. 2011.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.524, de 28 de dezembro de 2000. Dispõe sobre critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. **Assembleia Legislativa**, Rio de Janeiro, 28 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90839/lei-3524-00-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.708, de 9 de novembro de 2001. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as população negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do norte Fluminense, e dá outras providências. **Assembleia Legislativa**, Rio de Janeiro, 9 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.alerjln1.alerj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 4.151, de 4 de setembro de 2003. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para o ingresso nas universidades públicas e dá outras providências. **Assembleia Legislativa**, Rio de Janeiro, 4 set. 2003. Disponível em: <<http://www.alerjln1.alerj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações afirmativas e estado democrático de direito: uma releitura a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da problemática do mito da democracia racial em “Casa-Grande & Senzala” no Brasil**. 2008. 249f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTANA, Elaine Barbosa. As políticas públicas de ação afirmativa na educação e sua compatibilidade com o princípio da isonomia: acesso às universidades por meio de cotas para os afrodescendentes. **Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 69, p. 737-759, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v18n69/v18n69a05.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

SANTOS, Sales Augusto dos et al. Ações afirmativas: polêmicas e possibilidades de igualdade racial e o papel do estado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 913-919, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/12.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SILVA, Graziella Moraes Dias da. Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul. **Tempo Social Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 131-165, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/eaa/v24n2/a02v24n2.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2011.

SILVA JÚNIOR, Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOUSA, Ricardo Alexandre Santos de. **Agassiz e Gobineau**: as ciências contra o Brasil mestiço. 2008. Dissertação (Mestrado em História das Ciências) – Fundação Osvaldo Cruz/Fiocruz, Programa de Pós-Graduação em História das Ciências e Saúde, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/ppghcs/media/dissertacaoricardoalexandre.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

TAVARES, Fernando Horta et al. Contribuição do terceiro setor para efetivação das ações afirmativas. **Revista Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 8, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2009/Docentes/ContribTerceiroSetor.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/ContribTerceiroSetor.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2011.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Princeton-NJ: Princeton University Press, 1994.

TELLES, Edward Eric. **Race in another America**: the significance of skin color in Brazil. Princeton-NJ: Princeton University Press, 2004.

TELLES, Edward; BAILEY Stan. Políticas contra o racismo e a opinião pública: comparações entre Brasil e Estados Unidos. **Opinião Pública**, Campinas, v. 8, n. 1, p. 30-39, maio 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v8n1/14872.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2011.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração sobre raças e preconceito racial (1978)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec78.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Instituto de Economia, Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais. **Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil 2007-2008**. 2009. Disponível em: <[http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/paginas/relatório\\_2007\\_2008.aspx](http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/paginas/relatório_2007_2008.aspx)>. Acesso em: 25 jul. 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

WALZER, Michael. **Da tolerância**. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WINTHER, Juliana Mara; GOLGHER, André Braz. Uma investigação sobre a aplicação de bônus adicional como política de ação afirmativa na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). **Revista Brasileira de Estudos da População**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 333-359, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v27n2/07.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.