

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**AÇÕES AFIRMATIVAS PARA O ACESSO À EDUCAÇÃO
PELOS NEGROS**

Ana Paula Chahim da Silva

Belo Horizonte

2008

Ana Paula Chahim da Silva

Ações afirmativas para o acesso à educação pelos negros

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

Orientador: Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.

Belo Horizonte

2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586a Silva, Ana Paula Chahim da
Ações afirmativas para o acesso à educação pelos negros / Ana Paula Chahim Da Silva. Belo Horizonte, 2008.
132f. : il.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Programas de ação afirmativa. 2. Negros. 3. Igualdade. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.722

Ana Paula Chahim da Silva

Ações afirmativas para o acesso à educação pelos negros

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Público. Belo Horizonte, 2008.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior - PUC Minas (orientador)

Edimur Ferreira de Faria - PUC Minas

Miracy Barbosa de Sousa Gustin - UFMG

Lusia Ribeiro Pereira (Suplente)

*Ao meu (futuro) afilhado, **Gabriel**,
que amo mesmo sem ainda conhecer.*

AGRADECIMENTOS

À Deus,

que guia minha vida para além das minhas escolhas.

Aos meus pais,

por me apoiarem mesmo quando não entendem os meus propósitos.

Ao Felipe,

*pelo amor que torna a minha vida tão feliz
e por sua compreensão e auxílio nos meus momentos de dificuldade.*

Ao meu orientador, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior,

com quem aprendi um pouco sobre como ensinar, pela paciência e pelos preciosos ensinamentos.

À CAPES

*Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior,
devo a possibilidade da realização do presente trabalho.*

À Cármen Lúcia Antunes Rocha,

*Ministra e (sempre) mestre,
por ter inspirado e auxiliado o início dessa pesquisa.*

Aos meus amigos e familiares

*(onde incluo de forma carinhosa a família do Felipe),
pelo companheirismo e apoio.*

Às queridas Polly, Mag, Anninha e Nessa,

pelas contribuições tão úteis ao desenvolvimento desse trabalho.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo tem como principal objetivo verificar a legitimidade das ações afirmativas para o acesso à educação pelos negros no Brasil. Questões de ordens prática e jurídica vêm obstaculizando o sucesso dessas políticas, principalmente em razão da dificuldade de adequação dos critérios de seleção dos beneficiários à desigualdade que estes ostentam. O objetivo secundário do estudo consiste na análise da medida da desigualdade dos negros do Brasil no acesso à educação. Foram realizados estudos sobre a evolução histórica da interpretação do princípio da igualdade, fundamento das medidas analisadas. A partir da comparação da forma como as ações afirmativas surgiram e se desenvolveram nos Estados Unidos e no Brasil foi possível apontar a relevância do contexto social em que essas políticas se desenvolvem. Foram levantados os principais problemas das políticas de cotas no acesso a educação pelos negros. A medida da desigualdade dos negros e pardos brasileiros no acesso à educação foi obtida principalmente pela análise dos indicadores sociais, que demonstram que esse grupo de pessoas é o mais pobre, o que gera dificuldades de acesso ao ensino de qualidade. Ao final concluiu-se que a legitimidade das ações afirmativa para negros no Brasil está condicionada à adequação dos critérios de seleção dos beneficiários de tais políticas, que deve levar em conta os problemas de identidade étnica no Brasil. Concluiu-se ainda pela necessidade de que tais políticas sejam realizadas de forma dialógica com a participação dos destinatários, a fim de se assegurar a autonomia pública e privada dos mesmos.

Palavras-chave: Ação Afirmativa; Negros; Igualdade.

ABSTRACT

The present study has as main objective verifying the legitimacy of affirmative actions for the access to the education for the black people in Brazil. Questions of practical and legal orders come hindering the success of these politics, mainly in reason of the difficulty of adequacy of the criteria of selection of the beneficiaries to the inequality that these exhibit. The secondary objective of the study consists in the analysis of the inequality measure of the black people access in Brazilian education. Studies of the historical evolution of the interpretation of the principle of the equality had been carried through, bedding of the analyzed measures. From the comparison of the way how the affirmative actions had appeared and developed in the United States and in Brazil it was possible to point the relevance of the social context where these politics had developed. The main problems of the quotas politics in the access of black people in education had been raised. The measure of the inequality of the black and colored Brazilian people in the access to the education was gotten mainly by the analysis of the social factors, that demonstrate that this group of people is poor, what generates difficulties of access to better education. In the end was concluded that the legitimacy of the affirmative actions for black people in Brazil is conditioned to the adequacy of the criteria of selection of the beneficiaries of such politics, which must take in account the problems of ethnic identity in Brazil. Was also concluded the necessity of that such politics may be carried through in a dialogical way with the participation of the involved, in order to make sure the public and private autonomy of the same ones.

Key words: Affirmatives Actions; Black people; Equality.

LISTA DE TABELAS

- TABELA 1** Distribuição percentual do rendimento dos 10% mais pobres em relação ao total de pessoas, por cor no Brasil – 200316
- TABELA 2** Distribuição percentual do rendimento do 1% mais rico em relação ao total de pessoas, por cor no Brasil – 2003..... 16
- TABELA 3** Concluintes no Ensino Médio – Ano de 2002 17
- TABELA 4** Estudantes de 18 a 19 anos de idade, cor branca, no Brasil, total percentual em relação ao nível de ensino freqüentado – 2003
- TABELA 5** Estudantes de 18 a 19 anos de idade, cor preta e parda, no Brasil, total percentual em relação ao nível de ensino freqüentado – 2003 19
- TABELA 6** Distribuição de alunos por cursos mais e menos concorridos, por cor... 20

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Ed. - Editor

Cap. – Capítulo

EUA –Estados Unidos da América

Inc. – Inciso

KKK – Ku Klux Klan

Nº – Número

Org. – Organizador

P. – Página

P.ex. – Por exemplo

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A MEDIDA DA DESIGUALDADE NOS NEGROS NO ACESSO À EDUCAÇÃO	15
3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	22
3.1 Os princípios jurídicos nas doutrinas do Direito Natural e do Positivismo Jurídico	22
3.2 Os princípios jurídicos nas doutrinas contemporâneas	29
3.3 Uma nova perspectiva para a teoria dos princípios jurídicos	37
4 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	41
4.1 A constitucionalização do princípio da igualdade	56
4.2 O princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro	58
4.2.1 <i>O Princípio Constitucional da Igualdade na Constituição de 1988</i>	64
4.3 Distinção entre igualdade e identidade	68
5 DISCRIMINAÇÃO	69
5.1 Discriminação Lícita	71
5.2 Discriminação ilícita	73
5.2.1 <i>Discriminação Indireta</i>	74
5.3 Discriminação na aplicação do direito	76
6 O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS	78
6.1 A questão racial norte-americana	83
6.2 O Sistema Jim Crow	86
6.2.1 <i>A segregação racial e o posicionamento da Suprema Corte norte-americana - caso Plessy v. Ferguson - 163 U.S 537 (1896)</i>	88
6.3 Os movimentos racistas e os de defesa dos negros nos Estados Unidos	90

6.4 A mudança de postura da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação à segregação - O caso <i>Brown v. Board of Education</i> - 347 U.S 483 (1954)	96
6.5 As ações afirmativas nos Estados Unidos	97
7 7 AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA ACESSO À EDUCAÇÃO PELOS NEGRO NO BRASIL	103
7.1 O conceito de raça na Decisão do STF no Habeas Corpus Nº 82.424/RS.....	107
7.1.1 O voto do <i>Ministro Moreira Alves</i>	108
7.1.2 O voto do <i>Ministro Maurício Corrêa</i>	109
7.1.3 O voto do <i>Ministro Celso de Mello</i>	111
7.1.4 O voto do <i>Ministro Carlos Velloso</i>	112
7.1.5 O voto do <i>Minsitro Nelson Jobim</i>	112
7.1.6 O Voto da <i>Ministra Ellen Gracie</i>	113
7.1.7 O voto do <i>Ministro Carlos Ayres Britto</i>	114
7.1.8 <i>Breves apontamentos sobre os votos formulados na decisão</i>	114
7.2 Os problemas a serem solucionados para implementação das ações afirmativas no acesso à educação superior para os negros no Brasil	116
7.2.1 <i>Primeiro problema: a fixação do critério de discriminação segundo a relação entre o nível de diferença e o objetivo das ações afirmativas</i>	116
7.2.2 <i>Segundo problema: dificuldade de identidade étnica no Brasil</i>	118
7.3 Da possibilidade daquele pode se utilizar da medida afirmativa optar por não a utilizar	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERENCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

A proibição jurídica da desigualdade, por meio da inserção na Constituição do direito formal de igualdade no rol de direitos fundamentais, revelou-se ineficiente na efetivação desse direito.

A negação da desigualdade não implica no alcance da igualdade, ainda mais em uma sociedade com longo histórico de subjugação de uns em prol de outros, em que as espécies de preconceito se multiplicam no compasso do aumento das disparidades sociais.

Embora as discriminações ilícitas e preconceituosas sejam concebidas como um comportamento ilícito, o que se verifica na sociedade brasileira é a plenitude de perversas desigualdades que privam os homens de terem tratamento isonômico, vida digna e de serem livres.

O reconhecimento da necessidade de intervenção de forma positiva nas questões relativas à marginalização de determinados grupos sociais, para que os direitos já formalmente assegurados fossem efetivados, levou à formulação de políticas afirmativas.

Embora tais medidas se constituam como uma espécie de política inclusiva, distinguem-se por possuírem caráter geralmente transitório, por levar em conta a urgência de determinadas circunstâncias que exigem a efetivação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, as ações afirmativas surgem como fruto da evolução interpretativa do princípio da igualdade, que passou a ser reconhecido como fundamento para as práticas tanto estatais quanto privadas.

Atualmente o debate sobre a legitimidade das ações afirmativas é geralmente imbuído de considerações desprovidas de caráter científico, e fundamenta-se em considerações equivocadas.

Dessa forma, as políticas afirmativas passam a ser desacreditadas, o que acarreta dificuldades no momento de sua execução. Exemplificativamente, as críticas dirigidas às políticas de cotas são dirigidas às ações afirmativas de um modo geral, como se as ações afirmativas só pudessem ser realizadas dessa forma.

Para que as ações afirmativas sejam eficazes no propósito de igualar as pessoas é necessário que seja levado em conta qual o grau de desigualdade que os

beneficiários dessas medidas possuem. É que as ações afirmativas se constituem como medidas discriminatórias, que só podem ser consideradas lícitas se atenderem à necessidade de adequação do princípio da igualdade à discriminação perpetrada no caso concreto.

O estudo sobre o grau de desigualdade que os beneficiários de tais medidas ostentam é imprescindível para a adequação dessas medidas. Para tanto, é necessária a compreensão da desigualdade social que esses grupos ostentam.

O presente estudo foi desenvolvido com enfoque nas ações afirmativas para os negros na educação. Esse tipo de medida vem gerando discussões acirradas quanto à sua necessidade e à sua legitimidade, tendo em vista diversos problemas de ordem prática e jurídica. O principal deles é a dificuldade de se estabelecer critérios adequados de seleção dos beneficiários, tendo em vista a grande miscigenação do povo brasileiro.

Para tanto, o estudo das causas das desigualdades dos negros no Brasil foi feita a partir de uma análise da história de opressão sofrida por essas pessoas no Brasil, bem como da análise de indicadores sociais.

A adequação das medidas deve ser realizada de forma a considerar a necessidade de que o direito seja formulado com a participação dialógica de seus destinatários.

Nesse sentido, a teoria discursiva do direito, tal como formulada por Habermas (1997) revela grande importância sob dois aspectos.

O primeiro deles se refere à necessidade de ampliação da participação dos destinatários da norma ao seu processo de formulação (discurso de fundamentação), como requisito de legitimidade do direito, tal como essa teoria preconiza.

A legitimidade do direito está vinculada à formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos dotados de capacidade de serem autores do direito ao qual se submetem. A legalidade está atrelada à legitimidade, na mesma medida em que a legislação refere-se ao mecanismo de sua produção, em respeito à soberania popular.

As políticas públicas inclusivas são por vezes realizadas de forma desconectada das necessidades dos seus beneficiários. Esse tipo de problema denota a desconsideração da autonomia pública dos destinatários da norma.

O outro aspecto é a relevância do reconhecimento da necessidade de que sejam assegurados certos direitos fundamentais – o “Sistema de Direitos” – como pressuposto para que se estabeleçam os discursos.

Por um lado as desigualdades sociais verificáveis no Brasil, e a falta de efetividade dos direitos fundamentais podem ser consideradas como um obstáculo para que se atenda às condições ideais de fala, necessárias ao discurso. Mas por outro, o reconhecimento da necessidade desses direitos fundamentais como pressuposto da autolegislação oferece subsídios à formulação de políticas públicas sensíveis a esses problemas.

As ações afirmativas encontram fundamento no princípio da igualdade. Por essa razão, o caráter normativo desse princípio foi objeto de análise, por meio de uma abordagem sobre a evolução dos princípios jurídicos, e do princípio da igualdade. Paralelamente, desenvolveu-se uma abordagem sobre a discriminação; e sobre a possibilidade de que seja lícita ou ilícita e dos critérios de aferição de sua licitude.

Após essas considerações iniciais, o estudo se volta à abordagem das ações afirmativas. Foi feito um estudo sobre a questão racial nos Estados Unidos, com o fito de esclarecer o contexto em que tais medidas foram criadas.

No último capítulo é realizado um estudo sobre as ações afirmativas em favor do negro no Brasil, para se apontar o grau de desigualdade que esse grupo de pessoas ostenta e os problemas que devem ser enfrentados em razão das particularidades dessas medidas no Brasil.

2 A medida da desigualdade nos negros no acesso à educação

A educação é um dos pressupostos para a integração social, e para a autonomia pública do cidadão, por possibilitar sua emancipação. Além disso, a formação profissional é quase indispensável para a inserção do indivíduo no mercado de trabalho.

Mesmo com a formação profissional necessária para o exercício de determinada profissão há dificuldades normais a serem enfrentadas. As flutuações do mercado de trabalho ocasionam a inutilidade de profissões que outrora foram consideradas indispensáveis, especialmente em decorrência da constante evolução tecnológica. A grande taxa de desemprego aumenta a concorrência pelos postos de trabalho. Além disso, o recém-formado pode enfrentar problemas de ordem pessoal, como a baixa autoconfiança e a insegurança, tudo isso pode torná-lo um candidato pouco competitivo.

Não bastasse a existência desses obstáculos “naturais”, há ainda que se transpor outros artificiais na busca da realização profissional. Por trás das escusas em oferecer o emprego, sob alegações típicas, tais como a inadequação do candidato ao perfil da empresa, muitas vezes há critérios preconceituosos que não são explicitamente revelados.

No processo de seleção de trabalhadores a eliminação de candidatos em pode ser seriamente influenciada por fatores como: ser mulher (especialmente em idade fértil), ser negro, ser portador de deficiência física. Embora possam ser decisivos para a eliminação do candidato, tais fatores não são revelados explicitamente.

Se o acesso à educação, à formação profissional, não é suficiente para que se alcance a posição almejada, sem ele as chances tornam-se ainda mais escassas.

Contudo, o que se verifica em países com grande desigualdade social é o crescente reflexo da exclusão também na área educacional:

Na área do acesso, a maior frustração da última década foi que o objectivo de democratização do acesso não foi conseguido. Na maioria dos países os factores de discriminação, sejam eles a classe, a raça, sexo ou etnia, continuaram a fazer do acesso uma mistura de mérito e privilégio. (SANTOS, 2004, p.67)

A idéia de que o trabalho dignifica o homem está presente na doutrina cristã e na cultura brasileira. Gonzaguinha, na música “Guerreiro Menino”, já dizia que: *“um homem se humilha se castram seu sonho, seu sonho é sua vida, e a vida é o trabalho. Sem o seu trabalho um homem não tem honra, sem a sua honra, se morre, se mata, não dá pra ser feliz”*.

A educação revela, pois, importância sociológica, importando na integração do indivíduo na sociedade. É por tudo isso que os mecanismos de facilitação do acesso à educação para determinados grupos devem fazer parte dos debates e políticas públicas no Brasil.

A análise de resultados de pesquisas e dados estatísticos revela que a situação do acesso ao ensino superior pelos negros e pardos no Brasil é crítica.

Dada a importância da educação para a integração cultural, social e econômica, a desigualdade no acesso à educação demanda medidas positivas. Mas tais medidas devem ser adequadas ao grau de desigualdade que os negros possuem no acesso à educação.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisas – a maior parte da população brasileira é composta por negros e pardos. É justamente esta a parcela da população mais pobre.

TABELA 1

Distribuição percentual do rendimento dos 10% mais pobres em relação ao total de pessoas, por cor no Brasil – 2003

Branca	Preta e Parda
32,2	67,8

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003

TABELA 2

Distribuição percentual do rendimento do 1% mais rico em relação ao total de pessoas, por cor no Brasil – 2003

Branca	Preta e Parda
86,8	13,2

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003

A maior parte dos concluintes do Ensino Médio no Brasil provém de Escolas Públicas no Brasil, de acordo com fontes do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC):

TABELA 3

Concluintes no Ensino Médio – Ano de 2002

Dependência Administrativa	Concluintes Total
Pública	1.559.256
Privada	325.618

Fonte: MEC/INEP

Pela comparação das duas pesquisas, pode-se concluir que a maior parte da população é composta por negros e pardos e que estes são pobres. É possível concluir, também, que os dados e pesquisas apontam para a situação de desigualdade dos negros e pardos de forma conjunta.

Em razão do baixo poder aquisitivo, essa parcela da população não tem condições de arcar com os custos da educação particular e se utiliza da rede pública de educação.

Em razão da escassez de vagas no Ensino Superior Público, o processo seletivo para esses cursos de graduação torna-se excessivamente difícil, exigindo do concorrente um bom preparo.

Para os alunos egressos de escolas públicas, a dificuldade para o ingresso nesses cursos é agravada, tendo em vista a baixa qualidade oferecida pela maioria dessas escolas.

A conseqüência disso é que:

- a) há um grande número de concluintes do ensino médio oriundos da rede pública;
- b) a qualidade do ensino médio público é deficitária;
- c) os concluintes do ensino médio público não se encontram em condições para competir com vestibulandos oriundos do ensino médio particular;
- d) as vagas dos cursos superiores da rede pública são ocupadas por estes;
- e) a maior parte dos negros e pardos não tem como pagar os cursos de graduação particulares e deixam de ingressar no ensino superior.

A qualidade (ou a falta dela) no ensino médio público é objeto de constantes críticas e estudos. O Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB) realizou em 2004 uma pesquisa a partir da opinião dos pais de alunos matriculados em escolas públicas do país. O resultado dessa pesquisa foi divulgado em 2005 por meio de um relatório, no qual restou evidenciado o consenso no que diz respeito à superioridade da qualidade do ensino particular:

A distinção entre escolas públicas e privadas assinala, provavelmente, o ponto de maior convergência. A melhor qualidade do ensino da iniciativa privada é uma noção firmemente assentada, um fato quase incontestável na visão dos pais.

Os raros depoimentos que tentaram relativizar esta crença não alcançaram grande repercussão, mesmo quando partiam de pais da classe média apossada financeiramente, que seus filhos da escola privada para a escola gratuita.

Na percepção do público da pesquisa, a qualidade superior da instituição privada advém, basicamente, de maiores exigências sobre os professores, que podem ser demitidos, se não atenderem aos requisitos, e o regime de concorrência, que pune as escolas de má qualidade com a perda de alunos. Em contrapartida, no ensino público o professor desfruta de estabilidade e regalias, que acabam desembocando em menor compromisso com a função. As greves, as ausências e faltas de professores causam profunda indignação entre os responsáveis pelos alunos.

A escola particular é também vista como um ambiente mais disciplinado, organizado, seguro e respeitoso, fatores que contribuem para o melhor aproveitamento dos estudantes. **As percepções convergem no sentido de que somente a escola privada pode garantir uma preparação adequada para o ingresso no ensino superior.** (PACHECO; ARAÚJO, 2005, grifo nosso).

Dentre os problemas a serem enfrentados pelo ensino público pode-se destacar a falta de investimento na contratação e na qualificação de professores. Segundo informações da Folha Online (2005) “*Dados preliminares do Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep), órgão ligado ao MEC, revelam a falta de 250 mil professores*”. (Grifo nosso).

É indispensável que a discussão sobre a necessidade de melhoria dos ensinos médio e fundamental públicos ocupe a pauta das discussões relativas ao acesso democrático às faculdades.

Neste sentido, atualmente, no processo de elaboração de políticas públicas – que incluem as ações afirmativas para acesso ao ensino superior – a questão da qualidade dos ensinos fundamental e médio públicos tem sido colocada em pauta.

A medida da desigualdade dos negros decorre, pois, da posição sócio-econômica em que se encontram. É o fator econômico que determina que esse grupo social tenha de se submeter à educação pública, de baixa qualidade.

Em consonância com esse entendimento, o então reitor da UFMG, Universidade Federal de Minas Gerais, Tomaz Aroldo da Mota Santos (1995), afirmou que *“a discriminação no Brasil está “menos” na cor e “mais” no Poder econômico”*.

Para justificar seu posicionamento de que o reduzido número de negros na faculdade não decorre de um preconceito das instituições Tomaz (1995) citou que foi eleito pela comunidade para ocupar o cargo de reitor. Defendeu, ainda, o processo seletivo dizendo que *“o ingresso é pelo mérito das pessoas que prestam concursos públicos. O problema está em que os negros tenham condições de participar desses concursos”*.

TABELA 4

Estudantes de 18 a 19 anos de idade, cor branca, no Brasil, total percentual em relação ao nível de ensino freqüentado – 2003

Nível de ensino freqüentado				
Fundamental ou 1º grau	Médio ou 2º grau	Pré-Vestibular	Superior ou 3º grau	Total
14,0	53,0	8,3	24,5	1.739.016

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003

TABELA 5

Estudantes de 18 a 19 anos de idade, cor preta e parda, no Brasil, total percentual em relação ao nível de ensino freqüentado – 2003

Nível de ensino freqüentado				
Fundamental ou 1º grau	Médio ou 2º grau	Pré-Vestibular	Superior ou 3º grau	Total
32,9	57,2	3,2	6,0	1.738.236

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003

Os índices revelam também que os cursos superiores menos concorridos são justamente aqueles que os estudantes oriundos da rede pública mais se fazem presentes.

Isso pode representar a trágica demonstração de que talvez a escolha do curso superior por esses alunos tenha sido viciada pela real condição de competição que possuem.

Atualmente, no Brasil, 42% das vagas nas universidades estaduais e federais são preenchidas por estudantes vindos do ensino público. Dito desse modo, não parece um número tão pequeno. Ocorre que ele reflete apenas parcialmente a realidade. Grande parte desses alunos só conseguiu furar o bloqueio do vestibular porque optou por cursos pouco disputados. No caso de carreiras mais concorridas, como medicina e odontologia, o índice de aprovação de alunos egressos da rede pública cai drasticamente: é de apenas 15%.(PEREIRA, 2005).

TABELA 6

Distribuição de alunos por cursos mais e menos concorridos, por cor

	Rede Pública	Rede Privada
Administração	14%	86%
Veterinária	11%	89%
Engenharia Agrícola	50%	50%
Direito	33%	67%
Farmácia	28%	72%
Filosofia	56%	44%
Letras	70%	30%

Fonte: CRUZ, 2003, p.244.

A posição socioeconômica desfavorável do negro pode ser atribuída à discriminação racial sofrida historicamente. Contudo, no que tange o ensino superior é a desigualdade socioeconômica, e não a discriminação racial, que impede o acesso do negro à educação.

As conclusões apontadas pelas pesquisas provavelmente não causam grande impacto naqueles que conhecem minimamente a realidade social brasileira, em que quase todos determinados ambientes são “esbranquiçados”; e aqueles que indicam pobreza e marginalidade (como os das favelas) são “enegrecidos”.

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

As políticas de ações afirmativas, objeto do presente estudo, encontram fundamento no princípio jurídico da igualdade. Para que seja possível entender o papel que os princípios jurídicos desempenham, faz-se necessária a apresentação da dificuldade da conceituação de princípios, bem como da forma de sua aplicação.

No presente estudo, serão analisadas as formas como os princípios foram concebidos historicamente para diversas correntes jurídicas, tais como jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e pós-Positivismo.

Deve-se ressaltar, contudo, que não se supõe a unicidade de conceituação dos princípios dentro do período em que preponderou cada uma dessas correntes. Assim, quando o Positivismo Jurídico estava em ascensão, havia autores que defendiam uma postura principiológica típica do Direito Natural – sob a forma do jusracionalismo, e contemporaneamente ainda se verifica no judiciário e na doutrina brasileiros uma vertente que adota uma concepção positivista dos princípios.

Ademais, não se pretende classificar todas as obras dos autores mencionados, senão a forma como concebem os princípios em determinada linha argumentativa dentre as destacadas.

3.1 Os princípios jurídicos nas doutrinas do Direito Natural e do Positivismo Jurídico

Mesmo as organizações humanas primitivas possuíam uma ordem normativa, embora esta não fosse reconhecida como uma esfera autônoma em relação à religião e à moral.

“[...] não havia distinção (que só surgirá na Modernidade) entre direito, moral e religião.” (GALUPPO, 2002, p. 31).

Não obstante a ordem jurídica seja contemporaneamente reconhecida como autônoma em relação à moral, Habermas (1997) afirma que a moral e o direito se encontram em uma relação de complementaridade recíproca ¹.

“Nas sociedades tribais, o *poder social*, apoiado no prestígio dos caciques, sacerdotes, membros de famílias privilegiadas, etc., já tinha formado uma síndrome com normas de ação reconhecidas, que devem sua força obrigatória a forças míticas, portanto a um consenso de fundo sagrado, a qual (síndrome) possibilitara instituições para arbitragem de litígios e da formação coletiva da vontade”. (HABERMAS, 1997, p. 176).

A doutrina do Direito Natural ² designa uma corrente filosófica que tem como idéia central o reconhecimento de normas cuja validade decorre de um elemento supremo.

“Os diferentes autores da escola clássica do Direito Natural não necessariamente concordavam entre si. Autores como Henrique e Samuel Coccejo, Leibniz e Joan Cristian Von Wolff adotaram uma posição anti-racionalista afirmando, categoricamente, que Deus era a única fonte do Direito Natural, o que contrariava a famosa assertiva de Grocio, de que o Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”. (BITTAR, 2006, p.228).

Na Antigüidade clássica, a natureza apresenta-se como elemento supremo, ao qual deve submeter-se à lei e à vontade humana. Para os gregos a natureza era a fonte da lei. Na Idade Média, a fonte do Direito era a Lei divina. A função do direito era a de incorporar a lei divina nas leis humanas. Na idade moderna, houve a dessacralização do direito propiciada pelo iluminismo – que creditava à razão humana a capacidade de explicar a natureza, a sociedade e a própria crença religiosa e – pelo racionalismo – que exacerbava a capacidade da razão humana e afirmava a possibilidade de que esta chegasse ao conhecimento de realidades transcendentais. Nesta fase, o Direito Natural funda-se na razão humana.

¹ Para maior compreensão do tema, recomenda-se a leitura do capítulo III da obra referenciada.

² O rótulo genérico do jusnaturalismo tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à Antigüidade clássica e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média. Apesar das múltiplas variantes, o Direito Natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O Direito Natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII. (BARROSO, 2002).

Segundo BORGES (1999), Santo Agostinho afirmava que as leis temporais, as criadas pelos homens para reger a cidade, são necessárias para estabelecer a paz entre os homens, tendo em vista que o mundo terrestre é cheio de vícios. O bom legislador deveria elaborar leis temporais com fundamento na lei eterna. Contudo, Santo Agostinho não aprofundou as comparações entre a lei humana e a lei divina.

Por outro lado, posteriormente, São Tomás de Aquino afirmou a existência de três tipos de leis: a lei humana, a lei natural e a lei eterna. Acima de todas estava a lei divina. A lei humana deveria concordar com a lei natural, ou não seria lei, mas a corrupção dela. Percebe-se pois, no pensamento de Aquino, uma teoria construída no sentido de estabelecer o controle do direito por meio da fé cristã. Nesse sentido:

“A lei eterna é o plano racional de Deus, a ordem do universo inteiro, através da qual a sabedoria divina dirige todas as coisas para o seu fim. É o plano da Providência conhecido unicamente de Deus e dos bem-aventurados. Entretanto, há uma parte dessa lei eterna da qual, como natureza racional, o homem é partícipe [...]”. (REALE e ANTISERI, 1990, p. 567).

Para essa corrente, os princípios se apresentavam destituídos de caráter normativo, apresentando-se como axiomas, valores jurídicos a serem perseguidos.

Na idade moderna houve a dessacralização do direito propiciada principalmente pelo iluminismo e pelo racionalismo. Nessa fase, o Direito Natural funda-se na natureza humana.

Com a ascensão do Positivismo Jurídico³, o direito é reduzido ao direito codificado. A busca da objetividade científica, para essa corrente, demandava a separação entre o Direito e a moral e de conteúdos transcendententes.

Teóricos do Positivismo, Hart e Kelsen “[...] sublimam o fechamento e a autonomia do sistema de direitos, opaco em relação a princípios não-jurídicos”.(HABERMAS, 1997, p. 250).

Kelsen⁴ (2003) afirmava que o direito válido não corresponde a um direito justo, já que a justiça era um problema ético, e não jurídico. O Direito deveria se

³ Tal como o “jusnaturalismo”, o termo “Positivismo” comporta variações. “[...] As várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem ‘coisas positivas’. Para uns, positiva era apenas a lei (Positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (Positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (Positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (Positivismo conceitual)”.(HESPANHA, *apud* BARROSO, 2002).

ocupar da validade das normas. A norma jurídica por um lado determina a observância a uma conduta; e por outro lado determina que outro indivíduo imponha uma sanção em caso de descumprimento dessa conduta.

Caso esse indivíduo incumbido da aplicação da sanção não o faça, deverá ser punido por outra norma ulterior que imponha outra sanção para a não-aplicação da punição. Uma norma remete a outra, de forma que em última instância se recorre a uma “norma fundamental”, pressuposta (hipotética), que se constitui como a base de validade de todas as demais normas jurídicas.

Isso implica em uma circularidade, e tal modelo é questionado principalmente por não oferecer critérios para a fundamentação última dessa “norma fundamental”.

Se algum caso não pudesse ser resolvido com base nas regras legais válidas, esse caso não poderia ser solucionado com base na aplicação das normas jurídicas válidas. O autor afirmou, então, a possibilidade de uma autoridade pública interpretar, discricionariamente, fora da “moldura” (quadro de descrições possíveis) oferecida pela lei. Ao fazê-lo, a autoridade estaria criando o direito, e a validade da decisão estaria ligada não à norma superior, mas ao “poder” da autoridade.

Verificou-se a insuficiência do dogma da subsunção do fato à norma⁵, herdado do formalismo alemão, e a conseqüente impossibilidade de aplicação apenas das normas positivadas. Neste ponto os princípios passaram a desempenhar uma função diferente: a de suprir lacunas.

Para o Positivismo legalista, os princípios estão insertos no ordenamento jurídico positivo, fazendo parte dele. Não há mais que se falar em princípios supralerais, existindo uma verdadeira primazia da lei na solução dos conflitos. Assim, os princípios ocupam um lugar secundário, aparecendo no cenário jurídico tão-somente em caso de eventuais vazios normativos. Por outro falar, apenas na verificação de lacunas na lei, busca-se a complementação nos princípios, subsidiariamente. Sendo assim, os princípios no Positivismo legalista restringem-se a desempenhar uma função meramente supletiva na aplicação do Direito. (LEITE e LEITE, *apud* FERRAZ, 2007, p. 32)

Alguns autores positivistas, ao formularem a conceituação do princípio e desenvolverem a diferenciação desses para as regras, adotam o critério da

⁴ Para Kelsen (2003) o direito positivo é o direito válido, em que se verifica não apenas se está positivado, mas, p. ex., se a autoridade de que a norma emanou tinha autoridade para fazê-lo, se a norma é vigente e se não é incompatível com outras normas do sistema. Isso representa um avanço em relação a outros modelos positivistas.

⁵ Nesses moldes, a aplicação do direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, a ser pelo intérprete.

generalidade. Os princípios seriam fruto de um processo de generalização de regras.

Nesse sentido, Bobbio⁶ (1995) afirma que os princípios gerais são normas generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. Apesar de afirmar o caráter normativo dos princípios, essa concepção atribui aos princípios um papel secundário⁷, de forma apenas a sanar as anomias e antinomias deixadas pela lei:

“[...] se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas”. (BOBBIO, 1995, p.158-159).

Diante da ausência de regulamentação na lei de determinados casos verificados no mundo fenomênico, o ordenamento jurídico deveria ser “completado”. Para tanto, um dos métodos a serem empregados seria o da “auto-integração”, pelo qual a integração do direito seria obtida por meio do próprio ordenamento jurídico, onde se insere o recurso aos princípios gerais.

Os princípios gerais são obtidos por meio da generalização de outras normas contidas no ordenamento jurídico, a fim de se oferecer uma solução para um caso que não encontra previsão nas regras contidas no ordenamento jurídico.

Del Vecchio (2003) afirma que, em verdade, o recurso aos princípios pelo juiz deve ser feito em consonância com o próprio ordenamento jurídico, e não a elementos externos:

“Segundo a doutrina predominante, o método para determinar os princípios gerais de direito consistirá em remontar às disposições particulares da lei, por via da abstração a preceitos mais amplos, e continuando nessa “generalização crescente”, até atingir aquela que compreenda, na esfera do direito positivo, o caso duvidoso. Esse método poderá talvez parecer

⁶ O autor define como princípios gerais apenas os princípios não-expressos, para tanto a classificação feita por Vezio Crisafulli, na obra “Per la Determinazione del concetto dei principi generali del diritto”.

⁷ O entendimento de que os princípios assumem um papel secundário para essa corrente não é unânime. Nesse sentido: “No entanto, seja qual for a tese, todos passam a sustentar um papel de proeminência dos princípios no ordenamento jurídico, chegando alguns a entender haver uma hierarquia entre eles e as regras no qual os princípios estariam em posição privilegiada.” (CRUZ, 2007, p. 275-276).

sugerido pelo mesmo legislador, porque ele, assim, convida o intérprete a investigar se para dada controvérsia há uma precisa disposição de lei; depois, para a hipótese negativa, ordena-lhe que atenda às disposições reguladoras de casos semelhantes ou matéria análoga e somente no termo final, isto é, quando falha esta segunda hipótese, o remete para os princípios gerais do direito”. (Del Vecchio, 2003, p. 13-14)

Prossegue defendendo a impossibilidade do processo de integração do direito ocorrer por meio do arbítrio. Segue assim, uma direção oposta da que defendia Kelsen:

“O perigo [...] do arbítrio do juiz, exercendo-se em menoscabo da lei – ficou eliminado desde a criação do Estado de direito; e, se alguma doutrina moderna, sob o especioso pretexto da liberdade do juiz ou da jurisprudência, tende a restaurar esse arbítrio, tal doutrina substancialmente regressiva [...] deve ser repelida como adversa, não somente à citada norma legal, mas, ainda, às bases racionais do sistema vigente”. (Del Vecchio, 2003, p. 14)

Galuppo⁸ (1999), acertadamente, apresenta as críticas a tal teoria a impossibilidade de que se deduza de conteúdos gerais outros mais específicos, em razão do dinamismo do sistema jurídico. Dessa forma, não é possível qualificar cada princípio como o resultado de um processo de generalização de determinada norma⁹.

Outro problema apontado pelo autor é o da “incompatibilidade da aplicação dos princípios” (Galuppo, 1999, p. 192). A generalidade faz supor a possibilidade de aplicação de um princípio a qualquer situação. Contudo, ao analisar um caso concreto, a aplicação de um determinado princípio pode levar a uma solução distinta da que outro princípio poderia indicar, ou seja, dois princípios diversos podem levar a diferentes formas de solução de um caso concreto.

Por fim, ressalta que há regras com acentuado grau de generalidade, ou seja, não possuem hipóteses de incidência previamente particularizadas, especificadas.

Cruz (2007) sintetiza de forma precisa os problemas ligados à *tese da indeterminação da tipicidade*:

⁸Galuppo (1999) divide as doutrinas principiológicas em três correntes. A primeira é a que caracteriza os princípios pela generalidade. A segunda é a que concebe os princípios como “mandados de otimização”, defendida por Alexy; e a terceira é a elaborada a partir da análise da obra de Dworkin, por Habermas e Günther.

⁹ Embora não seja possível definir os princípios a partir da generalidade, não se nega que os princípios costumam ser mesmo genéricos.

“A questão está justamente no fato de que tais suposições mantêm ainda como possível a dicotomia entre fato e norma, seja então regra ou princípio. [...] assim, analisar textos legais fora de seu contexto de aplicação pode no máximo gerar preconceitos de fundo metafísico no intérprete, eis que não há norma desconectada de sua facticidade”. (CRUZ, 2007, p.282).

Ou seja, não é possível determinar, *a priori*, todas as possibilidades de aplicação da norma, todos os tipos de casos para os quais a norma poderá ser utilizada.

A tentativa de se prever, em abstrato, todas as suas hipóteses de incidência, pode ser considerada como fruto de uma perspectiva ligada à filosofia da consciência¹⁰. Todo texto normativo é susceptível de inúmeras interpretações, e a tentativa de se exaurir a polissemia pela busca de univocidade de sentidos gramaticais dos textos normativos foi superada a partir do “Giro Lingüístico”¹¹.

Há ainda que se destacar a incoerência decorrente da seguinte objeção: se o Positivismo só reconhece como normas as leis positivadas, admitir a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito implicaria em se abdicar das bases sobre as quais o Positivismo se funda.

O Positivismo Jurídico teve sua decadência associada às críticas quanto à perspectiva da validade jurídica de textos constitucionais a partir de critérios meramente formais, da legalidade:

“[...] a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. (BARROSO, 2002).

¹⁰ Ou seja, uma perspectiva filosófica que adota uma postura da linguagem como meramente descritiva da realidade, pela tentativa pelo sujeito (de forma solipsista) de apreensão do objeto no mundo, tal como ele é.

¹¹ O “Giro Lingüístico” diz respeito à uma mudança de perspectiva, da filosofia da consciência à filosofia da linguagem, ocorrida na segunda metade do século XX. Mas não significa o início do estudo da linguagem pela filosofia, eis que: *A filosofia analítica, por exemplo, concentrou seus esforços em estudar a estrutura da linguagem, contribuindo decisivamente para a inovação da lógica com a sua formalização simbólica. Porém, o paradigma teórico era o mesmo da relação sujeito-objeto. [...]. Assim, o giro lingüístico se dá com a inflexão da filosofia para o estudo da linguagem como mediadora e constitutiva do conhecimento intersubjetivamente válido.* (COSTA, 2005).

A busca científica pela forma mitigou a discussão crítica sobre o conteúdo das normas constitucionais e o papel do Estado na efetivação de direitos fundamentais. Esse contexto está correlacionado ao surgimento de estados antidemocráticos.

O professor Baracho Júnior observa que na história do Constitucionalismo Brasileiro, quando se estabeleceram regimes autoritários, uma das primeiras providências adotadas foi a de se promulgar (ou outorgar) uma nova Constituição. (Informação verbal) ¹².

Isso pode ser entendido como um traço positivista, em que a pretensão de legitimação de um poder político - estabelecido faticamente – estava ligada ao aspecto formal do direito apenas como um conjunto de normas que autorizava o exercício daquele poder.

3.2 Os princípios jurídicos nas doutrinas contemporâneas

A doutrina pós-positivista¹³, majoritariamente, reconhece o caráter normativo dos princípios. As divergências situam-se principalmente na conceituação dos princípios – que é geralmente feita a partir da distinção estabelecida entre estes e as regras – e, conseqüentemente, na forma como são aplicados.

Dentre as diversas teorias contemporâneas, que se prestam à análise principiológica, destacam-se: as que definem princípios como mandados de otimização (e propõem a ponderação de valores); a comunidade de princípios de Ronald Dworkin; e a teoria do senso de adequabilidade, elaborada por Günther e aderida por Habermas. A partir dessas teorias foram elaboradas as críticas de Cruz (2007) e Ávila (2006), que serão citadas:

“[...] pode-se dizer que Ronald Dworkin inaugurou o paradigma contemporâneo da teoria dos princípios, buscando agora proceder à distinção por

¹² Comentários proferidos durante as aulas ministradas pelo professor no primeiro semestre de 2007 no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

¹³ O *pós-Positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO e BARCELOS, 2003, p.56).

meio do modo de operação / aplicação das regras e princípios”. (CRUZ, 2007, p. 290).

Dworkin formula sua teoria dos direitos como uma resposta às críticas que faz a outras correntes, tais como o Positivismo e o utilitarismo, na tentativa de superar as falhas que aponta em tais teorias no tocante à legitimidade do direito.

No âmbito da conceituação dos princípios, Dworkin ataca diretamente o Positivismo Jurídico.

“[...] é plausível a tese de que existe algum teste para o direito, comumente aceito, se considerarmos apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis ou são apresentadas em negrito nos manuais de direito. Mas os juristas e juízes, ao debaterem e decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também outros padrões que denominei de princípios jurídicos, como, por exemplo, o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos. Esse fato coloca os positivistas diante da seguinte difícil escolha. Ele poderá tentar mostrar que os juízes, quando invocam princípios desse tipo, não estão apelando a padrões jurídicos, mas apenas exercitando seu poder discricionário. Ou poderá tentar mostrar que, contrariamente às minhas dúvidas, um teste comumente aceito sempre identifica os princípios que os juízes consideram como fazendo parte do direito e os distinguem dos princípios que eles não consideram como tal. Defendi que nenhuma das duas estratégias podem ser bem-sucedida”. (DWORKIN, 2002, p. 73-74)

O autor procura esclarecer como “[...] a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional”.(HABERMAS, 1997, p. 252).

“O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração”. (HABERMAS, 1997, p. 260).

O conceito de *integridade*, formulado por ele, é responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico. O que garante a integridade do sistema jurídico é o pressuposto de que para cada caso existe uma resposta correta ¹⁴, que deve ser alcançada por meio de uma interpretação construtiva.

¹⁴ Isso não deve ser interpretado como total impossibilidade de se atingir respostas corretas. No nível discursivo, essa modalidade do tem-por-verdadeiro se reflete nas conotações de pretensões de verdade que apontam para além do contexto de justificação dada a cada vez e levam à suposição de condições ideais de justificação. “Crer que existem respostas melhores do que outras (aceitabilidade racional) impede uma postura cínica diante de questões fundamentais como os direitos humanos e a democracia.” (Habermas, 2004, p.149).

Habermas concorda com Dworkin neste aspecto de que se deve buscar sempre a decisão correta para o caso. Ressalta, contudo, que a verdade, ou a resposta correta, tem caráter provisório. Isso não impede que se busque sempre a resposta correta: há a necessidade prática de confiar intuitivamente no tido-por-verdadeiro de maneira incondicional. Assim, as decisões tidas como corretas hoje podem ser revistas futuramente por serem falíveis.

Mas a integridade não se confunde com *consistência*, assim entendida como a repetição de decisões anteriores a casos atuais e semelhantes, como observa Galuppo (1999). “A concepção convencionalista, portanto, insiste que os juízes devem respeitar as decisões passadas, mesmo que eles tenham a convicção de que outra decisão seria mais justa ou sábia”.(BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 116).

O convencionalismo enfatiza a importância de se atribuir segurança jurídica às decisões judiciais, a fim de se minimizar a surpresa¹⁵. “A surpresa é injusta em uma situação específica: quando as pessoas são incentivadas a agirem em determinado sentido e tal ação é posteriormente punida” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.118). Mas essa surpresa não é injusta quando decorre de uma decisão em que se atenda à integridade do direito, ou seja, para a produção de uma decisão justa.

Conforme ressalta Galuppo (1999, p.198), “*uma decisão é justa (ou seja, respeita a integridade do direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso*”. A integridade é, pois, um conceito relacionado à correção das decisões judiciais.

O autor promove a distinção entre regras e princípios a partir da diferenciação entre o modo de aplicação de ambos. As regras são “aplicáveis à maneira do ‘tudo ou nada’”. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, 2002, p. 39).

São, pois, concebidas como normas que possuem a hipótese de incidência mais determinada, para que seja possível que se apliquem integralmente quando da verificação das condições de sua aplicação em determinado caso.

Isso não impede que haja exceções à aplicação de regras. Ao contrário, “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e, quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.” (DWORKIN, 2002, p. 40).

¹⁵ A surpresa ocorre quando a expectativa (fundada em decisões anteriores) de que houvesse uma decisão em determinado sentido é frustrada.

Já os princípios “[...] não são, mesmo em teoria, susceptíveis de enumeração”. (DWORKIN, 2002, p. 41). Dessa forma, não é possível que seja fixada sua aplicação de forma precisa anteriormente ao caso. Se sequer os princípios são enumeráveis, tampouco se poderia falar de antemão em hipóteses que os excepcionam. Num caso em que dois princípios possam levar o intérprete a duas formas diversas de solução, não há de se falar em contradição, mas em concorrência entre princípios.

Barcellos (2002) lembra que há muito se apontou como efeito negativo dos princípios a possibilidade destes obstaculizarem as ações do poder público que a eles se contraponham.

Mas essa objeção decorre de uma concepção dos princípios como normas absolutas, que ignora a inviabilidade de se abdicar da atitude reflexiva do intérprete na aplicação de qualquer norma jurídica.

Dworkin (2002) define princípios como modelos a serem observados, como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que de forma implícita trazem a dimensão do peso que possuem. Na decisão de um caso em que se discuta a aplicação de princípios concorrentes, vem à tona a dimensão da importância que cada princípio traduz, e isso é levado em conta ao se aplicar ou não um princípio. O mesmo não ocorre com as regras.

“Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do nosso sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. (DWORKIN”, 2002, p. 43).

Ao afirmar que a aplicação de um princípio pode decorrer da maior importância que traduz em relação a outro princípio, Dworkin não está a conceber a possibilidade de hierarquização de princípios. Nesse ponto, verifica-se um dos pontos de discordância do autor com as teorias positivistas, como observa Ferraz (2007).

Tais teorias admitem a possibilidade de definição em abstrato de todas as condições de aplicação de uma norma, e Dworkin afirma que apenas uma decisão é aceitável: a de atender à integridade do direito.

A teoria dos princípios que os concebe como mandados de otimização é defendida, sobretudo, por Robert Alexy¹⁶ (1993). O autor visa construir modelos de racionalidade que orientem o intérprete na formação de decisões judiciais no âmbito dos direitos fundamentais. Para tanto, centra suas argumentações na otimização e nas leis da colisão e da ponderação.

O autor concebe os princípios como normas que podem ser aplicadas de forma graduada em um caso concreto, na maior medida possível, ou seja, aplicados no melhor grau (em seu “ponto ótimo”) para o caso. Por outro lado, as regras se aplicam ou não totalmente:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas”. (ALEXY, 1993, p. 86).¹⁷

Os princípios e regras são normas que determinam um “dever ser”, mas constituem-se como tipos normativos diversos, o que implica em distinção quanto à aplicabilidade dos mesmos. Aqueles oferecem razões *prima facie*, que serão delimitadas de acordo com as possibilidades do caso concreto; já as regras são razões definitivas, ou seja, verificadas as condições de aplicação e a validade, devem ser aplicadas.

Outro ponto de distinção entre regras e princípios nessa teoria encontra-se na possibilidade de conflito em abstrato das normas sob análise. O conflito entre princípios só é possível no caso concreto, enquanto o conflito entre regras pode existir *também*¹⁸ em abstrato.

Essa consideração do autor não colide com a teoria principiológica de Dworkin, já que este entende que o enunciado da regra será tanto mais “aprimorado”

¹⁶ Vários autores, dentre eles, Cruz (2007) e Ferraz (2007) observam na teoria dos princípios de Alexy o intuito de *retrabalhar* a teoria dos princípios de Dworkin.

¹⁷ El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (ALEXY, 1993, p. 86).

¹⁸ Alexy restringe a possibilidade de colisão de princípios ao caso concreto. Já as regras podem colidir tanto no caso concreto quanto em abstrato.

quanto maior a delimitação de seu campo de aplicação, por meio da previsão antecipada das exceções de sua aplicação.

Para Alexy, enquanto o conflito de regras se situa no campo de validade (sendo resolvido pela subsunção), o de princípios ocorre no âmbito do peso, devendo ser consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas.

Dois princípios que colidam não têm sua validade afetada, independentemente de qual será aplicado ao caso concreto, mas um dos dois princípios deve ceder ao outro.

Para a solução deste conflito, Alexy busca mecanismos racionais de ponderação, que leva em conta qual dos interesses (que em abstrato possuem a mesma importância) possui maior peso no caso concreto.

A lei da ponderação formulada por Alexy (1993) determina que, em caso de colisão, o grau de afetação ou prejuízo de um princípio deve corresponder ao grau de importância da satisfação do princípio concorrente.

Para que a ponderação seja racionalmente justificável, Alexy afirma a necessidade de que apresente as *razões de sua preferibilidade*. “Para se fundamentar um enunciado de precedência ou de preferibilidade, as razões apresentadas podem ser, a título de exemplo, a intenção original do legislador [...]”. (GALUPPO, 1999, p. 194).

“E essa idéia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma hierarquização dos mesmos.” (Galuppo, 1999, p. 194). Essa hierarquização não é absoluta, já que em casos diferentes que envolvam o conflito entre os mesmos princípios pode haver soluções diversas.

É nesse ponto que a teoria de Alexy parece aproximar-se da teoria dos princípios de Dworkin. Deve-se, contudo, esclarecer que quando Dworkin fala em “peso” do princípio, não se está a negar o caráter deontológico dos mesmos. Nessa teoria, o aplicador não “prefere” ou “opta” pela aplicação de um e não de outro princípio concorrente ao caso concreto (como ocorre na teoria de Alexy). Trata-se de verificar princípio oferece a decisão correta para o caso.

Além disso, Alexy (2003) afirma a possibilidade de colisão entre princípios, em que a satisfação de um princípio será feita à custa de outro. Nesse sentido, formula a Lei de Colisão, segundo a qual “As condições sobre as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”(Alexy, apud Galuppo, 1999, p. 194).

Por outro lado, como já ressaltado anteriormente, os princípios são concebidos como concorrentes na teoria de Dworkin.

O autor concebe que os princípios e os valores se distinguem por estes pertencerem ao campo da Axiologia, e o seu conceito fundamental é o do bem; enquanto aqueles se constituem como mandados de otimização, inserindo-se no conceito deontológico fundamental do “dever ser”.

Ávila sintetiza, de forma precisa, a distinção entre princípios e regras feita por Alexy:

“A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes”. (ÁVILA, 2006, p. 30).

Observa-se na teoria de Alexy um esforço de racionalização da aplicação dos princípios, seja por meio das razões de preferibilidade, seja pelo estabelecimento de “regras de prevalência da ponderação”. Contudo, esses esforços não são suficientes para superar a principal crítica que se faz à sua teoria: a de que sua concepção abdica do caráter deontológico dos princípios.

Apesar das críticas (acertadas) que a teoria de Alexy recebe, “seu raciocínio privilegia uma análise hermenêutica que levaria em conta tanto possibilidades normativas quanto fáticas, eis que “regras de prevalência” somente poderiam ser justificadas com base em uma consideração das circunstâncias específicas de cada caso concreto.” (CRUZ, 2007, p. 292).

Há autores brasileiros que defendem uma teoria dos princípios ligada à ponderação de valores, como Humberto Ávila (2006)¹⁹. Esse autor reelaborou a

¹⁹Para os fins do presente estudo, serão destacadas apenas as críticas de Ávila à teoria de Alexy. Contudo, para melhor compreensão dessas críticas, é útil a apresentação de alguns pontos da teoria daquele autor. Em linhas gerais, Ávila defende que a aplicação das regras, assim como a dos princípios, exige uma comparação de razões, uma vez que o aspecto axiológico é inerente a todas as normas jurídicas. Conseqüentemente, há a possibilidade da ponderação ocorrer também no âmbito das regras. Contudo, a dimensão do peso não está nas próprias normas (sejam elas do tipo regra ou princípio), mas nessas razões comparativas: “[...] a dimensão do peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado do

teoria de Alexy, logrando êxito ao apontar a inconsistência de alguns aspectos da teoria deste autor.

Ávila (2006) combate a tese de que as regras sejam aplicadas segundo o modelo do “tudo ou nada”, ou seja, como *razões definitivas*. Ao mesmo tempo, demonstra a possibilidade de que as *razões comparativas* envolvam regras e princípios. Assim, evidencia-se que a circunstância descrita como “colisão” entre espécies normativas ocorra não apenas entre regras ou entre princípios, mas estabeleça-se entre ambos ao mesmo tempo.

Para tanto, enumerou diversas decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro em que determinadas regras não foram aplicadas tal como a definição prevista em seus enunciados. Ora as regras foram aplicadas, contudo, quando da verificação da ocorrência fática da hipótese de incidência, não foram aplicadas as conseqüências previstas. Ora a consideração de determinado princípio (o da razoabilidade), em aparente colisão com determinadas regras, fez com que as penalidades nestas previstas fossem afastadas. Os exemplos de Ávila demonstram a fragilidade do critério segundo o qual os princípios envolvem razões comparativas, enquanto as regras, razões definitivas.

Ao final, Ávila defende a possibilidade de distinção entre espécies normativas – embora fundamente tal distinção em bases distintas das propostas por Alexy.

Günther (2004) apresenta uma crítica à distinção entre espécies normativas feita por Alexy, e afirma que o caráter de razão *prima facie*, ou definitiva da norma, não se funda na sua estrutura, mas no processo argumentativo empregado no contexto da aplicação.

Conseqüentemente, a diferença entre princípios e regras não é estrutural, ou seja, não se funda na distinção entre as espécies normativas, mas na forma de aplicação.

No caso das regras, nem todas as características da situação fática são relevantes, ou seja, algumas características são relevantes²⁰; outras podem ser desconsideradas, tendo em vista que “O legislador já teria decidido a respeito da adequação de uma norma [...]”. (GÜNTHER, 2004, p. 316). Assim, o aplicador, ao

juízo valorativo do aplicador.” (ÁVILA, 2006, p. 51). A importância das razões comparativas envolvidas é, para o autor, definidas pelo aplicador.

Para os fins do presente estudo, serão destacadas apenas as críticas de Ávila à teoria de Alexy.

²⁰ As características relevantes, segundo Günther, são as que se referem ao componente condicional *se*.

aplicar a norma como regra estaria a confirmar as considerações feitas pelo legislador. “Naturalmente, altera-se a atribuição institucional a um legislador que decidirá a respeito da adequação antecipadamente, de modo que a jurisprudência se mantenha restrita a uma aplicação de normas como regras.” (GÜNTHER, 2004, p.395).

A aplicação de princípios, por outro lado, demanda o juízo de adequabilidade, por meio do qual é possível afastar a aplicação de determinados princípios e aplicar outros. Essa adequação não se constitui, em princípio, como uma norma válida para outros casos, já que foi realizada a partir das circunstâncias do caso específico analisado.

Habermas (2007) afirma que enquanto a validade diz respeito ao discurso de fundamentação, em que importa a justificação imparcial da norma;

“Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. Uma vez que toda norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes”. (HABERMAS, 2007, p. 270-271).

Apesar de afirmar que para a produção de uma decisão válida é necessário que haja uma aplicação imparcial, Habermas adere sem maiores críticas ao modelo apresentado por Günther.

3.3 Uma nova perspectiva para a teoria dos princípios jurídicos

A doutrina e a jurisprudência contemporâneas majoritariamente reconhecem o caráter normativo dos princípios e, ao discorrerem sobre a aplicabilidade dos princípios, bem com o seu papel no ordenamento jurídico, fazem-no de forma a distingui-lo das regras.

Cruz (2007), por outro lado, observa que as *razões comparativas* não devem restringir-se a *certas*, mas a *todas* as normas, e conclui pela inutilidade da distinção entre espécies normativas.

“[...] consideramos desnecessário qualquer esforço no sentido de explicar uma distinção entre as espécies normativas como mecanismo de escaparmos do Positivismo, eis que um exame crítico sobre os elementos que distinguiriam regras e princípios mostra-se, também aqui como um empreendimento mal-sucedido [...].

Galuppo sustenta que os princípios garantiriam a abertura indispensável do ordenamento jurídico para o pluralismo marcante nas sociedades atuais. Contudo, fica a dúvida: porque apenas os princípios sustentam a abertura permanente da identidade do sujeito constitucional “? (CRUZ, 2007, p. 314).

A observação de Cruz demonstra uma perspectiva crítica que pode ser compreendida pelas próprias idéias apresentadas pelo autor, ao longo do trabalho referenciado. Cruz acrescenta:

“[...] Não são os princípios que permitem o círculo hermenêutico, mas o círculo hermenêutico que permite ao intérprete o exame de outras informações, sejam contextuais ou normativas, isso é, possibilita ao intérprete “reconstruir” o sentido da norma originariamente pensada no caso e/ou buscar outras normas adequadas para a solução do caso concreto. Assim, a escola hermenêutica não se dá conta de que não há que se sustentar uma “essencial diferença” entre espécies normativas para que a interpretação se dê em bases pós-positivistas simplesmente porque são todas elas textos normativos”. (CRUZ, 2007, p. 314).

Nenhum dos critérios até então apresentados é hábil a realizar uma distinção bem-sucedida entre regras e princípios. As críticas já foram abordadas.

Deve-se ressaltar que o campo de aplicação das normas não pode ser definido a priori. Não obstante, a previsão de circunstâncias de aplicação da norma no seu dispositivo é, por vezes, interpretada de forma equivocada em dois sentidos: a primeira, de forma a considerar a aplicação da norma como absoluta, tal como no modelo de subsunção do fato à norma; a segunda, de forma a considerar que a formulação do texto legal poderia distinguir a norma em regra ou princípio, de acordo com a previsão expressa, ou não, das condições de aplicação.

“[...] a existência de hipótese depende mais do modo de formulação, do que a uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas. Além disso, o critério do caráter hipotético-condicional parte do pressuposto de que a espécie da norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo objeto de interpretação, como se a forma de exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) predeterminasse totalmente o modo como a norma (resultado da interpretação) vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada. Percebem-se, aí, uma manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição dos atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete”. (ÁVILA, 2005, p.33)

Contudo, as normas que, aparentemente, se enquadram na classificação de regras - sobretudo nos modelos apresentados por Dworkin e Alexy - costumam ser aplicadas de modo mecânico, como se a norma pudesse ser o seu próprio fundamento. Ou seja, presentes as condições fáticas previstas no dispositivo da norma (considerada regra) a sua aplicação faz-se cogente, e costuma-se dispensar uma maior fundamentação da decisão.

Inúmeras decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro poderiam ser citadas para ilustrar tal mecanicismo. O exemplo a seguir exposto foi escolhido pela gravidade da consequência desse tipo de automatização.

Em 21 de outubro de 2007, a delegada Flávia Verônica Monteiro lavrou na delegacia de Abaetetuba, município do estado do Pará, o auto de prisão em flagrante de uma adolescente de 15 anos, que foi posteriormente colocada em uma cela juntamente com mais de vinte homens, e lá mantida por quase um mês. Em depoimento prestado no dia 28 de novembro de 2007 à Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada para investigar possíveis irregularidades do Sistema Carcerário brasileiro, a delegada afirmou que:

“a questão de ela (a menor) ter ido para a cela masculina vai além da minha autoridade legal. Em nenhum momento achei que seria justo ou deveria ser assim, mas a minha condição de delegada não me dá respaldo para fazer além do que está estabelecido na lei”. (MELO, 2007).

Não importa avaliar a que lei a delegada se refere (seja ela de direito penal, processo penal, de cunho administrativo). Dispensa maiores comentários, para a finalidade a que se pretende essa exemplificação, o fato de inúmeras outras normas (sobretudo constitucionais, tais como o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana) terem sido desconsideradas.

As normas que habitualmente são classificadas como princípios geralmente levam o aplicador a uma postura interpretativa, sobretudo no caso de aparente colisão com outra norma desse mesmo tipo. Isto porque as condições de sua aplicação não estão previstas no enunciado da norma, ao contrário do que geralmente ocorre com aquelas normas classificadas como regra.

Mesmo em casos em que há a enumeração das condições da aplicação expressa no texto legal, deve o aplicador considerar as circunstâncias fáticas e

jurídicas existentes. E há circunstâncias em que o Judiciário brasileiro o faz. Ávila (2006) oferece um exemplo ²¹, retirado do ramo do direito penal, que ilustra tal circunstância: a norma do art. 224 do Código Penal Brasileiro determina a presunção de violência da relação sexual praticada com menor de quatorze anos. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal brasileiro considerou que há circunstâncias não previstas pela norma (como a aparência e o comportamento da menor) que devem ser consideradas para verificação da ocorrência do crime de estupro presumido.

Não se pretende estabelecer, com isso, um novo critério de distinção entre espécies normativas entre regras e princípios, nem fornecer subsídios aos já existentes. Trata-se de uma constatação de que, em geral, a falta de determinação expressa das condições de aplicação leva uma aplicação não-automatizada da norma²².

A definição de princípios esteve historicamente atrelada à tentativa (que não logrou êxito, pelas razões já apontadas) de se estabelecer uma dicotomia entre as espécies normativas. Paulatinamente os princípios foram ganhando maior espaço na compreensão jurídica: inicialmente considerados como valores, ascenderam ao ordenamento jurídico na condição de normas.

Pode-se ainda afirmar que a compreensão da importância dos princípios lançou luzes sobre a forma de aplicação das regras, a despeito de não possuir prevalência sobre estas. É que a partir da crítica que se estabeleceu à restrição da função hermenêutica, apenas às normas tidas como princípios, ressalta-se a necessidade de que tal função seja desempenhada no âmbito da aplicação mesmo das normas classificadas como regras.

²¹ A exemplificação de Ávila (2006) foi feita com objetivo diverso do aqui proposto: para demonstrar que é possível realizar a ponderação de valores quando da aplicação de regras, e de que as regras não se aplicam segundo o modelo do “tudo ou nada”.

²² A previsão expressa das condições de aplicação da norma nos enunciados normativos possui efeito prático e não é óbice à atividade interpretativa que se exige do aplicador. Portanto, a supressão de textos normativos não é uma solução para o problema apresentado.

4 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Desde a Antigüidade, a igualdade entre os homens ocupou um espaço importante nos estudos filosóficos e jurídicos. Ao mesmo tempo, critérios artificiais²³, tais como etnia, origem, gênero, condição econômica, dentre outros, foram utilizados para desigualar os homens. Ou seja, se por um lado a igualdade foi uma constante preocupação, a desigualdade entre os homens constituiu-se como uma permanente realidade.

Na concepção aristotélica, a existência do homem só era possível em sociedade. A felicidade e a realização dos fins de cada um só poderiam ser alcançadas pela vida harmônica²⁴, que era pressuposto para felicidade dos seres que integravam a *polis*²⁵. Ao mesmo passo, a *polis* tinha como fim o seu autogoverno e sua autoconservação, que só eram possíveis pela igualdade e amizade entre os homens virtuosos unidos entre si.

Aristóteles afirmava que há homens mais virtuosos que outros. Apenas a igualdade entre os mais virtuosos era aritmética. A igualdade na *pólis*, composta pelos mais e pelos menos virtuosos, era, portanto, geométrica. Nesse sentido, havia uma hierarquia: “é preciso que a admiração seja proporcional: assim, aquele que é melhor que o outro deve ser mais amado (por esse último) que amante (deste último)” (ARISTOTELES, *apud* Galuppo, 2002, p. 36). Dessa igualdade geométrica – ou seja, desigualdade – dependia a unidade da *polis*.

Não era apenas a diferença de virtude entre os homens que os distinguiu, já que ao se mencionar “homens”, Aristóteles se refere apenas àquelas pessoas que integram a *polis*, e não a todos os habitantes da cidade.

²³ Por “artificiais” definem-se aqui as desigualdades que não são as naturalmente existentes entre os homens. Esse assunto será mais adiante explorado, ao se distinguir igualdade de identidade.

²⁴ *Eudaimonia*, adjetivo de “feliz” em latim, significa, para Aristóteles a felicidade do homem decorrente do aperfeiçoamento da alma alcançada por meio do exercício da virtude.

²⁵ *Polis* não se refere ao espaço físico (cidade), mas à atividade cultural e política grega. O homem que não participa da política, que não integra a administração da justiça, não é cidadão. A felicidade e a virtude são também consideradas como *atividades* da alma, em função de um bem agir.

Os “excluídos” da *polis* – dentre os quais estavam mulheres, escravos e estrangeiros (os que não viviam em Atenas) – sequer eram levados em conta para a formulação da igualdade no pensamento aristotélico.

“[...] Aristóteles não considerava cidadãos todos aqueles que vivem em uma cidade, e sem os quais a Cidade não poderia existir. Para ser cidadão é preciso participar da administração da coisa pública, ou seja, fazer arte das Assembléias que legislam e governam a Cidade e administram a justiça. [...] Desse modo, os cidadãos revelam-se em número muito limitado, ao passo que todos os outros acabam, e alguma forma, sendo meios que servem para satisfazer as necessidades dos primeiros. Nessa questão, as estruturas sociopolíticas do momento histórico condicionam o pensamento aristotélico a ponto de levá-lo à teorização da escravidão. Para ele, o escravo é como que um instrumento que precede e condiciona os outros instrumentos, servindo para a produção de objetos e bens de uso, além dos serviços. E o escravo é tal por natureza”. (REALE e ANTISERI, 2003, p. 222).

Aristóteles considerava a justiça como a maior virtude, pois era ela que possibilitava a preservação da *polis*. A justiça se classificava em: justiça corretiva (que diz respeito às relações que se estabelecem entre os indivíduos) e justiça distributiva (que se refere às relações entre cada homem e a *polis*). Enquanto a primeira se dá com base na justiça aritmética, esta última se estabelece com base na igualdade geométrica, pois significa atribuir a cada um conforme o seu valor. Assim, o homem que possui mais valor deve receber mais bens que aquele que possui menos.

“Em muitos casos a reciprocidade e a justiça corretiva estão em desacordo: por exemplo, se um magistrado feriu um particular, ele não deve ser ferido por seu turno, e se um particular feriu um magistrado, ele não só deve ser ferido, mas receber uma punição suplementar. [...] Mas nas relações de troca, o justo, sob a forma de reciprocidade, é o que assegura a coesão dos homens entre si, reciprocidade, no entanto baseada sobre uma proporção, e não sobre uma estrita igualdade. É esta reciprocidade que faz subsistir a cidade”. (ARISTOTELES *apud* GALUPPO, 2002, p. 46).

Essa teoria da igualdade e da justiça é, na verdade, legitimadora da desigualdade entre os homens. E a justificativa para a desigualdade, com fundamento na diversidade de valor entre os homens, tinha o condão de amortizar a possibilidade de revoltas.

Conseqüentemente, tal teoria poderia possibilitar a aceitação pelos “menos virtuosos” não apenas desta condição, como também da distribuição de bens e da justiça, a fim de evitar a dissolução da comunidade.

Em Roma, permaneceram as desigualdades entre os homens fundada em critérios semelhantes aos da Grécia. Enquanto os patrícios participavam do processo legislativo, por meio dos votos por cúrias; a plebe (parte da população estranha à cidade de Roma) não tinha direitos nem deveres e, portanto, não votava à aprovação de leis.

“Sérvio Túlio luta por incorporar a plebe à cidade. Para isso, ordena o primeiro recenseamento de que se tem notícia na história. Deixando de lado as origens, toma a riqueza de cada um como base para a distinção entre as pessoas.

Desse modo, formam as *classis* todos os que têm meios para pagar os impostos e que, agora, têm o direito de prestar serviço militar, honra máxima para o povo romano.

Em compensação, ao dever de pagar impostos, adquirem ainda o direito de praticar o comércio. É uma reforma militar e financeira.[...] participam agora da feitura de leis, em novas assembléias [...]”. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 35).

A reforma promovida por Sérvio alterou, em verdade, o critério de desigualdade entre os homens: de origem passou a fundar-se nos recursos financeiros. Porém, ainda assim revela um progresso, ainda que tênue, já que os plebeus com riquezas adquiriram maior status social e político.

A situação da plebe continuou de um modo geral imensamente inferior à dos patrícios. O que os levou a promover rebeliões e greves. Em uma dessas ocasiões, patrícios e plebeus fizeram um acordo que permitiu a criação dos *tribunos plebis*. Trata-se de “[...] magistrados plebeus, invioláveis, sagrados (*sacrosancti*), com o direito de veto contra as decisões a serem tomadas.” (CRETELLA JUNIOR, 1998, p. 41).

A lei das XII Tábuas é considerada como a “primeira efetiva manifestação escrita a inaugurar a era da supremacia do **jus scriptum**. De valor incomensurável pelo que representa para a história do Direito [...]” (LUIZ, 1999, p.39) também foi fruto de um processo de conscientização e articulação dos plebeus, em torno da necessidade de formulação de direitos que amparassem tanto patrícios quanto plebeus.

Havia ainda outras formas de desigualdades: o escravo era considerado ser, mas não pessoa, já que esta goza do status que lhe atribui direitos e que permite contrair obrigações. O ser humano disforme era considerado um monstro, e também não era considerado pessoa. As mulheres eram consideradas pessoas, contudo não tinham capacidade no âmbito do direito público e a sua capacidade no âmbito

privado não era plena. “A religião também [...] podia ser fator que concorresse para certas restrições da capacidade jurídica.” (MARKY, 1995, p.37).

Na Idade Média, a noção de igualdade geométrica permaneceu por influência da teoria Aristotélica. Contudo, um elemento torna-se central nesse momento: a fé cristã.

Santo Tomás de Aquino dedica boa parte de seus estudos à justiça, e a relaciona à igualdade. A justiça

“[...] é, por excelência, uma virtude que se concretiza nas relações com os outros. Esse ‘relacionar-se’ pressupõe uma certa igualdade, pois o próprio termo justiça, que deriva de ajustar, significa adequar duas coisas. A justiça refere-se sempre aos demais e consiste em adequar ou ajustar, com certa igualdade, as relações entre os homens. Ora, se é assim, a justiça visa ao justo, aquilo que é a melhor proporção em uma certa relação, aquilo que está adequado. O justo não é o que é vantajoso para um, mas, ao contrário, deve, necessariamente, atender à demanda do outro”. (BORGES, 1999, p. 85).

A justiça, segundo Aquino, subdividia-se em comutativa e distributiva. Esta se relacionava à relação entre o indivíduo e a comunidade, e devia ser regida segundo a igualdade geométrica; aquela se estabelecia entre os particulares, e orientava-se pela igualdade aritmética. Percebe-se, pois, que nesse ponto a concepção de igualdade de Aquino permanece atrelada à justiça geométrica, tal como formulada por Aristóteles.

Não se pode, contudo, desprezar que Aquino não exclui as mulheres, estrangeiros e escravos, tal como fazia Aristóteles da formulação da igualdade, o que representa uma evolução na consideração da igualdade entre os homens. Contudo, Galuppo (2002) ressalta que tal igualdade se restringia aos cristãos.

Na Modernidade diversos fatores incentivam e possibilitam uma mudança de perspectiva: o pensamento passa a centrar-se no indivíduo, o que era inaceitável para as teorias preponderantes na Antiguidade e na Idade Média.

O Direito passa a prescrever regras para a sociedade, e não mais regular os conflitos casuisticamente. O reconhecimento intersubjetivo de normas prévias e abstratas representa uma grande evolução no âmbito das ciências jurídicas.

A Modernidade rompe com a unidade normativa formada pelo direito e pela religião, embora aquele ainda sofra influência desta. Conseqüentemente, o Direito Natural passa a fundar-se na razão humana, e não na Lei divina, abrindo espaço para o jusracionalismo.

A Reforma Protestante contribuiu para a mudança do conceito de igualdade. O precursor desse evento, Martinho Lutero (1520), considerava que todos os cristãos eram iguais e criticava a hierarquia eclesiástica:

“Se um sacerdote é assassinado, põe-se o país em polvorosa. Por que não ocorre o mesmo quando é assassinado um camponês? De onde provém diferença tão grande entre cristãos iguais?” (GALUPPO, 2002p. 66).

A Igreja Católica reagiu aos ataques por meio da chamada “Contra-Reforma”. Os séculos XVI e XVII foram marcados por guerras religiosas.

Para que o Capitalismo fosse consolidado, houve necessidade de equiparação dos homens. Somente sendo igualmente livres poderiam trabalhar, receber, e ter condições de fazer o intercâmbio entre produtos, serviços e força de trabalho. Após a Revolução Industrial, a distinção entre os homens passou a pautar-se na propriedade dos meios de produção ou na força de trabalho.

Kant, um dos filósofos que mais influenciaram a filosofia jurídica contemporânea, atribuía à razão humana a capacidade e a possibilidade de orientar o ‘agir’. Ou seja, a razão humana não é apenas razão teórica (capaz de conhecer), mas também razão prática, na medida em que pode e tem o objetivo de “determinar a vontade e a ação moral” (REALE e ANTISERE, 2005, p. 378).

Segundo o filósofo, as ações humanas são orientadas por regras gerais da vontade, os “princípios práticos”. Estes se subdividem em *máximas* que valem apenas para o sujeito (não possuindo pretensão de universalização); e *imperativos*, que são objetivos, na medida em que se constituem como deveres que expressam a necessidade de que a ação se oriente de certo modo. A razão deveria, nesse sentido, ser capaz de comandar a vontade humana ²⁶. Nesse sentido, Kant considerava a lei moral como único determinante da vontade pura. (KANT, 2006).

Os imperativos, por sua vez, podem ser: *hipotéticos*, quando orientarem o agir apenas quando se pretende alcançar fins específicos (ou seja, valem objetivamente apenas para aqueles que desejam atingir certo objetivo); e *categóricos*, que são leis práticas objetivas que valem incondicionalmente para todos os homens.

As leis morais são imperativos categóricos, universais (objetivos) e necessários. “A fórmula mais adequada para a lei moral, isto é, para imperativo categórico fundamental, é, para Kant, a seguinte: age de modo que a máxima

²⁶ Kant não ignorava, contudo, que o homem não age apenas guiado pela razão. Fatores emocionais e vícios, p.ex. poderiam desviar a ação do homem.

(subjéitiva) de tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de uma legislação universal (objetiva)", (REALE e ANTISERE, 2005, p. 379). A moralidade consiste na relação entre a ação e a legislação universal (Kant, 2006).

Dessa forma, Kant afirma a possibilidade de que a legislação universal (moral) derivasse da vontade pura, da razão. A fórmula acima apresentada é útil para explicar a forma como o imperativo categórico, que não possui conteúdo, pode oferecer respostas (orientar a ação) em casos concretos. Se a máxima escolhida puder ser universalizada, de forma que todos a pudessem tomar como imperativos, a ação estaria em conformidade com a lei moral. É a racionalidade (a forma de lei) que torna a lei moral objetiva, e não seu conteúdo.

A segunda fórmula é: *"age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"*. (KANT, 2006).

O terceiro princípio prático é o seguinte: *"nunca praticar uma ação se não em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal"*. (KANT, 2006).

Neste sentido, a vontade humana deveria submeter-se às leis morais. Exemplificativamente, Kant afirma que um homem, ao decidir se deveria suicidar-se diante de uma situação penosa, deveria refletir se essa ação estaria em conformidade com o princípio segundo o qual a humanidade deve ser considerada como fim em si mesma. Mas como ele próprio não pode ser considerado como um meio para obtenção de uma vida suportável, ele não poderia dispor da própria vida.

Pela possibilidade de universalização da máxima subjéitiva é possível atribuir aos homens uma consideração igual. "O critério de igualdade é o mesmo da universalidade, isto é, a razão. Só que agora se trata de uma razão como dado diferenciador do ser humano que torna possível detectar uma igualdade essencial entre os seres humanos". (SALGADO, 1995, p.223).

Ao mesmo tempo, uma pessoa somente pode considerar que sua máxima pode tornar-se um imperativo categórico, se pressupor que todos são igualmente dotados de capacidade racional que os permitam assim considerar essa máxima.

A segunda formulação demonstra a preocupação de Kant com a não-consideração do homem como coisa ou meio, mas objetivo último. Cada homem não é isoladamente considerado, na medida em que cada um representa a humanidade.

Apesar dessa impessoalidade, exige-se “uma reciprocidade no tratamento com o outro”. (SALGADO, 1995, p.224).

A igualdade para Kant está também relacionada à liberdade - que é o postulado que explica a lei moral.

Kant formula três postulados com o fito de explicar a lei moral. São eles: a existência de Deus, a imortalidade da alma e a liberdade. Para os fins do presente estudo, apenas este último será considerado. E como a lei moral é considerada por Kant como inegável, aquilo que se constitui como seu pressuposto também deve sê-lo.

“Estes postulados não são dogmas teóricos, mas pressuposições em sentido necessariamente prático; portanto, se não distendem em verdade o conhecimento especulativo, dão, contudo, realidade objetiva às idéias da razão especulativa em geral (por meio de sua relação com o que é prático), autorizando-a a formular conceitos que sem isso não poderia intentar nem sequer a afirmativa de sua possibilidade. [...] A aspiração ao sumo bem, necessária mediante ao respeito à lei moral, e a suposição, dele derivada da realidade objetiva desse bem supremo, conduz, portanto, pelos postulados da razão prática, a conceitos que a razão especulativa pôde exprimir como problemas, mas não conseguiu resolver por si mesma”. (KANT, 2006, p. 204-205)

A liberdade para Kant “é independência (da vontade) em relação à lei natural dos fenômenos, ou seja, do mecanismo causal²⁷. [...] Conclusão: nós conhecemos, primeiro, a lei moral (o dever) como fato da razão e, depois, dela inferimos a liberdade como seu fundamento e sua condição.” (REALE e ANTISERI, 2005, p.382).

A idéia de igualdade acompanha os momentos em que aparece a idéia de liberdade [...] e se mostra sob três aspectos:

- a) como igualdade de todos os seres racionais que possuem um direito inato, a liberdade;
- b) como limitação dos arbítrios individuais para a formação da sociedade civil;
- c) como igual participação ou possibilidade de participação, na legislação jurídica, enquanto expressão da vontade geral na perspectiva do republicanismo. (SALGADO, 1995, p. 338-339).

Para Kant a limitação da liberdade só é legítima no caso em que ocorre de forma igual para todos. O direito a mais ampla liberdade de ação subjetiva é

²⁷ Nesse ponto é importante compreender a distinção entre os seguintes termos alemães utilizados na versão original das obras de Kant: *müssen*, que designa dever no sentido de algo que vai realizar-se de forma inevitável, em razão de leis naturais; e *sollen*, que designa um dever no sentido moral.

universal. E “o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua consonância com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei geral.” (KANT *apud* HABERMAS, 1997, p. 126).

Galuppo considera que “A partir de Kant, quer dizer, com a sociedade contemporânea, torna-se impossível pensar uma igualdade geométrica na organização social, capaz de permitir o pluralismo de projetos, já indicada por Kant [...]” (GALUPPO, 2002, p. 95).

Contudo, “[...] no instante em que Kant vê a impossibilidade de a mulher participar como cidadã de uma democracia representativa, pode ser encaixado como crítica a uma visão solipsista que pretende universalizar as condutas humanas.” (CRUZ, 2006, p. 133).

Kant concebe a razão de uma forma solipsista, especialmente no tocante à “produção” da norma moral, tendo em vista que quem produz a máxima com pretensão de universalização pressupõe que todos os outros seres racionais a poderiam reconhecer como imperativo categórico.

“Kant procurou a legitimidade do Direito [...] numa fundamentação essencialmente moral do direito. O homem não se conduziria pela autoridade das instituições estatais para fazer cumprir suas normas, mas também e principalmente pela racionalidade prática de uma ação intra-subjetivada ética e da moral. Todavia, num mundo plural, com distintas construções de fundo ético, com valores substantivos diversos e às vezes contraditórios, como a moralidade poderia sustentar a legitimidade do direito? Como ela poderia garantir a integração social e a estabilização de múltiplas e diferentes expectativas de comportamento? [...] Por conseguinte, a moralidade deve transcender as diversas visões de mundo, com enunciados derivados de um diálogo/discurso público e racional, incluindo tanto as concepções individuais quanto coletivas sobre a noção de vida digna”. (CRUZ, 2006, p.131).

Apesar disso, a teoria kantiana influenciou de forma decisiva teorias contemporâneas importantes, que reelaboraram a ética e a moral kantiana introduzindo, dentre outros elementos, o da intersubjetividade propiciada pela linguagem.

Contemporaneamente, para as teorias pragmáticas²⁸ do direito, o *dever* ou a força do direito é estudado sob o aspecto de sua legitimidade. A ética passa de monológica para dialógica, discursiva.

²⁸ “Pragmática é o nível da análise semiológica preocupado com a relação entre o signo e os sujeitos envolvidos no processo de comunicação.” (GALUPPO, 2002, p.109).

Utilizando a própria linguagem kantiana, com argumentos da teoria discursiva: para a universalização das máximas, estas devem ser submetidas à intersubjetividade. Ou seja, os destinatários da norma devem poder argumentar favorável ou contrariamente aos argumentos de pretensão de validade da máxima, por meio de um procedimento de avaliação imparcial desta.

Para a compreensão do paradigma discursivo faz-se necessário que se retome os paradigmas jurídicos que o precederam.

A transposição do modelo Liberal para o modelo Social de Estado ocorreu em virtude de fatores econômicos, políticos e sociais que estão atrelados entre si. O direito não é insensível nem alheio a tais transformações. Tais fatores vinculam-se intrinsecamente às mudanças paradigmáticas do direito.

Habermas, ao abordar tais transformações, o faz sob o prisma da relação entre os direitos público e privado²⁹. Tal formulação evidencia que a forma como ambos os ramos se correlacionaram historicamente reflete as transformações ocorridas em vários aspectos durante essa transição: o social, o político e o jurídico. Neste âmbito, ressalta que ambos os paradigmas visavam o mesmo princípio: o da liberdade jurídica.

No modelo Liberal, supunha-se que a liberdade seria um resultado – como que óbvio – da auto-regulamentação de forças de mercado, combinadas à postura abstencionista do Estado e da generalidade e abstração do direito de liberdades subjetivas iguais.

O fracasso dessa suposição evidenciou a necessidade de efetivação de direitos já formalmente (normativamente) assegurados, por vezes até por meio da criação de outros direitos.

Assim, a liberdade jurídica proposta no Estado liberal não poderia coincidir com a liberdade de fato, especialmente por se negligenciar as desigualdades ostentadas pelos homens.

A idéia da correlação entre liberdade e igualdade, já pressuposta no pensamento kantiano, foi desenvolvida por Habermas ao abordar a passagem do Estado liberal para o Social:

²⁹ Para tanto, Habermas apresenta a evolução histórica do direito privado, a partir do século XIX, na Alemanha. Inicialmente partia-se da premissa da separação entre Estado e sociedade. Por um lado, a liberdade jurídica consistia em um status negativo de sujeitos de direito, com capacidade de autodeterminação; e por outro lado, o direito público se concentrava na esfera do Estado autoritário.

“A restrição às liberdades fundamentais clássicas na esfera social [...] não deve ser atribuída à interferência de *outros* princípios jurídicos, tais como a justiça social ou a responsabilidade social. O que parece uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas *iguais* para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito. Se uma das partes sofre, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas exigidas por esse princípio”.(HABERMAS, 1997, p. 138).

O Estado Social se constituiu por meio da expectativa de que ações estratégicas de intervenção na economia, e de ações emergenciais no setor social seriam suficientes para extinguir a contingência que lhe motivou. Ou seja, esperava-se acabar com os problemas sócio-econômicos propiciados pela falibilidade do modelo Liberal.

A materialização³⁰ do direito privado, nesse contexto, refletiu-se pela ênfase nos princípios democráticos inseridos na constituição, em detrimento dos tradicionais direitos privados.

A proteção social iniciou-se de forma impositiva, de tal forma que o direito privado (em seu *status* de liberdades negativas quase absolutas) aparentava não ter mais força para se impor ante o direito público.

“Considerações de ética social infiltraram-se em regiões do direito que até então se limitavam a garantir a autonomia privada. O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, porém diferentes, do ponto de vista material, sendo que os mesmos institutos jurídicos preenchem funções sociais distintas”. (HABERMAS, 1997, p.134).

As principais críticas ao modelo do Estado Social foram formuladas com base na negligência das políticas e regulamentações que fez em relação à autonomia privada dos cidadãos.

³⁰ Cabe ressaltar que o termo “materialização” costuma ser empregado na doutrina pátria para designar a efetividade de direitos, ou seja, em sentido diverso do empregado por Habermas. Assim, quando se fala da necessidade de se “materializar” o direito de igualdade, pretende-se afirmar a necessidade de que sejam estabelecidos mecanismos para que a igualdade juridicamente assegurada aos homens corresponda a igualdade fática, ou a viabilize. Da mesma forma, o termo “formal” é utilizado pela doutrina para designar o direito assegurado pelas normas jurídicas, apenas. Contudo, o paradigma procedimental se diz formal no sentido de “vazio de conteúdo”. Ou seja, não fornece uma resposta para se resolver os problemas de uma sociedade, mas as condições necessárias para que os cidadãos, sujeitos de direito, legitimamente o façam.

“Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da crise do Estado Social residia na insensibilidade das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do Estado social simétrica à cegueira social do direito formal burguês”. (HABERMAS, 1997, p.125).

A excessiva regulamentação tornou-se um fator impediante da própria efetivação de ampliação de liberdades subjetivas de ação, e culminou na redução da autonomia privada dos sujeitos. O manejo desequilibrado do âmbito de atuação e das competências do Estado resulta em conseqüente desigualdade na distribuição de liberdades de ação aos indivíduos.

“Na linha do pensamento liberal, os sujeitos do direito privado, no quadro de suas liberdades distribuídas de modo igual, só encontravam limites nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, eles se chocam com os projetos paternalistas de uma vontade política superior, que dominam essas contingências sociais através da regulação e da organização social, a fim de garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas”. (HABERMAS, 1997, p. 144).

As políticas compensatórias promovidas pelo Estado Social tinham o condão de efetivar a igualdade de direito e realizar a igualdade de fato. Contudo, representam um impasse por limitarem, freqüentemente, os espaços de atuação da autonomia privada dos beneficiários de tais políticas, ao criarem “novas dependências”.

“O direito Social revela que o direito materializado no Estado social é ambivalente, propiciando e, ao mesmo tempo, retirando a liberdade, que se explica através da dialética entre liberdade de direito e de fato, a qual resulta da estrutura do processo de juridificação. Porém, é prematuro caracterizar essa estrutura como um dilema. Pois os critérios que permitem identificar o ponto onde a previdência autorizadora do Estado social se transforma em previdência tutelar dependem do contexto e podem ser contestados, porém não por serem arbitrários”. (HABERMAS, 1997, p. 156-157).

Além disso, tais políticas freqüentemente resultam em efeitos negativos não previstos, na medida em que por vezes criam novos mecanismos de discriminações ilícitas.

“a liberdade de fato mede-se pelas conseqüências sociais observáveis que atingem os envolvidos, resultantes das regulamentações jurídicas, ao passo que a igualdade de direito refere-se à sua competência em decidir livremente, no quadro das leis, segundo preferências próprias. O princípio

da liberdade de direito gera desigualdades fáticas”. (HABERMAS, 1997, p.154-155).

Verifica-se, pois, que a igualdade de direito não coincide com o conceito de igualdade de fato, tampouco importa no alcance desta.

“A idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e dignidade humana. [...] ninguém é livre enquanto sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais”. (HABERMAS, 1997, p. 159).

Essa perspectiva coincide com a discussão, que será adiante retomada, acerca da necessidade de se buscar mecanismos para se efetivar os direitos juridicamente assegurados.

Por outro lado, a tentativa de efetivação da igualdade não pode reduzir-se à noção de justiça distributiva (de igual distribuição de direitos), pois é necessário que se assegure aos “desiguais”, mecanismos de participação na escolha dos critérios determinantes de igualdade.

A perspectiva procedimental não visa apresentar uma proposta de modelo jurídico como forma de solucionar os problemas apresentados pelo modelo liberal e pelo social, mas:

“assegurar *uno acto* a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo texto jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autonomia dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro”. (HABERMAS, 1997, p.148).

Para a reconstrução do direito, Habermas formula uma teoria que relaciona a legitimidade dos direitos ao processo democrático e à legalidade. Sustando que a legitimidade dos direitos não se confunde com a ordem de dominação.

Da mesma forma, a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político possuem bases diversas, embora se complementem.

Nesse sentido, é possível afirmar que sua teoria é compatível com a idéia de um Estado *Democrático* – na medida em que garante a maior participação possível dos destinatários no processo de elaboração da norma – e, ao mesmo tempo, *de*

Direito – eis que tal teoria vincula a legitimidade à legalidade, e separa moral, direito e política, mas os considera complementares.

A legitimidade do direito está vinculada à formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos dotados de capacidade de serem autores do direito ao qual se submetem. A legalidade está atrelada à legitimidade, na mesma medida em que a legislação refere-se ao mecanismo de sua produção, em respeito à soberania popular.

Uma norma só pode ser considerada legítima se encontra ou poderia encontrar assentimento por todos os seus possíveis destinatários. Assim, a autolegislação pressupõe que os destinatários possam entender-se também como autores do direito.

“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. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”. (HABERMAS, 1997, p. 139).

Assim, Habermas concebe a interligação entre a autonomia pública e privada, na medida em que a efetivação da autonomia privada faz emergir a autonomia pública necessária à produção legítima do direito.

Depreende-se, dessa teoria, a ênfase na igualdade em diversos aspectos.

A possibilidade de comunicação dos participantes de um discurso deve ser a mais ampla possível. Para tanto, pressupõe-se que cada um deve ser considerado como pessoa com igual capacidade de participação na produção e na aplicação de normas jurídicas.

As condições para que se estabeleçam os discursos determinam a atribuição de uma importância igual a todos os participantes.

“[...] Habermas radica a igualdade não no conteúdo da norma (que pode ou não tratar indivíduos e situações igualmente), mas nos pressupostos que devem ser verificados no discurso que produz a norma. [...]” (GODOI *apud* GALUPPO, 2002, p. 213).

Verifica-se, pois, uma noção formal de igualdade, no sentido de que esta se constitui como pressuposto ou condição de legitimidade da formação da vontade:

“Habermas acredita que a legitimidade de qualquer deliberação normativa só pode ser checada em face das condições ideais de fala, pressupostos da comunicação [...]. Logo, o critério de legitimidade do discurso se restringiria ao procedimento, afastando-se, pois, de qualquer noção de conteúdo a priori”. (CRUZ, 2006, p. 91).

Os pressupostos necessários à *situação ideal de fala*³¹ visam a construção da formação imparcial do juízo por participantes que debatem sobre pretensões de validade – com a possibilidade de que haja dissenso – para então produzirem validamente o consenso. O discurso se presta à formação de normas que preencham de forma racional as expectativas recíprocas de comportamento.

Além de se constituir como uma das condições do discurso, a igualdade se depreende também daquilo que Habermas denomina de “Sistema de Direitos”.

“Todos os direitos se reduzem, em última instância, ao sistema de direitos que sujeitos de direito, livres e iguais podem atribuir-se mutuamente.” (HABERMAS, 1997, p. 146-147).

Há um grupo de direitos fundamentais que deve ser assegurado para que os sujeitos sejam elevados ao *status* de pessoas do direito e tenham, assim, capacidade de produzirem regulamentações jurídicas legítimas. Tais direitos subdividem-se em cinco categorias:

“(1) Direitos fundamentais resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro de associação de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; [...] (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; [...] (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”. (HABERMAS, 1997, p. 159-160)

Ao mesmo tempo em que esse “Sistema de Direitos” deve ser garantido (ser assegurado de forma positiva), eles são condições para que haja produção legítima

³¹ Esses requisitos para existência da situação ideal de fala, necessária para o discurso, são sintetizados por Cruz: “a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o médium lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática ([...] no que concerne ao mundo da vida)]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.” (CRUZ, 2006, p. 88).

de normas jurídicas, na medida em que possibilitam a autolegislação, por meio da participação ampla dos destinatários.

Há no pensamento habermasiano a percepção de que iguais condições de participação nos discursos – e na produção válida de normas jurídicas – não são possíveis sem que haja a garantia de direitos fundamentais.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário esclarecer alguns pontos relevantes. O princípio do discurso determina que “são válidas as normas de ação as quais todos os possíveis participantes poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. (HABERMAS, 1997, p. 142).

Tal princípio é útil à fundamentação imparcial de normas de ação, que se subdividem em regras morais e jurídicas³² – mas é neutro à moral ou ao direito. Ele apenas indica um ponto de vista para a fundamentação imparcial de normas de ação.

No âmbito da fundamentação moral, o princípio em questão assume a forma do princípio da universalização, ou seja, a fundamentação das decisões deve observar o interesse simétrico dos sujeitos (devem poder ser aceitas por todos).

Da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, estabelece-se o princípio da democracia. O princípio do discurso

“[...] deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio de democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de legitimação. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta de interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. [...] Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como um núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto, o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*”. (HABERMAS, 1997, p. 158).

Nesse sentido, o *sistema de direitos* ao mesmo tempo em que garante as condições para a deliberação normativa válida – e nesse sentido tem caráter formal – pode-se deduzir do princípio do discurso que “são legítimas somente as deliberações que fazem jus a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos.” (HABERMAS, 1997, 160).

³² Normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais de uma comunidade concreta. Normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata. (HABERMAS, 1997).

No momento em que se realiza o discurso de fundamentação, os direitos fundamentais assumem um conteúdo particular, dependendo das circunstâncias específicas do “mundo da vida”, que é o “pano de fundo histórico”, determinante de concepções diferenciadas do conteúdo dos direitos fundamentais, dependendo do contexto em que se inserem.

Para a compreensão procedimentalista “[...] a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos”. (HABERMAS, 1997, 169).

4.1 A constitucionalização do princípio da igualdade

A primeira vez que a igualdade constou em um texto legal foi na Constituição da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que dizia em seu art. 1º que “todos os homens são, por sua natureza, igualmente livres e independentes”. O mesmo princípio constava no referido texto constitucional, embora não expressamente, também em seu parágrafo quarto, pois por meio dele se rejeitavam os privilégios pessoais e a hereditariedade nos cargos públicos.

Posteriormente outras constituições, como a Constituição da Pensilvânia, de 12 de novembro de 1776, também consagraram o princípio em questão.

O princípio da igualdade não constou, contudo, do texto dos Artigos da Confederação, primeiro documento constitucional norte-americano, elaborado em 1777 e ratificado em 1781. Tampouco esteve presente na primeira Constituição dos Estados Unidos, de 1787 (e cujo processo de ratificação pelos Estados encerrou-se em 1788)³³. Esta constituição apenas estabeleceu, no art. 4º, Seção 2, a igualdade de privilégios entre os cidadãos de cada um dos Estados.

³³ Quando da elaboração da Constituição Norte-Americana foi havia uma forte preocupação em limitar o poder de intervenção da União nos direitos fundamentais, tendo sido conferida a competência aos Estados-Membros para legislar sobre tal matéria. “A íntima relação entre a descentralização do governo e a efetividade dos direitos fundamentais é uma marca do Direito Constitucional norte-americano, desde o período da ratificação da Constituição.” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p.318)

Foi o constituinte derivado que cuidou da inclusão deste princípio no texto constitucional americano pela Emenda XIV, de 1868. Mas a interpretação dessa norma foi marcada historicamente pela atuação da Suprema Corte americana.

Dois anos após a promulgação da primeira Constituição norte-americana, foi elaborada a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, na França, que contemplava como espinha dorsal do Estado o respeito aos direitos individuais, dentre os quais a igualdade. Seus autores pretendiam que tais direitos não se restringissem apenas aos franceses. Ao contrário, ambicionavam a universalização e a atemporalidade do texto e dos direitos nele lançados.

Constava na Constituição Francesa, de 1791, o princípio da igualdade, tal como concebido pelo documento francês que a antecedeu e inspirou.

“Os autores costumam ressaltar a influência que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 27.08.1789, sofreu da Revolução Americana, especialmente da Declaração de Virgínia, já que ela precedeu a Carta dos Direitos contida nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, que foi apresentada em setembro de 1789. Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como da francesa são européias, como bem assinalou Mirkiné -Guetzévitch. Admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas, mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII - desta corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. E porque esta corrente era geral, comum a todas as Nações, aos pensadores de todos os países, a discussão sobre as origens intelectuais das Declarações de Direitos americanas e francesas não tem, a bem da verdade, objeto. Não se trata de demonstrar que as primeiras Declarações provêm de Locke ou de Rousseau. Elas provêm de Rousseau, e de Locke, e de Montesquieu, de todos os teóricos e de todos os filósofos. As Declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII” (SILVA, 1996, p.156).

A partir da Revolução Francesa, de 1789, a igualdade passou a ser associada à rejeição de privilégios.

Contudo, a igualdade que se pretendia era abstrata e indiferente às desigualdades sociais da época, conforme se depreende da leitura do discurso proferido por Boissy D’anglas, relator do projeto da Constituição Francesa, de 1795:

“Deveis garantir a propriedade do rico. A igualdade civil, eis tudo quanto o homem razoável pode exigir. A igualdade absoluta é uma quimera; para que pudesse existir seria necessário que houvesse uma igualdade total de espírito, de força física, de educação, de fortuna. **Devemos ser**

governados pelos melhores; os melhores são os mais instruídos e mais interessados na manutenção das leis; ora, com poucas exceções não encontrareis homens desse tipo senão entre os que, possuindo uma propriedade, estão vinculados ao país que a encerra, às leis que a protegem, à tranqüilidade que a conserva. Um país governado por proprietários está dentro da ordem social; o país onde os não proprietários governam, acha-se em estado de natureza”. (KAUFMANN, 2007, p. 234). (Sem grifos no texto original).

A determinação de quais são as circunstâncias em que se atribuem favorecimentos em prol de uns e em detrimento de outros foi, e continua sendo, objeto de diferentes interpretações históricas. Nesse sentido, circunstâncias que antes não eram consideradas como atentatórias à igualdade, são hoje consideradas como inaceitáveis com fundamento nesse mesmo princípio.

O Direito Constitucional Moderno, influenciado pela Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, iniciou um marcante processo de constitucionalização do princípio da igualdade. Alastraram-se no constitucionalismo ocidental, processos de inclusão do princípio da igualdade nos textos jurídicos³⁴.

4.2 O princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro

Proclamada a Independência do Brasil, havia a necessidade de se estabelecer uma forma de unificação nacional. Teorias políticas como da separação de poderes³⁵ (de acordo com os preceitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), influenciaram decisivamente a organização nacional que se seguiu, na forma de Império.

O princípio da igualdade esteve presente desde o início do constitucionalismo brasileiro³⁶. Contudo, não se pode afirmar que em algum momento essa igualdade jurídica tenha sido acompanhada pela igualdade de fato.

³⁴ Para a finalidade do presente estudo, não se considera relevante relatar os demais documentos jurídicos que se seguem no cenário internacional. Para maior aprofundamento no assunto, recomenda-se a leitura do livro “Afirmação Histórica dos direitos humanos”, de Fábio Konder Comparato.

³⁵ A organização política foi estabelecida pela em quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. Esse último era concentrado na pessoa do Imperador, com faculdades de intervenção nos demais Poderes.

³⁶ Ao se optar pelo estudo do princípio da igualdade no Brasil a partir da constitucionalização desse princípio não se nega a importância dos fatores sócio-culturais que antecedem esse evento, e que importam para a

A Carta Imperial de 1824, considerada pelos constitucionalistas da época como bem elaborada e com idéias avançadas, trazia em seu artigo primeiro que “O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros”.

Determinava a igualdade da lei para todos e a isonomia no acesso aos cargos públicos e nos encargos perante o Poder Público. Além disso, constou de seu texto a abolição de todos os privilégios (excetuando aqueles relacionados aos cargos por utilidade pública) e determinou que, em regra, não haveria foro privilegiado:

“Art. 179

[...]

XIII. “A Lei será igual para **todos**, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o **cidadão** pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguém será exemplo de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

XVII. À exceção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões espaciais nas Causas cíveis, ou crimes”. (BRASIL, 1824). (Sem grifos no texto original).

Apesar disso, o regime monárquico, então em vigor, era imbuído de privilégios fundados em renda, sexo, cor de pele, títulos e hierarquias sociais. As eleições eram indiretas e censitárias. A elite social brasileira configurava-se com base nos grandes latifúndios e no poder das oligarquias regionais.

A Carta Imperial de 1824 determinou a divisão do território brasileiro em províncias, na mesma limitação territorial das capitanias anteriores. Os presidentes e chefes de polícia dessas províncias eram escolhidos e nomeados pelo Imperador.

Soma-se a isso o fato de que a escravidão configurava-se como um dos elementos do sistema econômico brasileiro, de forma que a interpretação da mencionada norma era a de que os negros – considerados na época como “coisas” – não eram dela destinatários.

A abolição da escravatura, ocorrida em 1888, não foi prontamente assimilada pela sociedade – eis que os negros, ex-escravos, permaneceram por longo tempo marginalizados. Mas não se pode negar que se constituiu como um dos fatores que

configuração da desigualdade social (que perdura). As raízes da formação do povo brasileiro antecedem a Proclamação da Independência. Tais elementos serão adiante resgatados, mas nessa fase o estudo concentra-se na evolução do princípio no ordenamento jurídico.

levaram a proclamação da República, em 1889, pois importou na perda de prestígio do Imperador dentre a oligarquia latifundiária. Tanto a abolição da escravidão quanto a proclamação da república foram importantes para a evolução da igualdade na sociedade brasileira.

Antes da Constituição de 1891, foi estabelecida a “Constituição” Provisória de 1890 – decreto nº 510, de 22/06/1890. Na verdade, trata-se de uma Carta, eis que foi formulada e aprovada pelo executivo. Tal documento não contribuiu de forma significativa para a evolução do princípio da igualdade no Brasil.

A Constituição de 1891 foi elaborada sob a influência do modelo Norte-Americano³⁷ e pelo clamor das oligarquias brasileiras pela descentralização, tendo sido adotada a forma de Estado da República Federativa.

No tocante à limitação de privilégios, o texto legal da Constituição de 1891 acrescentou que não seriam admitidos nem os referentes à hereditariedade nem a “foros de nobreza”, no intuito de banir os favorecimentos concedidos anteriormente à nobreza monárquica.

Além disso, excluiu-se a possibilidade de privilégios relacionados a cargos, e acrescentou-se a igualdade de direitos de profissão religiosa.

“Art 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§1º[...]

§ 2º - “Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

§ 3º - “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”. (BRASIL, 1891).

No tocante ao direito ao voto, permaneciam os moldes anteriores: masculino, censitário e restrito aos alfabetizados. O Direito Eleitoral Estadual, somado ao

³⁷ Os Estados Unidos da América são apontados como o primeiro Estado a adotar o modelo federal. Inicialmente as treze colônias recém emancipadas em relação à Inglaterra se uniram na forma confederativa, por meio do tratado ratificado em 1781, os “Artigos de Confederação”. O risco permanente de rompimento do vínculo confederativo, a falta de coerção das decisões da União, a inexistência de tribunal supremo para dirimir conflitos entre judicaturas dos Estados; a necessidade de unanimidade em decisões das convenções, a pretensão inglesa de retomar as colônias, dentre outros fatores implicaram na ineficiência da confederação. Foi então elaborada uma forma de organização política nova: o federalismo, com um poder central suficientemente forte para resolver aqueles problemas, mas não tão poderoso para ameaçar as liberdades individuais e a autonomia dos Estados-membros.

*Coronelismo*³⁸, exercido pelos Governadores, permitiram a corrupção eleitoral massiva, negando a grande parte da população brasileira do *status* de cidadão.

Sob a égide da Constituição de 1891 promulgou-se o primeiro Código Civil Brasileiro, que trazia logo em seu primeiro artigo que todas as pessoas eram capazes de direitos e deveres na esfera civil.

A grande crise capitalista enfrentada na década de 30, a partir da súbita quebra da bolsa de Nova York, e os conseqüentes problemas sócio-econômicos que repercutiram pelo mundo propiciaram uma mudança de postura do Estado.

A Constituição de 1934 refletiu a forte influência da teoria Keynesiana, que propunha o intervencionismo estatal no plano social e no econômico. Ela possuía normas de proteção aos trabalhadores e de ampliação ao rol de direitos fundamentais.

Nela, a igualdade ocupava posição de relevo. A Constituição de 1934³⁹ incluiu um título sobre a ordem econômica e social; e outro sobre a família, a educação e a cultura, sob a influência da Constituição de Weimar. Além disso, a extensão do princípio da igualdade foi expressamente ampliada:

“Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei”. Não haverá privilégios, nem distinções, **por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas**”. (BRASIL, 1934). (Sem grifo no texto original).

Foi assegurado o direito de voto às mulheres, embora restassem mantidas outras formas de restrição:

“Art 108 – São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

³⁸ “O fenômeno do coronelismo tem suas leis próprias e funciona na base da coerção da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações. Esta interdependência é fundamental: o coronel é aquele que protege, socorre, homizia e sustenta materialmente os seus agregados; por sua vez, exige deles a vida, a obediência e a fidelidade. É por isso que o coronelismo significa força política e força militar.” (CARONE, 1975, p. 67).

³⁹ A partir de 1894, a presidência alternou entre os estados dominantes da época: São Paulo e Minas Gerais, por meio da chamada “Política do café-com-leite”. Em 1929 houve o rompimento pelos Paulistas dessa política. O presidente paulista Washington Luís apoiou a candidatura do paulista Júlio Prestes. A elite mineira aliou-se à do Rio Grande do Sul. Esse foi um dos principais motivos para que o gaúcho Getúlio Vargas assumisse a presidência, na forma de um “Governo Provisório” A primeira fase do constitucionalismo republicano, caracterizada por um federalismo menos centralizado, encerra-se com o início da chamada “Revolução de 30”, seguida da promulgação da Constituição de 1934.

Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores:
 a) os que não saibam ler e escrever;
 b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial;
 c) os mendigos;
 d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos". (BRASIL, 1934).⁴⁰

O autoritarismo do Estado Novo ⁴¹ marcou a Carta de 1937, que foi outorgada e não possuía bases democráticas. Ao contrário, quebrou a harmonia e a independência entre os poderes, e atribuiu ao chefe do Poder Executivo a “autoridade suprema do Estado”.

Não causa surpresa, então, que tenha reduzido o texto referente ao princípio da igualdade para a conhecida fórmula “todos são iguais perante a lei”, em seu art. 122, §1º:

“Art 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
 1º) todos são iguais perante a lei”; (BRASIL, 1937).

Após a “Era Vargas” ⁴², em 1945, foi promulgada a Constituição de 1946, com pretensões democráticas e de restabelecimento do federalismo.

No tocante à igualdade, foi mantida a fórmula da Constituição antecedente:

“Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
 § 1º Todos são iguais perante a lei”. (BRASIL, 1946).

⁴⁰ Esse mesmo texto foi mantido na Carta de 1937.

⁴¹ O mandato de Getúlio Vargas iria encerrar-se em 1938. Para manter-se na presidência, Vargas deu um Golpe de Estado, tendo dissolvido a Câmara e o Senado, sob a alegação de que estava a defender a sociedade brasileira do perigo que o Comunismo supostamente representava. Revogou a Constituição de 1934 e outorga a Carta de 1937, chamada “Polaca” por ser inspirada no modelo fascista, de Mussolini. Além disso, durante a vigência dessa Carta, o governo de Getúlio foi exercido por meio de decretos executivos.

⁴² Após a II Guerra Mundial iniciaram-se movimentos de redemocratização no Brasil. Getúlio Vargas expediu, então, a Lei Constitucional 9, de 28 de fevereiro de 1945, que além de promover alterações no texto constitucional então vigente, determinou eleições diretas para presidência e para o parlamento. Em 29 de outubro de 1945, antes da realização das eleições, Getúlio Vargas foi deposto por um movimento militar composto inclusive por membros de seu ministério, renunciando formalmente ao cargo de presidente. Foi eleito para a presidência o General Eurico Gaspar Dutra, que contou com o apoio de Vargas. Dutra instalou uma Assembléia Constituinte em 1946 (com uma grande variedade de posicionamentos políticos).

Em relação ao direito ao voto, a Constituição de 1946 excluiu a proibição constante nas constituições anteriores em relação aos mendigos, mas permaneceram outras formas de proibição, com fundamento na escolaridade, no idioma e no exercício de determinados cargos militares:

“Art 131 - São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei.

Art 132 - Não podem alistar-se eleitores:

I - os analfabetos;

II - os que não saibam exprimir-se na língua nacional;

III - os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

Parágrafo único - Também não podem alistar-se eleitores as praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior”. (BRASIL, 1946).

Dessa forma, a Carta de 1967 representa a ordem estabelecida pelo Regime Militar, sofrendo influência do modelo adotado em 1937 (de Federalismo centralizado).

Tal texto constitucional dedicou ao princípio da igualdade um maior destaque, se comparado ao da Constituição antes vigente, como se pode constatar pela leitura do seu art.150, § 1º:

“Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. (BRASIL, 1967).

A previsão constitucional da vedação e punição da discriminação revela a necessidade de ser promover a igualdade entre pessoas de diferentes etnias, e de punir esse tipo de discriminação.

Contudo, durante a vigência dessa Constituição houve a prática institucionalizada de violência e de atentados contra direitos humanos, pelo regime autoritário, o que revela a falta de efetividade dessa Constituição em relação à igualdade.

A Emenda Constitucional Nº. 1, de 1969 ⁴³, foi considerada uma nova Constituição outorgada.

Embora a referida Emenda não tenha alterado o texto constitucional no que concerne ao princípio da igualdade, no período de sua vigência, o princípio da igualdade, assim como o da liberdade, foi esvaziado.

Por meio da Vigésima Sexta Emenda Constitucional, de 1985, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, que foi instalada no dia 1º de fevereiro de 1987.

4.2.1 O Princípio Constitucional da Igualdade na Constituição de 1988

Orientada por critérios democráticos, a Constituição de 1988 traz um amplo catálogo de direitos sociais e uma série de garantias processuais para a defesa desses direitos, destacando-se como um mecanismo efetividade.

Foi a primeira vez no constitucionalismo brasileiro que o princípio se fez presente desde o Preâmbulo da Constituição.

Se por um lado o texto preambular não possui força de norma, por outro expressa os objetivos para os quais a Constituição foi elaborada.

Em seu art. 1º a Constituição de 1988 determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

Em que pese não se definir no texto constitucional, de forma expressa, que a igualdade e a liberdade são princípios norteadores do Estado Democrático Brasileiro, estes princípios o são. Conforme ressaltado anteriormente, a norma não se esgota em seu texto. Rocha resalta com propriedade o motivo:

“Conquanto não se defina de pronto, como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito do Brasil, a igualdade e a liberdade, não se poderia, evidentemente, afirmar que estas duas colunas mestras da democracia poderiam estar arredadas do quanto ali se dispõe. Isto porque, como antes observado, não há democracia sem a presença eficiente destes

⁴³ O AI-5 representou o rompimento definitivo com a ordem constitucional. O AI-12 declarou temporariamente impedido da presidência Costa e Silva, assumindo suas funções os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que promulgaram a Emenda Constitucional de 1969, que sofre vinte e cinco emendas. Por meio da Vigésima Sexta Emenda, de 1985, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte.

dois princípios de cuja eficácia depende a afirmação daquela. Em efeito, cogitar-se a democracia é pensar, por um lado na possibilidade de desenvolvimento individual e social, seguindo tendências, necessidade e perspectivas livremente escolhidas, reconhecidas e consentidas, e, por outro, na capacidade de realizar suas opções e propostas da mesma forma que os demais, observando-se virtude e qualidade que tornam cada vez um diferente do outro sem se perder ou diminuir em sua condição humana". (ROCHA, 1990, p. 68).

No mesmo sentido, "*só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender também como sociedade democrática*". (GALUPPO, 2002, p. 210).

Na atual Constituição há uma ênfase na justiça social, nos princípios da igualdade e na dignidade da pessoa humana (dentre os artigos dedicados a tais princípios, destacam-se as normas dos arts.: 1º, inc. III; 3º, inc. I, III e IV; art. 5º; e art. 170, *caput*), e no pluralismo (P. ex., arts. 1º, inc. V, e 3º, inc. IV).

Rocha (1990) afirma que a repetição no *caput* do art. 5º do direito à igualdade é inédita no constitucionalismo brasileiro, e que significa a reiteração de seu conteúdo.

A primeira menção que se faz à igualdade, no art. 5º, é para afirmar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Ainda no *caput* encontra-se: "os brasileiros e os estrangeiros residentes no país".

Dessa forma, o próprio enunciado da norma esclarece que os estrangeiros residentes no país não se encontram excluídos de proteção.

Assegura-se a igualdade entre homens e mulheres, entre pessoas de distintas raças, religiões, convicções políticas e filosóficas. Mas a norma constitucional alcança a vedação da desigualação que se funde também em circunstâncias não enumeradas no texto da Constituição, por meio da interpretação que lhe é conferida. Dessa maneira, o preconceito decorrente da orientação sexual ou pelo fato de alguém portar doenças infecto-contagiosas, p. ex., são puníveis.

O princípio sob análise permeia diversos artigos constitucionais (refletindo-se em normas que determinam a igualdade tributária, por meio da capacidade contributiva; a isonomia processual e a igualdade jurisdicional; dentre outros)

Conforme já abordado, a positivação de um direito não implica em sua efetividade. Não é pela repetição que uma norma produz os efeitos desejáveis. Contudo, é interessante observar que isso denota a grande preocupação do Constituinte com esse direito.

O princípio da igualdade exposto no texto constitucional não possui o condão de igualar os naturalmente desiguais, não tem ele o fito de enquadrar todos os homens num padrão determinado, de sorte a evitar as diferenças inerentes à natureza humana.

Ao contrário, para assegurar o direito à diferença, ao pluralismo, há de se reconhecer a heterogeneidade que decorre da condição humana. O que o direito veda é a desigualação jurídica e as manifestações discriminatórias que não sejam fundadas nos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e na isonomia.

A eliminação de privilégios que se constituem como barreiras à igualdade de condições entre os homens é necessária ao atendimento do princípio da liberdade jurídica. A efetividade da liberdade jurídica não é possível, nesse contexto, sem a existência de liberdade de fato, e nem esta é possível sem que se promova a igualdade.

Um dos maiores desafios relacionados à efetividade do direito de igualdade consiste justamente em identificar quais circunstâncias em que o tratamento desigual de pessoas não afronta o princípio em questão.

O tratamento desigual de pessoas em circunstâncias iguais é tão discriminatório quanto o tratamento igual de pessoas que se encontram em circunstâncias diferentes. Faz-se, pois, necessária a avaliação, no caso concreto, de quais distinções circunstanciais – seja nas características do fato ou das pessoas envolvidas – justificam tratamento diferenciado, em nome da efetivação da igualdade.

Para que se verifiquem quais os níveis de diferenças entre os homens, o grau de desigualdade em que se encontram, e se tais desigualdades são merecedoras de intervenção estatal que as coíba, é necessário realizar o juízo de adequabilidade, abordado anteriormente. No âmbito do discurso de aplicação, a identificação desses fatores é difícil, mas necessária.

“Do ponto de vista jurídico, essa discriminação reflexiva é causada por *classificações* de grupos de pessoas desfavorecidas e de situações desfavorecedoras *que pecam pelo excesso de generalização*. Geralmente a equiparação favorece apenas uma categoria de mulheres (privilegiadas) às custas de outras, porque as desigualdades inerentes ao sexo estão correlacionadas, de modo complexo e intransparente, com outros tipos de desfavorecimentos (origem social, idade, raça, orientação sexual, etc.)”. (HABERMAS, 1997, p. 164).

A generalização de grupos de pessoas para o direcionamento de políticas compensatórias pode ser tornar discriminatório e gerador de desigualdades ilícitas.

Habermas, no exemplo citado acima, relaciona a desigualdade referente ao sexo a outros “desfavorecimentos”. Conforme irá se demonstrar adiante, a situação de desigualdade em que o negro se encontra no Brasil está também relacionada a outros tipos de desvantagens (sócio-econômicas), que devem ser levadas em conta para formulação de políticas públicas adotadas.

Outro grande impasse é elaborar mecanismos para que as circunstâncias fáticas da sociedade brasileira não se constituam como empecilho, autonomia privada e pública.

“Um programa jurídico é discriminador quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas; ou paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades”. (HABERMAS, 1997, p. 157).

A distribuição de possibilidades de ações aos sujeitos só pode ser igual se os mesmos possuírem igualdade de condições para poderem usufruir dessa liberdade assegurada a todos pela lei.

Nesse sentido, deve-se discutir em que aspectos os negros no Brasil apresentam diferenças relevantes, para que se justifique e que se possa adequar as medidas que visem a efetivação do direito de igualdade.

Para tanto, os estereótipos sócio-cultural e jurídico do negro devem ser levados em conta como um dos pontos de vista criticáveis na construção dialógica da determinação dos destinatários das políticas em questão.

A determinação dessas diferenças relevantes do negro no Brasil não pode reduzir-se em compensá-los de forma imprecisa pelas discriminações e desvantagens que sofreram historicamente. Tampouco se pode definir, de forma solipsista, que tipo de elementos são relevantes para determinação dessas dos critérios determinantes tanto da desigualdade. É necessário que se assegure aos “desiguais” mecanismos de participação na formação de tais conceitos e critérios, sob pena de lhes negar autonomia pública.

4.3 Distinção entre igualdade e identidade

Há de se distinguir os termos “igualdade” e “identidade”, pois apesar de possuírem significados distintos, são muitas vezes confundidos, o que se constitui como óbice à efetivação da igualdade.

Enquanto “identidade” tem origem na palavra latina *identitate* que quer dizer “o mesmo”; o termo “igualdade” tem origem no termo latim *aequalis*, ou seja, de mesma grandeza.

Identidade se refere à indistinção entre coisas e pessoas, enquanto igualdade se refere à relação que estabelecem entre si, admitindo, pois, a diferença que possa existir entre as pessoas.

“Igual” não quer dizer “idêntico”. O princípio de identidade é aquele princípio pelo qual cada ente é idêntico a si mesmo. A igualdade, porém, é uma relação que só pode colocar-se entre duas entidades distintas.

“Proponho a seguinte definição: as entidades A e B são chamadas de iguais se possuem a mesma característica relevante ‘ou se possuem na mesma medida a característica relevante no contexto ou universo de discurso dentro do qual o julgamento de igualdade é expresso”. (GIANFORMAGGIO *apud* GALUPPO, 2002, p. 215).

Por isso é possível que a discriminação não seja atentatória à igualdade. O tratamento diferenciado conferido a pessoas naturalmente diferentes é uma forma de discriminação racionalmente justificável, e pode constituir-se como pressuposto para a efetiva promoção da igualdade.

Obviamente os homens ostentam entre si desigualdades de várias ordens. Não é necessário – nem possível, nem desejável – igualar os homens naquilo em que se distinguem naturalmente, senão naquilo que por ação ou omissão se distinguem de forma artificial.

5 DISCRIMINAÇÃO

A análise da discriminação é imprescindível para a compreensão de dois aspectos que serão desenvolvidos em capítulos seguintes desse trabalho. O primeiro deles diz respeito à compreensão da desigualdade sócio-econômica dos negros no Brasil, em razão de discriminação racial ou étnica. O outro se refere ao estudo das ações afirmativas como uma espécie de política pública discriminatória.

Conforme se irá demonstrar adiante, o presente estudo trata da primeira hipótese como uma discriminação ilícita; e a segunda como lícita (em sua definição, mas susceptível de ilicitude em sua execução).

Normalmente, a discriminação é conceituada – mesmo por autores que reconhecem a existência de formas de discriminação lícita – como uma forma de tratamento diferenciador em função de critérios preconceituosos. Dessa forma, o termo é frequentemente empregado como sinônimo de segregação ilícita, podendo levar a interpretações equivocadas em relação às ações afirmativas.

“Nas suas múltiplas manifestações, a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva de diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem as pratica, não raro como um meio de justificar um privilégio. Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio”. (GOMES, 2001, p.18).

Contudo, o tratamento discriminatório pode ser um mecanismo de promoção da igualdade e do tratamento isonômico⁴⁴. Assim, a afirmação de que determinada política pública ou ação é “discriminatória” não é esclarecedora, caso não seja acompanhada de argumentos que fundamentem racionalmente tal afirmação, no sentido de considerar ou não de tal discriminação legítima.

Na doutrina, na jurisprudência e mesmo em textos jurídicos freqüentemente esse aspecto é desconsiderado. Isso, contudo, não torna impossível a análise da legitimidade ou não da discriminação sobre a qual se trata. O que se pretende esclarecer é que “discriminação” é um termo polissêmico, que pode designar uma ação ou medida que pode violar o princípio da igualdade ou viabilizar sua efetivação.

⁴⁴ Embora Gomes não faça essa ressalva ao conceituar “discriminação”, em sua obra ele menciona hipóteses em que a discriminação pode ser considerada legítima.

Exemplificativamente, pode-se citar a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial ⁴⁵, onde o termo “discriminação” é definido como uma distinção pejorativa entre pessoas, conforme se verifica em seu art. 1º:

“Artigo 1º

1. Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda **distinção, exclusão, restrição ou preferência** baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica **que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública**”. (BRASIL, 1994). (Sem grifo no texto original).

Embora não se tenha considerado expressamente nesse texto que o tratamento discriminatório pode ser lícito, admitiu-se a seguir a possibilidade de tratamento diferenciado a certos grupos de pessoas, conforme se depreende da leitura do seu art.1º, 4:

“Artigo 1º

[...]

4. **Medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial**, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos”. (BRASIL, 1994). (Sem grifo no texto original).

Inaceitáveis são as desigualdades fundadas em critérios preconceituosos ou ilícitos. Deve-se, pois, diante de um caso concreto, analisar as circunstâncias específicas da situação e das pessoas envolvidas para que se possa verificar se o tratamento diferenciado de pessoas ou situações é ou não ofensivo ao princípio da igualdade. Ou seja, no discurso de aplicação há de ser feito um juízo de adequação da norma ao caso concreto, já que nos discursos de justificação (elaboração da norma) não é possível prever todas as circunstâncias futuras as quais tal norma poderá ser aplicada.

⁴⁵ A Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965. O Estado brasileiro assinou esse tratado em Nova York, no dia 31 de março de 1981, e o seu Congresso Nacional o aprovou, com reservas, pelo Decreto Legislativo N.º 93, de 1983. Posteriormente esse Decreto Legislativo foi revogado pelo Decreto Legislativo N.º 26, de 1994, que aprovou integralmente esse tratado.

Assim, a discriminação pode ser entendida como a distinção entre pessoas, fundada em características, atributos ou orientações da pessoa – tais como cor da pele, gênero, religião, opção sexual e origem – que pode constituir-se como instrumento de privação da aquisição ou do exercício de direitos (hipótese em que será ilícita) ou decorrer da necessidade juridicamente justificável da circunstância concreta para efetivação da igualdade (circunstâncias em que será lícita).

5.1 Discriminação Lícita

Em determinados casos, a discriminação assume um caráter de inevitabilidade, em razão das circunstâncias do caso analisado, para que se aplique corretamente o princípio da igualdade.

A avaliação desses casos em que desigualar as pessoas se faz necessário para assegurar-lhes um tratamento isonômico e compatível com a dignidade humana, exige esforço interpretativo.

Para auxiliar o aplicador, na atividade de realizar o juízo de adequação, a doutrina nacional formulou alguns requisitos úteis à verificação de legitimidade das discriminações. Dentre eles, podem ser citados:

1º a discriminação deve ser pautada em critérios não-ofensivos aos princípios constitucionais.

2º Há ainda de existir uma diferença entre as pessoas que provoque relevante desigualdade ou social, ou política, ou econômica.

3º A critério utilizado para discriminar as pessoas deve guardar relação com o nível da diferença existente entre elas

4º A discriminação deve objetivar o atendimento ao princípio da igualdade.

No tocante ao primeiro critério, deve-se ressaltar que os princípios constitucionais são concorrentes, e não contraditórios entre si, e que podem excepcionar-se no caso concreto (não por questão de valoração), mas pela necessidade de adequação. Nesse sentido, objetivando a produção de decisão correta é possível que, em determinados casos, o princípio da igualdade seja aplicado e outro princípio constitucional, que caso aplicado poderia levar a uma decisão diversa, seja afastado.

Recorrentemente os autores citam casos de discriminação em razão do trabalho desempenhado pela pessoa, ou seja, “business necessity”. Cruz (2005) exemplifica como um caso de discriminação lícita à negação de emprego de piloto de avião a deficientes visuais.

A pertinência do exemplo se justifica pelo fato de que, atualmente, não se conhecem técnicas que possibilite os deficientes visuais exercerem tal atividade profissional.

A chamada “discriminação positiva”, “Reverse Discrimination” ou ações afirmativas – objeto do presente estudo – consiste numa das espécies de discriminação lícita.

Tanto desigualdades naturais quanto as artificiais (aquelas que estão ligadas ao preconceito) podem demandar um tratamento diferenciador entre pessoas para o atendimento do princípio da igualdade.

Dessa forma, os exames físicos exigidos em determinados concursos públicos, como os ligados à atividade militar, não exigem que as mulheres obtenham os mesmos resultados que os homens para que sejam aprovadas. Nesse caso há um tratamento desigual, mas a discriminação ocorrida não pode ser considerada ilícita. Existe entre as pessoas discriminadas pelo concurso uma diferença natural: os homens por razões fisiológicas geralmente apresentam maior desenvolvimento muscular do que as mulheres. O critério utilizado para discriminar as pessoas – o gênero – guarda relação com o nível da diferença existente entre elas (capacidade física), e a discriminação objetiva propiciar oportunidades mais justas de ingresso na carreira pública.

O exemplo acima citado ilustra um tratamento discriminatório lícito relacionado às diferenças naturais entre pessoas.

O estereótipo do portador de necessidades especiais é o de absoluta incapacidade para o trabalho. Em muitos casos, a limitação ostentada pela pessoa não se relaciona à atividade laborativa à qual a pessoa se candidata⁴⁶, mas ainda assim a oportunidade de trabalho lhe é negada, em razão de preconceitos. Para coibir tais discriminações, foram desenvolvidos programas de incentivo à contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais. Não se está aqui

⁴⁶ Por exemplo: não há obstáculos para que a pessoa que não possui o movimento das pernas seja operador de tele marketing.

referindo ao aspecto da adaptação do ambiente de trabalho a essas pessoas, já que nem sempre a limitação física o exige.

“Apenas 200.000 (duzentos mil) portadores de deficiência possuem emprego regular (carteira assinada) num universo de 1.000.000 (um milhão) de portadores de deficiência [...]”. (CRUZ, 2005p. 96). As estatísticas ilustram que não é só em razão de necessidade de adaptação que os deficientes deixam de ser contratados.

5.2 Discriminação ilícita

Cruz define discriminação (ilícita) como sendo:

“[...] toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição, ou preferência baseada em critérios como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada”. (CRUZ, 2003, p.21).

Nesse contexto, a discriminação é ilícita quando atentatória ao princípio da igualdade. Seja por conduta comissiva ou omissiva, por quando as pessoas são segregadas de forma injusta ou ilegítima.

A discriminação ilícita corresponde à distinção preconceituosa. O preconceito pode ser considerado de forma ampla, de sorte a alcançar tanto a discriminação que ocorre em razão de repúdio injusto a determinado grupo de pessoas (como negros, pessoas tatuadas, portadores de necessidades especiais, dentre outros), quanto por ignorância, como no caso hipotético de um empregador que opte por não contratar um portador do vírus da AIDS, temendo que os demais funcionários sejam contaminados por via aérea.

Doutrinariamente, adotou-se uma classificação para a discriminação ilícita, para melhor compreensão e análise dos casos concretos em que ela se verifica.

5.2.1 Discriminação Indireta

A discriminação ilícita pode ocorrer revestida de aparente neutralidade. Algumas medidas, por desconsiderar circunstâncias particulares de certos grupos de pessoas, acabam por produzirem efeitos discriminatórios. Tais casos são caracterizados especialmente pela falta da intencionalidade de discriminar.

Na maioria das vezes, tais discriminações são geralmente consideradas legítimas no momento em que são planejadas, ou quando começam a serem executadas. Contudo, os efeitos não pretendidos podem ser produzidos posteriormente de forma perversa em relação a determinado grupo de pessoas.

A doutrina jurídica norte-americana prestou grande contribuição ao formular a teoria que se presta a caracterizar a discriminação por impacto desproporcional, ou “*Disparate Impact Doctrine*”, que assim define a discriminação indireta:

“Toda e qualquer prática empresarial, política, governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em conseqüência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de sua incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”. (GOMES, 2001, p. 24).⁴⁷

Ao lado dessa teoria, encontra-se a Teoria dos Motivos Mistos, que tem como objetivo solucionar os casos em que o ato discriminatório se encontra camuflado em meio a outras razões legítimas.

Os dados estatísticos se tornaram um elemento de prova para averiguação da ocorrência da discriminação pelo impacto desproporcional, na medida em que não se visa buscar o elemento discriminatório no próprio ato praticado, mas nos resultados (situação de desigualdade) que produziu.

Nos casos em que a discriminação ilícita está presente, mas há também motivação lícita para o ato, existe dificuldade em se apreender a discriminação. Neste sentido, a teoria em questão parte do pressuposto de que a presença de fator

⁴⁷ Gomes (2001) distingue dessa forma de discriminação o que ele caracteriza como “discriminação de fato”, que consiste na desconsideração, ainda que não proposital, por parte das autoridades públicas em relação às especificidades de grupos minoritários, provocando dessa forma políticas públicas discriminatórias, que se perpetuam em razão da banalização das necessidades das minorias.

de cunho discriminatório, dentre os que motivaram o ato, enseja a responsabilização e a reparação pelo dano causado.

No Brasil, as teorias antes mencionadas não surtiram o êxito que obtiveram nos EUA. É que aqui apenas a discriminação escancarada, direta, notoriamente proposital é que vem sendo reconhecida como merecedora de reparação. É nesse contexto que o estudo da discriminação no Brasil ganha relevância.

Esses tipos de discriminação alertam também para outra forma discriminatória semelhante no que tange a dificuldade de verificação: aquelas que ocorrem por preconceito não-manifestado, e diverso no elemento subjetivo da intenção de discriminar.

Determinadas atitudes preconceituosas não são evidentes, mas escondem orientações preconceituosas que não são aferíveis de forma imediata, o que dificulta a aplicação de sanção. É o caso, p.ex., da desaprovação de candidatos negros (mais capacitados que os demais) em processos de seleção para emprego por meio de entrevistas. Os examinadores, caso questionados quanto aos motivos da exclusão dos candidatos negros, podem formular subterfúgios para afirmar que o candidato negro não se saiu bem na entrevista, dificultando a verificação da discriminação.

Quanto mais elevado o grau de conscientização de determinada sociedade em relação ao direito de igualdade das pessoas, mais determinadas condutas preconceituosas tornam-se reprováveis sócio-culturalmente. Esse fenômeno possui um aspecto positivo de coibir e desincentivar a discriminação ilícita. Contudo, é possível que as formas de discriminação se manifestem de forma velada, disfarçada entre elementos que dificultem sua percepção.

É relevante, para o combate a essa forma discriminatória, os recentes estudos sobre a horizontalização dos direitos fundamentais; ou seja, que se contrapõe à visão de que os direitos fundamentais devem ser assegurados na forma vertical entre Estado e sociedade, apenas, geralmente na forma prestacional.

É possível que os particulares, no âmbito de suas relações privatísticas, suponham que não estão obrigados a observarem os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, e que não são obrigados a justificarem suas ações discriminatórias, no sentido de demonstrarem sua licitude.

Tal suposição encontra suas raízes na noção clássica de que os princípios do direito privado autorizavam os contratantes a pactuarem, observando apenas as próprias vontades e as legislações específicas (como a civil e a empresarial).

Em algumas hipóteses é clara a necessidade de se impor o respeito ao direito de igualdade, mesmo no âmbito das relações privadas. Em outras circunstâncias, é mais difícil fazer esse tipo de avaliação especialmente quando se trata de questões de ordem cultural.

Seria possível ajuizar qualquer tipo de ação contra uma comunidade de pessoas, unidas em torno de uma questão qualquer (como a criação de certos animais) que rejeitassem o ingresso na comunidade de pessoas homossexuais?

“O preconceito inconsciente é problemático na medida em que ele não pode ser objeto de auto-correção pela via do processo político. Quando o discriminador não tem consciência do seu preconceito e tem convicção de que percorre a trilha da justiça, são parcas as chances de sucesso da razão e da persuasão moral”. (LAURENSE, *apud* GOMES, 2001, p. 30).

É necessário nesse âmbito, não apenas coibir as discriminações, como também promover a educação social, a fim de minimizar as crenças infundadas na inferioridade de certos grupos de pessoas.

5.3 Discriminação na aplicação do direito

Pode haver discriminação na aplicação do direito, ainda que a norma seja aparentemente neutra. Ocorre quando é causado um favorecimento exagerado a um grupo em relação a outro, ou quando há prejuízo de determinado grupo social em razão de determinada norma.

Ou seja, tanto pode ocorrer por meio de discursos de justificação (legislação), quanto de aplicação, quando não é feito o necessário juízo de adequabilidade.

A discriminação dá-se, assim, como no caso da discriminação por impacto desproporcional, verificável a partir da detida análise dos resultados produzidos no caso concreto.

O fator subjetivo “intenção” não se constitui como decisivo para a consolidação da violação ao princípio da igualdade.

Por essa razão, Günter, citado por Cruz (2003) distingue ânimo discriminatório (que diz respeito à vontade de quem pratica o ato discriminatório) de propósito discriminatório (que parte de dados estatísticos, objetivamente verificáveis). E afirma que o ideal é que a discriminação ilícita seja reparada sem que se tenha que perquirir a intenção do sujeito que a pratica.

Seja qual for a razão que leva à discriminação ilícita, o princípio constitucional da igualdade fornece o fundamento necessário às medidas necessárias ao combate da segregação injusta entre os homens.

As indagações concernentes à intencionalidade do ato discriminatório podem ter relevância para a responsabilização (penal, civil e administrativa) daquele que a praticou, mas não se pode prestar a objetar a cessação dos efeitos danosos produzidos.

6 O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

“A Ação Afirmativa é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade positiva promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido”. (ROCHA, 1996).

O estudo da evolução do princípio da igualdade revela que a interpretação que lhe foi atribuída, por muito tempo negligenciou as necessidades dos grupos sociais menos favorecidos.

O modelo do Estado Social foi emblemático no sentido de alertar para a necessidade de se concretizar certos direitos (dentre os quais alguns já formalmente reconhecidos no paradigma Liberal). Contudo, as ações afirmativas não devem ser relacionadas de forma indissociável a esse modelo, como se fossem um, dentre os serviços prestados pelo Estado aos necessitados. Trata-se do resultado de uma mudança de postura, capaz de orientar a formulação de políticas públicas e privadas, que encontra subsídio teórico na própria perspectiva oferecida pelo Estado Democrático de Direito, sobretudo por meio da Teoria Discursiva.

O princípio da igualdade, pela nova interpretação que lhe é atribuída, representa o abandono da concepção estagnada e negativa que assumiu por um longo tempo, para atribuir um caráter de indispensabilidade para a autonomia pública e privada dos indivíduos. Para tanto, foi reconhecida a necessidade de se atuar de forma positiva para assegurar o respeito à igualdade.

Há de se ressaltar que os princípios da igualdade, da isonomia e da dignidade humana não se destinam apenas à atuação pública. O direito deve prescrever também para as relações sociais – mesmo as consideradas como privadas – os comportamentos inaceitáveis, dentre os quais se encontra a discriminação ilícita.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro conter normas que asseguram o direito de igualdade, e também de proibição e punição da discriminação ilícita, as práticas sociais revelam a manifestação do preconceito e da discriminação, há muito vedados constitucionalmente.

É que a norma (seja ela constitucional ou infraconstitucional) não é capaz de atingir seus objetivos apenas pela sua positivação, especialmente quando os

principais óbices à sua efetividade se enraízam na cultura e no senso comum que se incorporam nos sentimentos irrelatáveis dos indivíduos.

As circunstâncias fáticas verificáveis na sociedade brasileira, impeditivas da efetividade da igualdade – tais como a pobreza, o déficit educacional, as desigualdades econômicas – caracterizam-se de forma imprecisa como o produto da discriminação, há muito vedada constitucionalmente.

Tais circunstâncias são causa e consequência da discriminação perpetrada em diversas ordens de exclusão social. São causa, pois impedem que haja a participação dos destinatários na produção normativa, necessária ao Estado Democrático de Direito; e são também consequência de um longo processo de subjugação de determinados setores da sociedade.

O reconhecimento de que há necessidade de o Estado abrir mão de sua neutralidade para assumir uma postura ativa ante os problemas sociais, constitui-se como impulso para o surgimento das ações afirmativas. Posteriormente, esses programas deixaram de ser frutos exclusivamente da atuação Estatal.

Em quase todas as definições para ações afirmativas há o reconhecimento de que as ações afirmativas se constituem como políticas positivas, que podem ser criadas tanto pelos órgãos dos Poderes Estatais quanto pelos particulares, para o combate da discriminação ilícita e da desigualdade social.

Podem ocorrer sob a forma de incentivo, sendo facultativas, ou de forma coercitiva.

“(As ações afirmativas são um) conjunto de políticas públicas e privadas, de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (...). Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”. (GOMES, 2001, p.40-41).

Apesar da possibilidade de que sejam formuladas e executadas pela iniciativa particular, não se podem considerar tais medidas como centro dos programas de ação afirmativa.

Embora a sociedade tenha também o dever de respeitar os direitos sociais e tenha um importante papel na correção das distorções produzidas historicamente,

não se pode esperar que os indivíduos voluntariamente optem por deixar de discriminar – quanto menos que empenhem seus esforços e recursos para consecução desses fins. E ainda que o fizessem, os efeitos da discriminação perpetrada de forma sistêmica e na história de diversas sociedades já teriam causado um problema estrutural, o que demanda medidas que surtam resultados mais rápidos.

Contar com a atuação da iniciativa privada e da sociedade seria compatível com os moldes da autonomia moral de Kant, que atribui à razão humana a capacidade e o dever de se agir segundo a Lei Moral. As normas morais são indeterminadas e exigem que o indivíduo se esforce para formar seu próprio juízo.

Habermas concebe a moral como complementar ao direito, de forma que a facticidade do direito absorve a dificuldade da imprecisão da moral:

“A moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistematicamente automatizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito”. (HABERMAS, 1997, p. 154).

Habermas afirma que o direito sob três aspectos alivia o sujeito que age moralmente. O primeiro deles se refere à indeterminação cognitiva, referente à abstração e indeterminação das normas morais que podem gerar problemas no momento de aplicação. “O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação.” (HABERMAS, 1997, p. 151).

O segundo problema é que a moral da razão sobrecarrega o indivíduo sob o aspecto da força de vontade. Essa incerteza motivacional é absorvida pela imposição do direito. “Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme normas, deixando livre os motivos e enfoques.” (HABERMAS, 1997, p. 151-152).

O terceiro problema é resultante do caráter universalista da moral da razão. A imputabilidade das obrigações, por vezes, exige organizações e institucionalizações, sem as quais o indivíduo não pode atuar. O direito pode determinar competências e

fundar organizações, que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos.

“A moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistematicamente automatizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito”. (HABERMAS, 1997, p. 154).

Determinados problemas, em razão de sua amplitude, não podem ser resolvidos de forma isolada ⁴⁸. O direito oferece, de certa forma, uma forma operacionalizada de promover o tratamento igualitário das pessoas.

A tão difícil tarefa de determinar em que casos a discriminação não é ilícita pode ser atribuída livremente à iniciativa privada e aos particulares, na alocação de seus recursos para efetivação, da maneira que lhe aprouver, dos direitos fundamentais? A ampliação da possibilidade de participação em discursos racionais⁴⁹ se limita aos espaços públicos?

A resposta a esses questionamentos deve ser formulada com vista à necessidade de se construir, de forma discursiva, medidas e políticas discriminatórias adequadas. As políticas e os programas de ações afirmativas, independentemente de quem os elabore, são susceptíveis de questionamentos em torno da legitimidade da discriminação que se opera. É que na tentativa de se igualar aos homens é possível que se opere um novo mecanismo exclusivo.

Gomes (2001) ressalta que as ações afirmativas visam evitar a discriminação, o que as distingue normas de conteúdo meramente proibitivo, que dispõem ao indivíduo discriminado apenas mecanismos de reparação *ex post facto*.

Cruz afirma que as ações afirmativas “podem ser entendidas como medidas públicas e privadas; coercitivas ou voluntárias; implementadas na promoção /

⁴⁸ Existe um conto popular, que, embora desprovido de cientificidade, ilustra a percepção da limitação da atividade individual na solução de determinados problemas. É a famosa história do pássaro beija-flor, que vendo a floresta em que vivia em chamas, tenta apagar o fogo com a água que traz em seu bico do rio até a floresta. Questionado sobre a inutilidade daquelas gotinhas para apagar as labaredas, o beija-flor responde que pode não conseguir apagar o fogo, mas “está fazendo a sua parte”.

⁴⁹ O discurso racional é a forma comunicativa que se dá na tentativa de entendimento sobre pretensões de validade, e realiza sob condições da comunicação que devem permitir e incentivar a contribuições de todos participantes, de forma livre, por meio informações e argumentos, no interior de um espaço público. (HABERMAS, 1997).

integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados [...]”. (CRUZ, 2003, p.143).

Há uma objeção que freqüentemente é levantada em oposição às ações afirmativas: a de que medidas localizadas e setoriais não podem solucionar problemas estruturais. Mas as medidas positivas não têm o condão de acabar, de uma só vez, com problemas arraigados há séculos nas sociedades. Trata-se de um tipo de medida que leva em conta a urgência da necessidade de se atender os direitos fundamentais dos grupos socialmente marginalizados. Abaixo, demonstra-se o caráter transitório inerente às ações afirmativas.

“Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de **eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade**”. (VILAS-BOAS, 2003, p. 29).

Da mesma forma, freqüentemente as ações afirmativas são tratadas como sinônimo de política de cotas, e recebem as mesmas críticas que são formuladas a estas. Contudo, o estabelecimento de cotas é apenas uma das espécies do gênero “ações afirmativas”, e não a única. Existem, p.ex., programas de incentivo à contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais.

Como se pode conceber uma democracia participativa sem o atendimento aos direitos fundamentais – dentre eles os abordados anteriormente como sendo componentes do “sistema de direito?” É possível pensar em ampliação das esferas públicas de discussão, sem que se aborde o problema da miserabilidade no Brasil, e que se qualifique devidamente o perfil dos marginalizados?

Faz-se, pois, necessário, o estudo dos diversos níveis de desigualdade ostentado por certos grupos sociais no Brasil. Reconhecidas tais disparidades sociais, é necessário formular políticas públicas que a um só tempo lhes sejam sensíveis, e que possam ser formuladas com a participação dos membros desses grupos. O não-atendimento a esse último requisito ocasionou, conforme se mencionou anteriormente, em políticas públicas paternalistas, e que negligenciaram a importância da participação dos destinatários de tais programas.

Para que a discriminação não seja ilícita, ela deve ser adequada ao nível de desigualdade que os grupos aos quais ela se destina. As ações afirmativas surgem

nesse contexto como políticas que visam promover a igualdade, a partir de discriminações com pretensões de legitimidade.

6.1 A questão racial norte-americana

A imigração dos ingleses para a colônia norte-americana se deu na forma de colonização de povoamento, por famílias que se estabeleceram com intuito de permanência, e não com finalidade meramente exploratória, como aconteceu no processo de colonização ocorrido no Brasil.

A colônia inglesa recebeu inicialmente os protestantes, fugidos das perseguições religiosas ocasionadas pela “contra-reforma” católica. Posteriormente, foram os agricultores quem imigraram para a colônia, expropriados em razão do desenvolvimento da indústria têxtil no século XVII, que demandou a liberação de espaços, antes dedicados à agricultura para a criação de ovelhas, e também do cercamento dos campos para produção agrícola em larga escala. Houve ainda emigração de outras regiões da Europa, como Holanda.

O desinteresse da Inglaterra fez com que a produção nas colônias norte-americanas não visasse o abastecimento da metrópole. Ao contrário, as colônias apresentaram um desenvolvimento de atividades variadas, para minimizarem a necessidade de importação de produtos e tornarem-se auto-suficientes.

“Apesar de as colônias não possuírem a autonomia, a forma representativa se tornara um importante instrumento capaz de frear o abuso do poder real e, ao mesmo tempo, defender-se de ataques próximos, como no caso dos franceses instalados no território canadense. Com isso, desde os primeiros fundadores de algumas colônias, nota-se que os colonos buscavam a toada do governo, através do caráter legislativo, estabelecendo assembleias a fim de serem responsáveis pela elaboração de suas próprias taxas e direitos coloniais”. (FUÃO, 2001, p.56).

Inicialmente não havia escravidão negra nem nas colônias sulistas⁵⁰. Os emigrantes europeus que não possuíam recursos financeiros para instalarem-se nas colônias norte-americanas submetiam-se ao “indentured servant”, um regime de

⁵⁰ O tráfico negreiro destinado a essa região ocorreu a partir de 1609. Estima-se que tenham sido levados cerca de 500 mil negros para trabalharem nas colônias sulistas.

servidão temporária em que o emigrante aceitava trabalhar por certo tempo para o colono americano que pagasse suas despesas de sua viagem e de sua família. Em algumas modalidades desse regime, ao final do prazo estipulado, o “servo” recebia também uma indenização e um pedaço de terra. Assim, os ex-servos podiam iniciar as mesmas atividades do senhor para o qual trabalhavam, e concorrer com o mesmo.

As colônias do sul dedicavam-se à produção de mercadorias tropicais, já que o clima era favorável ao desenvolvimento dessas atividades, que eram exportadas, como tabaco, açúcar, e principalmente algodão; e à atividade agropecuária.

As colônias sulistas desenvolveram atividades manufatureiras, que se assemelhavam às da Inglaterra. Nessa região houve um grande desenvolvimento industrial, utilizando-se a mão-de-obra livre e assalariada. Tais atividades propiciaram uma maior segmentação da sociedade, ao contrário do que ocorria nas colônias do sul, onde a população se dividia em escravos e senhores.

A independência das treze colônias inglesas, que se deu em 1776, acentuou as diferenças entre as colônias do norte e do sul, principalmente no que tange à possibilidade de abolição da escravidão e às tarifas de importação e exportação.

“O surgimento da liberdade e da igualdade no país foi acompanhado pelo surgimento da escravidão. O fato de que duas evoluções tão contraditórias ocorressem simultaneamente durante um longo tempo, do século XVII ao XIX, constitui o paradoxo central da história americana. O desafio, pelo menos para um historiador do período colonial, está em explicar como um povo pôde desenvolver a dedicação à liberdade e dignidade humanas mostrada pelos próceres da Revolução Americana e, ao mesmo tempo, desenvolver e manter um sistema de trabalho que negava essa liberdade e dignidade a cada hora do dia”. (MORGAN, 2000, p. 122).

O sul era exportador e necessitava comprar produtos manufaturados, por isso defendia tarifas baixas de exportação (para apresentar preço competitivo ao mercado externo), e de importação (pois o aumento da concorrência entre os produtos produzidos no norte e nos países europeus ocasionaria a diminuição e preços). Já as colônias do norte propunham o desenvolvimento do mercado interno, por meio do escoamento da produção do sul para as indústrias têxteis do norte, e pela proteção tarifária.

“Essa exploração (da mão-de-obra servil) retardava o desenvolvimento do Sul, em que o Norte via, ao mesmo tempo, uma fonte de matérias – primas, um mercado para os seus produtos manufaturados, uma colocação para

seus capitais, um reservatório de mão-de-obra barato. A abolição da escravidão permitiria o abaixamento do preço do algodão, o aumento do poder de compra do sul, uma colonização mais rápida e mais frutuosa dessa região, e também o recrutamento de um novo exercito de reservas de proletários para os empreendimentos industriais do Norte". (GUÉRIN, 1963, p. 37)

O tráfico negreiro não se extinguiu, apesar da proibição ocorrida em 1815. Em 1819 o Estado do Missouri pleiteou seu ingresso na Confederação como Estado escravocrata. Para apaziguar a disputa, que se estabeleceu a partir daí entre os defensores e os opositores da escravidão, em 1820 foi assinado o Tratado de Mississipi, pelo qual se definiu um limite territorial: apenas os Estados situados abaixo do paralelo 36º40 poderiam utilizar a mão-de-obra escrava.

Contudo, em 1849 a Califórnia requereu – e teve deferido⁵¹ – o seu ingresso na União como Estado não-escravagista, apesar de estar situada abaixo do limite territorial mencionado.

A vitória de Abraham Lincoln (abolicionistas) nas eleições presidenciais é atribuída, em grande medida, ao apoio que recebeu dos defensores desse posicionamento.

A fim de evitar a abolição da escravidão, vários Estados (Carolina do Sul, Geórgia, Alabama, Flórida, Mississipi, Louisiana, Virgínia e Texas) proclamaram a separação em relação à confederação. Em seguida, realizaram um Congresso em Montgomery, Alabama, em 1861, tendo se unido por meio da criação dos “Estados Confederados da América”, e criado uma Constituição pela qual se declarava a impossibilidade abolição da escravidão por qualquer meio.

Após Lincoln manifestar publicamente o repúdio ao desligamento dos Estados por ato unilateral, em 1961 os Estados Confederados da América – apesar de sua grande desvantagem bélica – iniciaram os ataques aos EUA, pelo bombardeio ao forte Sumter.

A declaração feita por Lincoln, em 22 de setembro de 1862, de que a escravidão seria abolida em todo território dos EUA, a partir de 1º de janeiro de 1863, incitou a guerra civil que se seguiu. Após varias derrotas, e a criação de um

⁵¹ O deferimento do requerimento feito pela Califórnia se deu por meio do Compromisso de Clay, de 1850.

cenário de grande destruição e mortes ⁵², em 1865 os Estados do sul declararam a sua a rendição.

Andrew Johnson era vice-presidente e, após o assassinato de Lincoln por um defensor da causa sulista, assumiu a presidência, dando seqüência aos intentos abolicionistas ⁵³. Em 18 de dezembro de 1865 foi publicada a Décima Terceira Emenda à Constituição norte-americana, pela qual se aboliu definitivamente a escravidão, determinando a igualdade do negro perante a lei.

Contudo, os negros não foram declarados iguais aos brancos pela proibição da utilização da mão-de-obra escrava e da igualdade na aplicação das leis para brancos e negros. A libertação dos negros não possibilitou a admissão deles no mercado de trabalho, já que concorriam com os brancos em uma situação de grande desemprego e subsistia a crença na inferioridade dos negros. Além disso, a culpa pela Guerra da Secessão, e de todas as suas desastrosas conseqüências, foi atribuída aos negros.

6.2 O Sistema *Jim Crow*

Iniciou-se um processo de segregação entre negro e brancos, que institucionalizou a discriminação e o preconceito contra os negros, na medida em que tais práticas revestiram-se da formalidade do direito. Foram aprovadas leis, atos administrativos, e produzidas decisões judiciais com a pretensão de legitimar as práticas de subjugação do negro que se seguiram.

Tais práticas segregatórias ficaram conhecidas como “Sistema Jim Crow”. Kaufmann explica a origem desse termo:

⁵² Cerca de 600 mil homens, o que representava 2% da população época, morreram durante os combates da Guerra da Secessão.

⁵³ Há de se ressaltar que a abolição não representava, nem para os políticos mais esclarecidos da época, em inclusão dos negros. Nesse sentido:

“Quando Jefferson contemplou a abolição da escravidão, julgou in-concebível permitir que os libertos permanecessem no país. Esta atitude foi provavelmente motivada por um preconceito racial seu ou de seus compatriotas. Mas ele também pode ter pensado na possibilidade de que, libertos, em vez de escravos eles se tornariam meio milhão de pobres ociosos, criando para os Estados Unidos os mesmos problemas que os pobres ociosos da Europa criavam para seus Estados. O escravo, acostumado ao trabalho compulsório, não trabalharia para o próprio sustento quando a compulsão fosse removida.” (MORGAN, 2000, p.128).

“Em 1843, na Virgínia, formou-se um grupo composto de quatro artistas brancos, chamado *Virginia Minstrels*. Durante uma apresentação, na cidade de Nova Iorque, os componentes do grupo pintaram a pele e preto e realizaram um número de canto – com forte sotaque sulista – e dança, no que acreditaram estarem imitando os negros. Esse show fez um grande sucesso e, a partir daí, o grupo passou a excursionar pelas demais cidades. Uma das músicas possuía refrão que terminava com a expressão Jim Crow”. (KAUFMANN, 2007, p. 137).

Os negros foram impedidos de freqüentarem os mesmos ambientes que os brancos freqüentavam, fossem eles escolas, bares, trens, rodovias, bairros, etc. Houve proibições relacionadas à prática de determinadas profissões. Exemplificativamente. As restrições se estenderam aos mais diversos campos das situações em que o branco desejasse não ter que conviver ou competir com o negro.

Tais práticas eram fundamentadas pelo discurso da inferioridade racial e na interpretação atribuída ao princípio da igualdade: ele não obrigava ninguém a ter que conviver com quem não desejasse. O Poder Legislativo formulava normas segregadoras, o Executivo as executava (e também produzia atos administrativos com essa característica), e a Suprema Corte norte-americana reiteradas vezes considerava que todas essas práticas eram legítimas.

O posicionamento era de que qualquer escola poderia adotar a segregação ou criar novos estabelecimentos para receber alunos negros. Cruz (2005) ressalta que quando se optava por essa segunda hipótese, o ensino oferecido era de péssima qualidade.

As deficiências são particularmente revoltantes no plano do ensino superior especializado (medicina e direito). Os estudantes negros, que não podiam iniciar-se nessas disciplinas nos estabelecimentos de cor, conseguiram nestes últimos anos forçar a porta das universidades brancas. A luta foi severa. Mastados primeiro, foram depois admitidos às aulas mas de um corredor ou sala contígua de onde, pela porta aberta, podiam avistar o professor. Foi necessário esperar até Junho de 1950 para que o Supremo Tribunal impusesse a sua admissão sem restrições; mas essa sentença só dizia respeito a dois estados e não condenava o próprio princípio da segregação: os estudantes negros foram aceites nas universidades brancas do Texas e de Oklahoma porque não existia nenhum estabelecimento negro apto a dar-lhes um ensino equivalente. No entanto, foi só a 17 de Maio de 1954 que a alta instância condenou explicitamente a doutrina *separate but equal* e, por consequência, o princípio da segregação escolar. Como, porém, se verá adiante, a batalha, apesar deste passo em frente simbólico, está longe de ter sido ganha. (GUÉRIN, 1963, p.57).

Não era apenas na área da educação que a inferioridade dos serviços prestados aos negros se manifestava. O saneamento básico, a saúde, os

transportes, dentre outros serviços públicos, prestados em bairros negros eram muito inferiores que os oferecidos aos brancos.

Estranhamente, a abolição da escravidão intensificou a agressividade contra os negros, não se podendo afirmar que àquela época isso pudesse ser considerado como uma evolução em relação ao princípio da igualdade, que pudesse de alguma forma melhorar as condições de vida dos negros.

Antes da abolição da escravidão, os que defendiam a escravidão viam nos negros um elemento indispensável à manutenção da produtividade. Os abolicionistas defendiam que o sistema de escravidão era covarde e prejudicial ao desenvolvimento nacional (embora o discurso ainda não se fundasse, na maioria das vezes, na igualdade dos negros e brancos). Após a abolição ambos os grupos repudiavam a convivência com os negros e, mesmo que a desejassem, tal convívio era vedado legalmente. O grau de intervenção da segregação na autonomia privada dos indivíduos era tão grande que se estendeu às esferas mais íntimas: o casamento entre raças foi proibido em diversos Estados, dentre os quais Flórida e Arizona.

Tal comparação refletiu-se também nas condições de vida dos negros. Anteriormente à abolição da escravidão as principais causas de morte dos negros eram castigos (recebidos em razão de desobediência ou tentativa de fuga) e insalubridade das condições de vida (que ocasionavam esgotamento físico e doenças). Após, os negros continuaram a morrer pelas péssimas condições de vida, e a primeira causa se manteve, em outros moldes: a punição era recebida pelo simples fato de serem negros. Além disso, eram considerados culpados de qualquer mazela que pudesse recair sobre a saúde pública, a política ou a economia.

6.2.1 A segregação racial e o posicionamento da Suprema Corte norte-americana - caso Plessy v. Ferguson - 163 U.S 537 (1896)

A Suprema Corte norte americana adotou por muito tempo o posicionamento⁵⁴ de que a segregação racial não era ofensiva ao princípio da

⁵⁴ Não se pretende por esse trabalho realizar um estudo de casos. A narração a seguir é feita com o intuito de ilustrar a forma como a Suprema Corte norte-americana contribuiu para a manutenção desse sistema de segregação.

igualdade. A primeira vez que a Suprema Corte manifestou esse posicionamento foi na decisão proferida no caso que se segue.

A Suprema Corte declarou a constitucionalidade da determinação emanada do Estatuto da Louisiana, de 1890, segundo o qual o transporte por estradas de ferro deveria ser feito por meio de acomodações iguais, mas separadas. Os funcionários da empresa de transporte eram incumbidos da tarefa de zelar para que tal determinação fosse cumprida. O entendimento era o de que o princípio da igualdade não obrigava as pessoas a conviverem com quem não desejavam, mas somente assegurar a prestação do serviço público a todos.

Segundo o Código da Louisiana, aquele que tivesse “uma gota” de sangue negro era assim considerado. Porém aquele que tivesse “uma gota” de sangue branco não se caracterizava como tal. Tal sistema, chamado de “one drop rule”, ou “regra de uma gota”, foi utilizado para viabilizar a política de segregação racial.

Plessy possuía 1/8 de ascendência negra, e 7/8 de branca (era bisneto de negros). Por essa razão, e por apresentar traços caucasianos, considerava-se branco, e recusou-se a viajar no vagão destinado a negros. Conseqüentemente, foi preso.

A Corte Estadual não acatou o argumento de Plessy, de que o Estatuto da Louisiana era inconstitucional, diante das Emendas Décima Terceira e Décima Quarta à Constituição dos Estados Unidos. Plessy recorreu à Suprema Corte, que entendeu que a emenda 13^a apenas abolia a escravidão e não vedava distinções fundamentadas na cor, e que a distinção fora efetuada visando a estabelecer maior conforto para as pessoas.

O entendimento da Corte fundava-se na consideração de que a Constituição e as suas Emendas vinculavam apenas a atuação estatal.

Tal decisão prestou-se à legitimação de condutas de segregação em todas as esferas, sob o argumento de que o princípio da igualdade não estaria sendo violado por meio dessas práticas. A igualdade não se prestava a obrigar que as pessoas brancas convivessem com as negras.

6.3 Os movimentos racistas e os de defesa dos negros nos Estados Unidos

Todos esses fatores culminaram na criação de movimentos racistas, como a Ku Klux Klan e o Conselho dos Cidadãos Brancos. Frequentemente os negros eram brutalmente agredidos e mortos, e havia uma grande impunidade em relação a tais crimes.

A Ku Klux Klan, também conhecida como “Klan”, KKK, e Império Invisível do Sul, foi criada no Tennessee em 1866, por ex-soldados do exército, que foram derrotados na Guerra da Secessão. Em sua concepção, não possuía propósitos de discriminação racial, mas de patriotismo e misericórdia. Mas a associação não tardou a voltar-se radical e agressivamente contra os negros.

A Ku Klux Klan se enfraqueceu quando, em 1870, o Presidente Ulisses Grant sancionou uma série de leis civis, que possibilitaram a punição de membros da organização. Em 1915 ela retomou suas atividades de preconceito e intolerância, na Geórgia, inspirada em obras como o livro “The Clansman – an Historical Romance of Ku Klux Klan”, de 1905; e o filme “The Birth of a Nation”, de 1915. A organização chegou a possuir cinco milhões de membros, dentre os quais estavam senadores, prefeitos, e até mesmo Harry Truman (que foi presidente entre 1945 e 1953).

Além da violência física e do preconceito, os membros da organização praticavam intimidações de cunho psicológico e moral. Colocavam a vestimenta típica (roupas brancas com capuz em forma de cone) e cercavam a residência de negros, incendiando cruzeiros e destruindo o que estava ao alcance.

O Conselho dos Cidadãos Brancos possuía uma atuação mais ideológico-doutrinária. Empenhava-se na divulgação de idéias racistas e na defesa de práticas segregadoras, por meio de panfletos, livros, palestras, etc.

Os negros necessitavam calcular seus passos, seus trajetos e seus projetos de vida levando em conta a necessidade de obedecerem aos limites impostos pela segregação. Isso dificultava a mobilidade espacial (tanto dentro da cidade, quanto dentro do Estado), social e profissional dessas pessoas, que acabaram por se confinarem em bairros negros.

“As dificuldades de uma viagem «internacional» são tamanhas que certas famílias brancas renunciam a levar consigo, quando a fazem, a criada das crianças. Para os próprios negros (falo de negros «distintos») a viagem por

estrada é um empreendimento complicado. Por vezes têm de percorrer distâncias enormes sem poderem comer, porque todos os restaurantes situados ao longo da estrada são «brancos». Como a maioria dos hotéis «negros» deixa muito a desejar, devido ao baixo nível da população de cor, os afro-americanos de profissões liberais respigaram aqui e além direcções de casas que, em todas as cidades, lhes servem por assim dizer de muda”. (GUÉRIN, 1963, p. 55).

Considerava-se um desperdício de recursos públicos o investimento, p.ex., em educação para negros, já que estes eram considerados incapazes de aprenderem. Obviamente, não se pode negar que o estágio de aprendizagem das crianças negras era certamente mais atrasado que o das brancas. O longo período em que a educação foi negada aos negros fez com que os ex-escravos e seus descendentes não possuíssem qualquer conhecimento prévio das disciplinas ministradas nas escolas. As crianças brancas recebiam instruções da família referentes ao ensino formal desde antes de ingressarem na escola, e mesmo após o início dos estudos. As crianças negras, além de geralmente não poderem contar com esse tipo de apoio, enfrentavam obstáculos de todos os tipos: professores desmotivados, precariedade nas estruturas físicas das escolas, etc.

A segregação era fruto de preconceituoso dos brancos em relação ao negro, que se tornaram marginalizados. Mas os efeitos da escravidão e da segregação fizeram nascer, também na comunidade negra, o sentimento de ressentimento e de rivalidade em relação aos brancos. Surgiram, dentro de um mesmo Estado, duas sociedades rivais e paralelas, com hábitos, culturas e costumes diferentes.

A resistência negra se deu na forma de organizações que tinham o intuito de defender a necessidade de se proteger os negros das agressões que vinham sofrendo, e de se combater a impunidade dos brancos agressores. A forma de atuação dessas organizações foram bastante diversificada, e chegaram a ocasionar rivalidades internas.

Nesse sentido, a Liga Afro-Americana, criada em 1890, dividiu-se, formando-se em 1909 a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor – National Association for the Advancement of Colored People, ANPPC – que pregava a necessidade de se adotar uma postura mais radical. Mas ao longo do tempo esta organização se tornou a principal estrutura e defesa dos negros dos EUA, tendo se propagado por todos os Estados.

A Associação para o Melhoramento Universal dos Negros – Universal Negro Improvement Association, U.N.I.A., fundada em 1914, defendia a criação de um

Estado negro na África, para onde deveriam migrar todos os negros americanos. Essa organização chegou a possuir dois milhões de membros, e apesar de enfraquecida, ainda existe.

Houve a criação de organizações de negros islâmicos, a “Black Muslims”, criada em 1930. Essa organização se destacava por incentivar a segregação, tendo formulado doze mandamentos, dentro os quais se encontravam algumas proibições ao convívio com os brancos, opressores. Essa entidade recebeu a adesão de cerca de cem mil pessoas.

Um dos seus seguidores, Malcom Little, conhecido como Malcom X, cujo pai, integrante da UNIA, foi brutalmente assassinado por membros da Ku Klux Klan, propagava a idéia de que o governo americano deveria indenizar os negros pelos anos de escravidão e opressão.

Para Malcom X, o movimento negro não deveria empenhar-se em tentar dialogar com aqueles que o oprimiam. Em certa ocasião afirmou que se os brancos só entendiam a linguagem do revólver, que então era necessário que o negro obtivesse um.

Os membros de uma organização, o Congresso de Igualdade Racial – Congress of Racial Equality, CORE –fretavam ônibus e viajavam por diversas regiões do sul dos EUA, parando nos locais em que verificavam a existência de segregação. Em certa ocasião, quando divulgavam suas idéias no Alabama, os membros do CORE foram espancados por pessoas vinculadas à KKK. Com o apoio do governador do Estado os profissionais da saúde pública recusaram-se a atender os feridos. Nessa ocasião, o então Secretário de Justiça, Robert Kennedy, irmão de John Kennedy, passou a utilizar tropas federais para cessar os ataques aos negros.

Alguns movimentos relacionaram-se às idéias revolucionárias da época em que foram fundados, como é o caso de “As Panteras Negras”, “Black Panthers”, que surgiu em 1966. Os ideais do socialismo fundiam-se com os da luta negra, da mesma forma que o capitalismo era associado se relacionava à figura dos brancos opressores, que eram os detentores dos meios produtivos.

Merece destaque a atuação de Martin Luther King, que se tornou símbolo do combate à discriminação e líder da causa negra. Em 1º de dezembro de 1955, em Montgomery, no Estado do Alabama, Rosa Parks, uma costureira negra, foi presa por recusar-se a ceder o seu assento em um transporte público a um passageiro branco. Martin Luther King, pastor de uma Igreja da região, organizou um protesto

pacífico: um boicote dos negros às empresas de transporte público. Após cerca de um ano de boicote, e de quase levar as empresas de transporte público à falência, foi declarado judicialmente o fim da segregação em transportes públicos.

Esse evento motivou a criação da Associação para Melhoramentos de Montgomery, sob a liderança de Luther King, que combinava os ensinamentos cristãos, a ética da insurreição sem violência, inspirada em Mohandas Gandh⁵⁵ e a defesa dos ideais anti-racistas.

Martin Luther King tinha boa formação profissional: era graduado em teologia e sociologia e concluiu doutoramento na Universidade de Boston. A atuação dele foi emblemática não apenas sob o aspecto da defesa dos direitos dos negros, mas especialmente da grande capacidade de articulação e mobilização sociais sem violência. Em 1960 deixou o Alabama e foi para Atlanta, onde assumiu a presidência da Conferência da Liderança Cristã Sulina – SCLC.

Ao contrário do tipo de atuação que incentivou na ocasião do boicote aos transportes públicos, Luther King passou a incentivar uma espécie de atitude diferente, que consistia em ignorar as determinações das práticas de segregação. Por meio dessa estratégia, chamada de “Sente-se”, ou “Sit Ins”, os negros dirigiam-se aos locais em que havia segregação e assentavam-se nos locais destinados aos brancos. Muitos negros passaram a realizar essa forma de protesto, suportando pacientemente as provocações, insultos e humilhações a que foram submetidos. Não reagir às provocações não era apenas uma demonstração de civilidade, mas um duro exercício de resistência, já que os negros chegavam a receber agressões físicas por protestarem. Assim, ao assentarem-se em bancos e cadeiras reservados a brancos, fosse em restaurantes, lanchonetes, teatros, os negros suportavam que lhes fossem atirados lixos e comidas; que lhes fossem dirigidos os piores insultos, e às vezes eram tirados a força desses locais.

Sob a inspiração do “Sit In”, foi criada a Comissão Estudantil de Coordenação Não-Violenta – Student Non-Violent Coordinating Comitee, SNCC – que propagaram as referidas práticas, ocasionando cerca de vinte e quatro mil prisões dos seus membros, entre 1960 e 1963.

Apesar das prisões dos manifestantes, Martin estava certo de seus ideais, e em 1963 retornou ao local onde considerava que as práticas racistas eram mais

⁵⁵ Líder político indiano, conhecido como Mahatma Gandhi. Pregava a desobediência civil não-violenta

acirradas, Birmingham, no Alabama e intensificou os movimentos contrários à segregação, o que ocasionou a sua prisão. No período em que esteve confinado, Martin escreveu a obra “Carta de uma prisão de Birmingham”. A repercussão dessa obra foi tamanha que por meio da intervenção direta do Presidente John Kennedy, Martin foi libertado.

Após sair da prisão Martin mobilizou a ida de cerca de 250 mil pessoas à Washington, em 1963, a fim de cobrar do Presidente John Kennedy as medidas contra a segregação que foram prometidas durante o período eleitoral. Chegando em Washington Martin proferiu o célebre discurso “Eu tenho um sonho” – “I have a Dream”.

Em oposição ⁵⁶, a KKK promoveu a explosão de diversas bombas principalmente em locais em que estavam negros, ocasionando a morte inclusive de crianças, e gerando grande revolta.

Em outubro de 1964 Martin recebeu o Prêmio Nobel da Paz. Em 1965 organizou a “Marcha de Selma”, que tinha como objetivo pleitear o direito do voto para os negros e pôr fim às inúmeras barreiras que lhes eram impostas. Novamente Martin foi preso, sob a alegação de organizar um movimento sem autorização para tanto, juntamente com mais centenas de pessoas ⁵⁷, mas foi libertado ainda naquele ano.

Eram criados diversos mecanismos institucionais e burocráticos para que o direito de voto dos negros fosse impedido:

“Um desses artifícios, a emenda Boswell, no estado do Alabama, que entrou em vigor em 1946, reservava o privilégio da inscrição nas listas eleitorais «aos que podem ler, escrever, compreender e explicar em língua inglesa qualquer artigo da Constituição dos Estados Unidos» e aos que «têm bom carácter e compreendem os deveres e obrigações de um bom cidadão». O resultado foi que em 80.000 negros só 2.000 puderam obter a sua inscrição nas listas eleitorais. Em 1949, a emenda Boswell foi finalmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Mas a inscrição dos negros nas listas eleitorais nem por isso se tomou livre e igual. No Mississippi o direito de voto não podia ser concedido senão a .uma pessoa capaz de ler ou de interpretar de maneira satisfatória a Constituição do Estado. Após 1947 outra disposição exigiu do leitor potencial que este . se declarasse de acordo com uma «declaração de princípios» do partido democrata do estado do Mississippi. Este texto

⁵⁶ O termo “oposição” não é aqui empregado apenas no sentido de “resposta” ao protesto, mas em sentido de “ser o oposto, ou o contrário”, já que o movimento organizado por Martin, era marcado por ser pacífico, enquanto o movimento da KKK era notoriamente violento.

⁵⁷ “[...] em fevereiro de 1965 já havia 5000 negros encarcerados.” (KAUFMANN, 2007, p. 157).

condenava expressamente certos artigos do programa de direitos cívicos a favor dos negros. Já em vida do senador Bilbo, inimigo declarado dos niggers, fora pedido aos negros em certas localidades: “Se Bilbo for candidato do partido, votará por ele?” Os que respondiam negativamente eram excluídos das listas eleitorais”. (GUÉRIN, 1963, p.51).

Ainda em 1965, Martin deu seqüência à organização da marcha que almejava realizar. No dia 07 de março desse ano 600 manifestante partiram de Selma com destino à Montgomery (ambas as cidades situadas no Estado do Alabama). Esse dia ficou conhecido como “domingo sangrento”, em razão da violência sofrida pelos manifestantes (pacíficos) das tropas armadas, que os atacaram sem qualquer justificativa ou direito de defesa, após terem caminhado apenas seis blocos.

A obstinação de King, somada à indignação que incentivou a mobilização de mais pessoas ainda, possibilitou a realização de um protesto ainda mais pacífico. Diante da proibição da realização de passeatas, feita por George Wallace, então Governador do Alabama, no dia 09 de março a almejada passeata foi realizada de forma simbólica: as pessoas ajoelharam-se nas ruas, orando.

A proibição da manifestação foi retirada, por meio de decisão judicial e, em 21 de março de 1965, a passeata enfim pôde realizar-se da forma como concebida. Na chegada à Montgomery, havia 25 mil manifestantes, que pararam diante da Assembléia Legislativa Estadual.

Apenas cinco meses após a marcha, o Presidente Lindon Johnson assinou o “Voting Rights Act”, que eliminou as barreiras que impediam o direito dos negros de votar.

Em 1966, centenas de jovens negros de várias regiões de Chicago aventuraram-se, apesar das recomendações das autoridades a Martin do perigo que isso poderia representar, na realização da “Marcha sobre o Cícero” (subúrbio branco). O conflito que se sucedeu era previsível. Por essa razão, 2000 homens e 500 policiais, fortemente armados, acompanharam o evento. Além dos xingamentos, houve violência física dos brancos contra os negros. Apesar da escolta, cerca de cinco negros saíram feridos.

Martin demonstrou solidariedade aos movimentos sociais relacionados à pobreza. Contudo, antes que pudesse praticar qualquer ato significativo nesse sentido, foi assassinado, em 04 de abril de 1968, aos 39 anos de idade⁵⁸.

⁵⁸ “O funeral , realizado em Atlanta, reuniu 100 mil pessoas”. (KUFMANN, 2007, p. 158).

Embora a forma de manifestação pretendida por Martin fosse orientada por pretensões pacíficas, a notícia de sua morte causou imensa revolta. As manifestações passaram a serem violentas, e houve grande dificuldade pela tropa em conter a destruição e as agressões que se seguiram.

A morte de Martin não imobilizou os movimentos defensores da causa negra, que prosseguiram e encontram novas lideranças.

6.4 A mudança de postura da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação à segregação - O caso *Brown v. Board of Education* - 347 U.S 483 (1954)

O “lema” de “iguais, mas separados”, consolidado a partir do caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896 só deixou de embalar as políticas públicas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “*Brown v. Board of Education*”, que foi fortemente influenciado pela atuação da NAACP.

Essa decisão envolveu, na realidade quatro casos distintos⁵⁹ de questionamento de políticas de segregação. Tendo em vista que todas elas possuíam o mesmo fundamento constitucional, foram unidas em um só processo, que foi postergado por muito tempo.

O Ministro Earl Warren assumiu a presidência da Suprema Corte dos EUA em 1953, sucedendo o Ministro Vinson, que havia falecido. Essa mudança na composição da Suprema Corte alterou os rumos da política de segregação institucionalizada.

Arquivos da sessão [...] revelam que o ministro Vinson abriu o encontro dando a entender que não estava convencido de que a doutrina separados mas iguais deveria ser abolida [...] (MENEZES, 2001, p.81). Apesar disso, havia alguns ministros que defendiam posicionamento diverso.

Ao julgar esse caso, Warren quebrou o precedente que havia se consolidado a partir do caso *Plessy v. Ferguson*. Em um voto conciso, manifestando um claro entendimento de que a separação de brancos e negros implicava em ofensa do princípio da igualdade, Warren declarou:

⁵⁹ Por essa razão, a narração dos casos não se revela imprescindível aos objetivos do presente estudo.

“separá-las [as crianças negras] das outras crianças de idade e de qualificações similares somente por causa da raça, cria um sentimento de inferioridade em sua posição na comunidade que pode afetar seus corações e mentes em uma maneira que pode jamais ser desfeita. Os efeitos dessa separação nas oportunidades educacionais foram bem demonstrados no julgamento de um caso pela Corte do Kansas, a qual, no entanto, sentiu-se compelida a decidir contra o pedido dos negros: "Segregação entre crianças brancas e de cor nas escolas públicas tem um efeito maligno sobre as crianças de cor. O impacto é maior quando tem o encorajamento da lei; a política de separação das raças é usualmente interpretada como se denotasse a inferioridade do grupo negro. O senso de inferioridade afeta a motivação da criança para aprender. A segregação com o encorajamento da lei, então, tende a retardar o desenvolvimento mental e intelectual das crianças negras e a privá-las de alguns dos benefícios que receberiam acaso o sistema educacional fosse racialmente integrado". (KAUFMANN, 2007, p. 161).

Embora a decisão da Suprema Corte dos EUA se referisse à impossibilidade da prática da segregação escolas públicas, a decisão refletiu em uma nova postura interpretativa diante do princípio da igualdade.

Um ano após o julgamento desse caso, a Suprema Corte teve de julgar uma questão semelhante, que por isso ficou conhecida como caso “Brown II.423”.

A NAACP requereu que a Corte se manifestasse sobre a amplitude, ou seja, sobre os limites da decisão proferida no caso Brown.

Na ocasião a Suprema Corte entendeu que a mudança de postura revelada no Caso Brown deveria repercutir de forma lenta e gradual contra a doutrina separatista. Não se pronunciou o Tribunal de maneira incisiva, apenas afirmou que se deveria promover o fim da estrutura separatista na educação pública.

As autoridades relacionadas à educação manifestaram-se omissas em relação a essa decisão, furtando do cumprimento dos objetivos do fim da segregação sob a alegação de que não deveriam cumpri-la imediatamente.

Uma série de contendas se seguiu, com o fito de questionar a inércia das escolas em promover o fim do sistema separatista.

6.5 As ações afirmativas nos Estados Unidos

Apesar de toda a evolução obtida pelos negros no tocante à *igualdade perante a lei*, ou seja, no igual tratamento de negros e brancos na formulação e na

aplicação de leis; é necessário bem mais que isso para que a igualdade passe a ser realidade, conforme já se elucidou anteriormente.

Não existe consenso sobre quando o termo “ações afirmativas foi empregado pela primeira vez. Alguns estudiosos do assunto afirmam que “[...] o Presidente John F. Kennedy o primeiro a utilizar a expressão em um texto oficial, em 1961, ao propor medidas que tinham como objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho.” (MENEZES, 2001, p. 27). Outros dizem que o termo surgiu no vocabulário oficial norte-americano no discurso sobre igualdade de oportunidades proferido pelo presidente Lyndon Johnson, em 1965, na Howard University.

Gomes ressalta que as ações afirmativas, como formas de políticas positivas de inserção social (e não apenas como forma de mitigação discriminatória), existiam há mais tempo:

“Vários Presidentes tomaram iniciativas de medidas visando a integração dos negros, de Franklin Roosevelt a John Kennedy, tendo este último, inclusive, editado a Executive Order nº 10.925, de 06 de março de 1963, que cunhou a expressão “affirmative action”. Por outro lado, o próprio Estatuto dos Direitos Civis, que data de 1964, na sua Seção 706 (g), faz uma vaga alusão ao tema”. (GOMES, 2001, p. 58).

Em que pese a imprecisão em torno do surgimento do termo “ações afirmativas”, sabe-se que tal modelo de políticas foi inaugurado pelos Estados Unidos, seguido por diversos países, dentre eles, Canadá e Brasil, e influenciou de forma decisiva a forma como a desigualdade de certos grupos passou a ser tratada.

Os fatores desiguadores passaram a serem levados em conta na implementação das atividades estatais, principalmente no que tange à atividade judicial nos EUA, de sorte a evitar a manutenção das desigualdades sociais.

Em princípio, as ações afirmativas se constituíram como um incentivo para que tanto nos setores públicos quanto nos privados as decisões fossem tomadas levando-se em conta o ideal de que a composição do quadro de trabalhadores e de alunos nas escolas deixasse de refletir a desigualdade social.

No fim da década de 60 e início da de 70, verificou-se que as ações afirmativas na forma de encorajamento e incentivo não surtiram efeitos relevantes. O instituto passou, então, a ser concebido como impositivo de atuação dos agentes públicos e privados.

As ações afirmativas passaram a serem concebidas como um instituto “de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias⁶⁰ a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais” (GOMES, 2001, p. 40).

Contudo, a igualdade de oportunidades é a finalidade, o objetivo, que só se realiza se há igualdade de condições para que as pessoas possam usufruir tais oportunidades. E quando há igualdades de condições as ações afirmativas são dispensáveis, já que não há desigualdade entre as pessoas que legitime a discriminação.

Na década de 60, a partir da mudança de posicionamento da Suprema Corte norte-americana e das medidas de combate à segregação racial promovidas pelos Presidentes Kennedy e Johnson, houve o cenário político e jurídico propício às ações afirmativas.

Com a ida de boa parte dos norte-americanos brancos⁶¹ para os combates realizados durante a Segunda Guerra Mundial, os negros passaram a ingressar mais facilmente no mercado de trabalho, para ocupar as vagas deixadas por aqueles. Ao final da guerra, houve a necessidade de se assegurar que os espaços ocupados pelos negros lhes fossem assegurados.

Em 1961, o Presidente Kennedy criou a Comissão para a Igualdade da Oportunidade de Empregos – Equal Employment Opportunity Commission, EEOC – por meio da Ordem Executiva nº 10925. Essa comissão tinha como objetivo examinar as políticas de segregação na ordem estatal, para eliminá-las e fazer com que o critério racial fosse desconsiderado em tais setores.

Embora essa medida estivesse direcionada à atuação estatal, havia na Ordem Executiva a previsão de que as empresas que desejassem serem

⁶⁰ O termo “minorias” não deve ser interpretado em sentido gramatical quando se refere à grupo de pessoas “excluídas socialmente”, já que o termo assim utilizado não possui uma acepção quantitativa.. Observa-se muitas vezes que as chamadas “minorias sociais” compõem parcela significativa da sociedade. No Brasil não se pode afirmar que as mulheres e os negros sejam minoria na composição demográfica. Mas, se se incluir na análise determinados fatores qualitativos, tais como indicadores socioeconômicos, é possível afirmar, com segurança, que estes grupos correspondem à minoria, se comparados aos demais. P.ex., a análise da porcentagem de mulheres negras que ocupam cargos de chefia em setores públicos ou privados no Brasil, por exemplo, certamente revelaria uma discrepância em relação aos homens brancos. Nesse contexto, as mulheres negras representam uma minoria.

⁶¹ Os negros não participaram dos combates em razão de proibição legal nesse sentido, como parte das políticas do Jim Crow. Somente em 1948 os negros puderam ingressar no Exército. (KAUFMANN, 2007).

contratadas pelo Poder Executivo deveriam adotar a política anti-discriminação (não apenas em relação ao negro).

Essa medida teve uma maior importância sob o aspecto da sinalização de uma mudança de postura, do que para a efetiva diminuição da segregação racial no mercado de trabalho.

Ainda durante o mandato do Presidente Kennedy houve os primeiros debates sobre a formulação de legislações adequadas ao efetivo combate à discriminação. Esses debates repercutiram na forma como foi posteriormente elaborada a Lei dos Direitos Civis – Civil Rights Act – de 1964, que continha em seus enunciados proibições de segregação e vedação da discriminação racial.

Lindon Johnson assumiu a presidência após o assassinato de John Kennedy, e deu seqüência às políticas de combate à discriminação iniciadas por este. Além da Lei dos Direitos Civis, de 1964, foi promulgado o Voting Rights Act, de 1965⁶²; a Ordem Executiva nº 11.246, que inseriu normas que exigiam que a contratação pelo Poder Executivo com empresas privadas só se fizesse se caso estas se adequasse às novas exigências anti-segregacionais.

As medidas anti-segregação não tinham o condão, contudo, de reconhecer a igualdade dos negros e brancos, mas apenas de assegurar a ambos o mesmo tratamento. Dessa forma, inicialmente nada se fez em relação à proibição estipulada em vários Estados com relação ao casamento inter racial. Essa proibição não era ainda considerada como injusta, já que tanto o branco quanto o negro estavam submetidos à mesma norma, e dessa forma se estaria atendendo à igualdade jurídica.

Kaufmann observa que na década de 60 várias pessoas que apoiavam o fim das práticas discriminatórias foram assassinadas ou presas. Isso denota que a evolução em sentido ao “fim” da discriminação racial se deu de forma lenta e teve de enfrentar uma agressiva e violenta oposição.

A partir de 1967, apesar dos progressos em relação à igualdade jurídica entre negros e brancos, iniciou-se uma série de conflitos violentos. O Presidente Johnson criou então a Comissão Nacional Consultiva da Desordem Civil – National Advisory Commission on Civil Disorders, ou “Kerner Commission”, em alusão ao nome do

⁶² Como fruto da pressão exercida pelas manifestações promovidas sob a liderança de Martin, mencionadas anteriormente.

Presidente dessa comissão – com a finalidade de elaborar medidas emergenciais para o controle desses conflitos.

As conclusões desse relatório, de que estavam se formando duas sociedades diversas dentro do território norte-americano, foi importante por chamar a atenção para a necessidade de que também os particulares se envolvessem em práticas não-discriminatórias.

A ineficácia da neutralidade estatal foi denunciada, e o problema racial ganhou novos contornos que direcionaram as medidas que se seguiram. Em outras palavras, o problema do negro deixou de ser atribuído apenas aos mesmos, e suas causas passaram a serem atribuídas e atreladas às práticas sociais, políticas e econômicas adotadas pelos brancos.

Ainda assim, não se pretendia ampliar a compreensão do conteúdo da igualdade dos negros. Apenas encerrar os distúrbios que perturbavam a paz (principalmente a paz dos brancos). Apesar da urgência em se resolver os problemas sociais, defendia-se políticas graduais e lentas, para não ocasionar constrangimento aos brancos, pela imediata imposição do convívio com os negros.

O Presidente Richard Nixon prosseguiu nessa linha de políticas utilizando o fundamento de que era necessário assegurar certos direitos aos negros, como forma de evitar que os próprios brancos sofressem com as constantes turbulências que a desigualdade causava ⁶³.

Iniciou-se uma série de medidas muito mais incisivas do que as anteriores. Foi lançado o Plano Filadélfia – Philadelphia Plan – em 1971, iniciando o sistema de cotas para contratações trabalhistas, que não só continha normas de incentivo à adoção das medidas, como também a imposição de determinadas cotas inclusive no âmbito privado.

A partir de então, inúmeras ações afirmativas foram adotadas em diversos âmbitos, com a finalidade de promover a integração não apenas de negros, como de outras minorias. A viabilidade dessas políticas se deu especialmente em razão da atuação da Suprema Corte norte-americana, tendo em vista que a legitimidade dessas medidas era freqüentemente contestada.

Durante os mandatos dos Presidentes Reagan (1981-1989) e Bush (1989-1993) tais programas deixaram de ser considerados como prioridade, e foram

⁶³ Existe a possibilidade de que esse tipo de argumento fosse uma forma estratégica de convencer os brancos opositores das políticas inclusivas de que as mesmas visavam também o bem-estar dos brancos.

reduzidos. As decisões da Suprema Corte também demonstraram, nessa ocasião, o enfraquecimento das ações afirmativas.

Reagan, em sua campanha presidencial, já assinalava o seu entendimento em relação às ações afirmativas: o de que se constituíam como uma forma de discriminação contra os brancos. Por essa razão, afirmou que não pretendia dar apoio a tais programas.

Durante o mandato de Bush foi aprovada uma nova Lei de Direitos Civis, que ampliou a interpretação do princípio da igualdade para as minorias. Mas a substituição do *justice* Marshall, membro da Suprema Corte defensor das ações afirmativas, por Clarence Thomas, ex-membro da Comissão para a Igualdade de Oportunidade de Empregos, que se destacou durante o mandato de Reagan por adotar uma posição restritiva em relação às ações afirmativas, representou um retrocesso na consideração de tais medidas.

7 AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA ACESSO À EDUCAÇÃO PELOS NEGRO NO BRASIL

O direito de igualdade se fez presente em todas as Constituições brasileiras.

Mas foi por meio da evolução da concepção do princípio da igualdade, e pela forma com que se encontra na atual Constituição Brasileira que as ações afirmativas encontraram o respaldo necessário para que fossem efetivadas.

Não se pode cogitar a existência de uma sociedade livre e justa em que haja pobreza e marginalização, ainda mais quando estas resultam de preconceitos.

Para melhor compreensão da questão, cabe realizar-se uma digressão histórica da composição étnica no Brasil, que caminha junto com a origem do preconceito.

Com a chegada dos portugueses ao Brasil, em 1500, teve início um período de desumana exploração do homem pelo homem, como se entre eles houvesse hierarquia que legitimasse os anos de escravidão que se seguiriam.

Face ao insucesso da exploração compulsória da mão de obra indígena, os colonizadores recorreram aos africanos. *“Mais de trezentos anos mais tarde, em 1888, o Brasil foi o último país do hemisfério ocidental a abolir a escravatura (...)”*. (TELLES, 2003, p.42).

A maioria dos colonizadores portugueses estava em busca de riqueza e não tinha a pretensão de exercer colonização de assentamento. Como a vinda de mulheres portuguesas era evitada pela Coroa, havia uma discrepância entre o número de homens e mulheres portugueses no Brasil. Isso fazia com que os portugueses se unissem (matrimonialmente ou não, voluntária ou compulsoriamente) tanto às índias e negras, quanto às pardas que advinham desse tipo de união.

Se a miscigenação era condenada pela Igreja Católica naquele tempo, chegou a ser incentivada pelo rei de Portugal, em 1755.

Os negros escravos ofereciam ampla resistência contra a exploração que sofriam. Muitos quilombos foram formados, e desenvolveram-se graças à habilidade dos negros em acessar regiões difíceis e ao apoio que reeberam de brancos abolicionistas. Cada quilombo possuía organização interna e externa, com a figura

de um administrador para cada quilombo, que eram subordinados a um chefe geral: o Zumbi.

O Quilombo dos Palmares, administrado por Zumbi, chegou a possuir 20.000 habitantes, em 1670, segundo Arthur Ramos (1979).

Com a abolição da escravatura, ocorrida em 1888, os negros não ascenderam imediatamente à condição de cidadãos, eis que permaneceram ocupando papéis secundários na economia e na sociedade brasileiras. Além disso, nenhum tipo de serviço ou prestação estatal era oferecido aos negros.

Contudo, face à falta de mão-de-obra para suprir as demandas da cafeicultura desenvolvida na época, não houve grande competição dos negros em relação à mão-de-obra branca. Os trabalhos obtidos pelos negros recém libertados eram extremamente degradantes e inferiores em relação aos demais trabalhadores. Porém a falta de competição pela mão-de-obra representa uma diferença central em relação ao processo abolicionista dos Estados Unidos, onde a competição no mercado de trabalho criou um clima de hostilidade entre os brancos e os negros.

O estudo científico racial no Brasil teve início no fim do século XIX, a fim de se averiguar quais conseqüência dos efeitos da raça para o futuro do país. A recusa em respeitar a diversidade étnica brasileira se traduzia pela forma como grande parte da população era considerada: os negros eram tidos como inferiores e os mulatos, degenerados. Além disso, acreditava-se que o clima de países como o Brasil diminuía o vigor biológico e mental dos homens.

Mesmo para os eugenistas havia um dilema a ser enfrentado: os mulatos ocupavam posições proeminentes na sociedade. Estavam presentes no Conselho de Estado, no Congresso Nacional, e nas artes. Eram mulatos: José do Patrocínio, Luís Gama, Lima Barreto, André Rebouças e Machado de Assis.

Os eugenistas sugeriam o branqueamento da população. A elite brasileira, para atender a tal prescrição, substituiu os ex-escravos pela mão-de-obra composta por imigrantes europeus. Assim, longe de conquistar a valorização do trabalho, os ex-escravos foram marginalizados.

Ao contrário das expectativas de branqueamento da população, os censos posteriores a 1940 e anteriores a 1991 demonstraram o “emparedamento” da população.

Enquanto o número de brancos e de negros decrescia, o de pardos aumentava progressivamente. Há duas prováveis explicações para esse fenômeno:

a primeira aponta a miscigenação como causa do “empardecimento”; a segunda, defendida por Charles Wood, justifica o fenômeno como consequência da modificação da classificação racial.

Pela comparação dos censos de 1950 e de 1980 Wood observa que houve, provavelmente, uma tendência à reclassificação de negros como pardos.

Talvez a explicação de Wood seja a mais hábil para esclarecer o que os censos posteriores a 2000 revelam: o decréscimo do número de pardos e o aumento do número de brancos e negros.

O início do mito da democracia racial encontra-se na obra *Casa Grande e Senzala*, de Gilberto Freyre. Tal obra possui relevância científica, literária e cultural, por ter transformado a questão racial brasileira – que deixou de ser encarada de forma pejorativa para incorporar-se ao aspecto do nacionalismo.

Nessa obra Freyre sustentava que a sociedade brasileira estava isenta do racismo, tendo em vista a seu grau de miscigenação.

Ironicamente, a visão anti-racista de Freyre sobre a miscigenação ficou atrelada à idéia de branqueamento desenvolvida na geração anterior. Freyre reconheceu que a miscigenação só pôde ocorrer nos tempos modernos por causa da crença popular na ideologia (da supremacia branca) do branqueamento. De acordo com esta noção popular, negros brasileiros comuns achavam que a melhor chance para escapar da pobreza era o casamento com brancos ou mulatos claros. Seu preconceito a favor do branqueamento é revelado na frase: “os negros estão desaparecendo rapidamente no Brasil, fundindo-se com o estoque branco”. Ao mesmo tempo, Freyre minimizava a importância do branqueamento, concentrando-se nos efeitos da miscigenação sobre a difusão das diferenças raciais. (TELLES, 2003, p.51).

As teorias de Freyre foram amplamente assimiladas na década de 40, influenciando o pensamento de vários autores, dentre os quais se destaca Pierson que concluiu que o Brasil era uma “sociedade multiracial de classes” (PIERSON *apud* TELLES, 2003, p.2003).

Telles (2003) ressalta que o trabalho de Freyre influenciou a cultura popular - como se observa pelos romances de Jorge Amado, que retratam e exaltam a harmonia da miscigenação racial no Brasil – e promoveu a “unidade nacional”.

Por cinquenta anos (entre 1890 a 1940) o fator racial não foi levado em conta pelos censos brasileiros. Esse fator foi reintroduzido, em 1940, sob a alegação de que a pesquisa do fator cor tinha objetivos meramente científicos.

Contudo, o retorno do fator racial no censo tinha, em verdade, propósito de verificação dos efeitos da imigração européia. O censo publicado em 1940 demonstrou que a imigração tinha de fato "embranquecido" a população brasileira.

Segundo Telles (2003) o termo "democracia racial" foi empregado pela primeira vez em 1962, e ganhou força durante o período militar – no qual a menção das palavras raça e racismo implicavam em sanções sociais .

Aquela ideologia foi usada pelo governo militar para abafar o próprio movimento negro, que era fortemente interessado nas questões raciais, mas era visto pelo governo como ameaça à segurança nacional.

Embora a tese segundo a qual o Brasil seria racialmente democrático já tivesse sido questionada no meio acadêmico, em 1950 (num cenário externo de racismo, intolerância e genocídio) esse mito integrava a reputação internacional do Brasil.

Por essa razão, a Unesco investiu em estudos científicos do fenômeno social brasileiro. Contudo, as conclusões de Florestan Fernandes – principal pesquisador do projeto – contrariaram as expectativas dos patrocinadores. Fernandes concluiu que o racismo era muito freqüente na sociedade brasileira.

O regime autoritário aniquilou os estudos sobre raça no Brasil, fazendo com que nas décadas de 70 e 80 a maior parte dos setores sociais brasileiros aceitasse a (já denunciada) ideologia da democracia racial.

A proposta de branqueamento não comporta a miscigenação, mas é um dos pilares da ideologia da democracia racial.

Não se deve desconsiderar a importância da ideologia da democracia racial, pois ela desempenhou papel fundamental no definhamento do mito da supremacia da raça branca, tendo sido ainda responsável pelo pela questão racial ter sido atrelada ao sentimento de orgulho nacional.

Embora desde 1950 já se tenha denunciado que aquela ideologia era inconsistente – por negar a existência de racismo no Brasil – apenas na década de 90 o Estado brasileiro a abandonou (reconhecendo a existência de racismo) e passou a implementar medidas positivas para o combater a desigualdade racial.

7.1 O conceito de raça na Decisão do STF no *Habeas Corpus* Nº 82.424/RS

A relevância atribuída à questão racial no Brasil levou o Constituinte a oferecer tratamento excepcional⁶⁴ ao crime de racismo, por meio da imprescritibilidade e ainda, da inafiançabilidade, estabelecidas pelo inciso XLII do art. 5º da Constituição de 1988.

A interpretação atribuída inicialmente à mencionada norma vislumbrava apenas a proteção aos negros contra o crime de racismo. A decisão dos *Habeas Corpus* 84.424 – RS deu a tal norma uma interpretação que possibilitou a abranger outra hipótese de crime de discriminação, além daqueles cometidos contra negros.

Nos votos proferidos pelos ministros durante a decisão depreende-se uma discussão não apenas quanto aos limites da definição da conduta típica do crime de racismo, mas também importantes questões afins ao objeto do presente trabalho.

Pela análise que se segue não se pretende realizar um estudo de caso, tampouco avaliar qualquer outro aspecto da decisão senão o da controvérsia acerca da conceituação de “raça” humana.

Antes de iniciar os apontamentos sobre essa questão, cabe realizar breve síntese do caso. Siegfried Ellwanger, sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.” e autor de obras anti-semitas, foi responsabilizado criminalmente pela edição, distribuição e venda ao público de obras suas e de terceiros com conteúdo discriminatório. Siegfried foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, tendo ainda sido averbada a imprescritibilidade do inciso XLII do art. 5º da CF/88.

Inconformado com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao *Habeas Corpus* impetrado em favor de Siegfried, os procuradores deste impetraram *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário diante do Supremo Tribunal Federal.

A principal alegação dos impetrantes foi a de que o crime cuja prática foi atribuída à Siegfried não possui conotação racial – eis que os judeus não são uma raça – não podendo ser alcançado pela imprescritibilidade que recai sobre o crime de racismo.

⁶⁴ O termo “excepcional” é aqui empregado no sentido de designar a exceção à regra geral do direito penal, que decorre do instituto da prescrição dos crimes.

Não se constituiu como objeto de discussão o mérito da condenação pelo crime tipificado pelo art. 20, da Lei 7.716/89, mas tão-somente a averbação de imprescritibilidade por crime de racismo.

Insta ressaltar que em sua redação original, a Lei 7.716, de 05/01/89, definia os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, apenas. Fato é que o artigo 1º da referida lei, em seu texto original determinava: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de **raça ou de cor.**” (BRASIL, 1989). (Grifos nossos).

Além disso, nas razões de veto da Lei, não se faz menção a qualquer outra forma de discriminação além da discriminação racial.

Posteriormente o art. 20 dessa lei foi incluído, pela Lei nº 8.081, de 21/09/90, que acrescentava a punição pela discriminação ou preconceito por religião, etnia ou procedência nacional. A Lei nº 9.459, de 15/05/97, enfatizou a ampliação da tipificação das discriminações e preconceitos punidos pela Lei 7.716, de 05/01/89.

A redação atual do art. 20 foi dada pela Lei nº 9.459/97. Essa Lei também alterou, dentre outros, o art. 1º da Lei 7.716/89, que passou a ter a seguinte redação: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de **raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.**” (BRASIL, 1989). (Grifos nossos).

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu o *Habeas Corpus*.

7.1.1 O voto do Ministro Moreira Alves

Esse julgador votou no sentido do deferimento do *Habeas Corpus*. Na fundamentação de seu voto negou a possibilidade de que os judeus fossem considerados como uma raça.

Contudo, admitiu a possibilidade de classificação de raças humanas. É o que se depreende da citação que fez:

O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do

gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'. (Abbagnano, *apud* (BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

O autor citado defendeu, pois, a possibilidade de divisão racial humana com base em fatores físicos e hereditários, e afastou a possibilidade de classificação racial apenas para os casos em que a distinção entre os homens não se pautar nos mencionados critérios.

7.1.2 O voto do Ministro Maurício Corrêa

O Ministro indeferiu o *Habeas Corpus*. Dentre os argumentos apresentados, afirmou a impossibilidade de divisão de raças humanas do ponto de vista científico após as conclusões apresentadas pelo Projeto Genoma Humano⁶⁵:

Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter "há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos". (BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

Acrescentou ainda que a clássica subdivisão racial humana já se encontrava em decadência mesmo antes dos estudos produzidos pelo Projeto Genoma Humano.

⁶⁵ Após o Ministro Maurício Corrêa afirmar a impossibilidade científica de se distinguir raças humanas, o Ministro Moreira Alves manifestou-se novamente. Ministro Maurício Corrêa confirmou seu voto, e afirmou que não se deveria levar em conta as conclusões do Projeto Genoma Humano, tendo em vista que o mesmo é do ano de 2000, e por isso, posterior tanto à CF/88 quanto ao recebimento da denúncia, que se deu em 1991. Contudo, os argumentos levantados pelo Ministro Maurício Corrêa para negar a distinção racial humana não se fundaram apenas nas conclusões do Projeto Genoma Humano.

Para respaldar tal afirmação, utiliza-se basicamente de três argumentos: um em que se apresenta um enfoque sociológico de raça; outro de cunho conceitual, que remete a uma interpretação gramatical; e por fim, traz um elemento de direito internacional.

O primeiro deles é a conceituação de raça do Dicionário Eletrônico Houaiss, na qual o elemento biológico está ausente.

O segundo argumento funda-se nas críticas feitas por Gilberto Freyre, em Sua obra “Casa Grande & Senzala”, à classificação racial: 0733382100-205

"Aliás" - diz ele - "na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma pelo critério da forma do crânio"" ,já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária dos brancos sobre os negros. (FREYRE, *apud* BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

O último argumento traz o texto do Art. 1º da Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, de 1978, da Unesco, em que se afirma que todos os homens pertencem a uma única espécie.

Mais adiante, o Ministro citou o art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação da Discriminação Racial, promovida pela ONU, em 1965, em que se qualifica como discriminação racial também as discriminações que se fundem em descendência ou origem nacional ou étnica. Mencionou também o item 17 da Resolução 623, da Assembléia Geral da ONU, de dezembro de 1998, em que se faz referência ao anti-semitismo como forma de racismo.⁶⁶

Por outro lado, o Ministro afirmou que as discriminações perpetradas historicamente ⁶⁷ contra o povo judeu possuíam índole racial, devendo, portanto, ser caracterizada como racismo, em que pese os judeus não serem uma raça.

Para fundamentar idéia a de que o crime de racismo não pode ser restrito à subdivisão com fundamento em características biológicas, o Ministro afirmou que a Constituição trata raça e cor como conceitos diferentes: “sem preconceitos de

⁶⁶ Em outros momentos, o Ministro faz referência a elementos de direito internacional. Há em seu voto menção à legislação e à jurisprudência sobre o racismo em que os judeus são considerados como raça em diversos países. Dentre as resoluções e os tratados citados foram selecionados apenas os mais relevantes do ponto de vista da subdivisão racial humana, tendo em vista a finalidade da presente análise.

⁶⁷ O Ministro Maurício Corrêa fez uso de citações de textos bíblicos, de dados históricos do Nazismo e do Holocausto para contextualizar a saga do povo judeu.

origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação". (inciso IV, artigo 3º. BRASIL, 1988).

Sustentou ainda que a imprescritibilidade do racismo apenas à discriminação praticada contra negros e não aos judeus é uma violação ao princípio da igualdade, tendo em vista se estaria a aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia ⁶⁸.

7.1.3 O voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro indeferiu o *Habeas Corpus*. Sustentou a possibilidade de crime de racismo contra judeus, e a inexistência de raças humanas. Dentre as citações feitas pelo Ministro, destaca-se:

"Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças [...]." (BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

Ou seja, considerou que se o crime de racismo é aquela conduta típica caracterizada pela discriminação em razão de raças, e não existe subdivisões raciais humanas, então racismo seria sempre um crime impossível.

O Ministro Gilmar Mendes cita textos de diversos autores ⁶⁹ que afirmam que o racismo não se utiliza de critérios meramente biológicos para promover a discriminação, e que ressaltam que historicamente o racismo dispensou a pseudociência criar a sua ideologia.

Nesse sentido, bem conclui Trina Jones, Professora Associada de Direito da Universidade de Duke:

"Raça é o significado social atribuído a uma categoria. É um conjunto de crenças e convicções sobre indivíduos de um grupo racial em particular. Essas crenças são abrangentes, compreendendo convicções sobre a parte intelectual, sobre a parte física, sobre classe e moral, dentre outras coisas.

⁶⁸ Tal colocação é de suma relevância para a interpretação do tratamento dado à questão da desigualdade dos negros, face às demais desigualdades verificáveis na realidade brasileira.

⁶⁹ Outros autores citados para construção dessa linha argumentativa: Kevin Boyle, Norberto Bobbio, Pierre-André Taguieff.

(Shades of Brown: the Law of Skin Color. In: Duke Law Journal, v. 49: 1487,200, p. 1497)." (BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

Tal conceituação considera a possibilidade de subdivisão de raças humanas, mas como um fenômeno social.

Concluiu o Ministro que a definição do "racismo" não tem como referencial o conceito pseudocientífico de "raça", mas um conceito histórico, sociológico e cultural.

7.1.4 O voto do Ministro Carlos Velloso

O julgador indeferiu o *Habeas Corpus*. Na fundamentação de seu voto evocou as conclusões apresentadas no Projeto Genoma Humano, já abordadas anteriormente por outros Ministros.

Sustentou que raça é uma construção social. Nesse sentido:

J.A. Lindgren Alves leciona que "todos de boa-fé sabem que 'raça' é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar". Acrescenta: "o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racista, quase sempre para o mal" (J. A. Lindgren Alves, "A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos", Rev. Brasileira de Política Internacional, 2002, 2/206-208). (BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

7.1.5 O voto do Minsitro Nelson Jobim

O Ministro adotou a argumentação de que se não há raças humanas, o crime de racismo seria sempre impossível, e que o texto constitucional perderia aplicabilidade.

Afirmou a necessidade de se fazer uma retomada histórica do judaísmo para que fosse possível averiguar se os judeus são povo ou raça, e para tanto citou o a retomada histórica feita pelo Ministro Maurício Corrêa.

Essa linha argumentativa considera, pois, que a verificação da existência de um grupo racial depende, então, da análise da história desse povo. Isso afasta a interpretação segundo a qual se levaria em conta apenas se aquele que praticou a discriminação considera o discriminado como pertencente a uma raça.

Questionou se a classificação dos judeus como povo e não como raça afastaria a proteção constitucional. Citou texto de autores ⁷⁰ que afirmaram que o racismo envolve discriminações em função de raça, cor, origem étnica ou nacional, não se podendo considerar que a proteção constitucional se restringiria apenas à discriminação cometida contra os negros.

Assim, o Ministro concluiu que a discriminação contra o povo judeu constitui-se como crime de racismo, embora o povo judeu não possa ser classificado como uma raça.

7.1.6 O Voto da Ministra Ellen Gracie

A Ministra utilizou a definição de raça e de racismo fornecida pela Enciclopédia Judaica Roth e o texto de Wilson Edward para ilustrar que a “teoria das raças” com fundamentos físicos e biológicos já era renegada desde a década de 60. Mas que tais critérios constituem-se apenas um dos postulados da ideologia racista, o que permite que sejam levadas em conta outras definições de “raça” para caracterização do crime de racismo, como a antropológica.

Concluiu que a afirmação de que não há raças levaria à inexistência do crime de racismo. Por tal razão, afirmou que a subdivisão racial humana ainda existe como fenômeno social e, conforme parecer emitido pelo Prof. Celso Lafer “é este fenômeno Social o destinatário Jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII da Constituição Federal e sua correspondente legislação Federal” (BRASÍLIA, STF. HC Nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 2003).

⁷⁰ Miguel Reale Júnior, em parecer; Izidoro Blikstein, Prof. Celso Laffer.

7.1.7 O voto do Ministro Carlos Ayres Britto

Sobre a possibilidade de distinção definição de raça, o Ministro afirmou que os homens não se compartimentam em raças. Não teceu mais argumentações especificamente sobre a questão, mas fez considerações que com ela guardam relação, ao analisar o significado constitucional do termo racismo.

Afirmou que o direito constitucional se utiliza em regra da estrutura popular de linguagem, e excepcionalmente, emprega termos técnicos. O termo “racismo” foi utilizado em sentido coloquial, tendo a Constituição utilizado o vocábulo no mesmo sentido do linguajar popular. Esse núcleo semântico é o presente nas conceituações oferecidas pelos dicionários, que definem o termo designando discriminação ou preconceito ora praticado em face dos negros, ora contra povos diferenciados histórico-culturalmente.

Aduziu ainda eu o inciso IV do artigo 3º da Constituição empregou o termo raça em sentido restrito, distinguindo o racismo – preconceito unicamente de raça – do preconceito de cor. Contudo, o inciso VII do artigo 4º e o inciso XLII do artigo 5º unificou as duas modalidades de preconceito.

Afirmou que a multiracialidade do Brasil implica na impossibilidade da classificação racial em razão de diferenciação antropológica ou por caracteres físicos, mas que devem ser considerados como raça, para efeito de configuração do crime de racismo, tanto os negros quanto os povos que possam ser distinguidos em razão de características histórico-culturais.

7.1.8 Breves apontamentos sobre os votos formulados na decisão

Ao longo da análise dos votos no tocante à caracterização de raças, já foram antecipadas algumas considerações, que nesse momento serão sintetizadas.

O Ministro Moreira Alves foi o único a adotar o posicionamento – ultrapassado – de que é possível classificar os homens em raça com fundamento nas características físicas que possuem.

Essa perspectiva foi utilizada como um mecanismo “pseudo-científico” de se compartimentar os homens em raças. Foi a própria ciência genética, a partir dos avançados estudos do Projeto Genoma Humano que possibilitou que esse argumento fosse superado de forma definitiva.

Nesse sentido são os votos do Ministros: Maurício Corrêa (que ressaltou que além da ciência biológica, há outras perspectivas que oferecem subsídios para a construção do conceito de raça); Gilmar Mendes; Carlos Velloso; e da Ministra Ellen Gracie.

Os demais julgadores dividem-se essencialmente em duas correntes. Primeira defende a impossibilidade de classificação racial. Assim, o crime poderia ser atribuído àquelas condutas discriminatórias que são praticadas com a convicção de que raças existem. Nessa linha, encontram-se os votos dos Ministros Celso de Mello e Carlos Ayres Britto.

A segunda corrente entende que há a possibilidade de classificação de raças, mas não com base nos critérios físicos, mas nos sociais, históricos, culturais e antropológicos. São eles os Ministros: Gilmar Mendes; Nelson Jobim; Carlos Velloso; Maurício Corrêa e Ministra Ellen Gracie.

A segunda corrente apresenta um argumento mais consistente: não é o critério biológico o único para caracterização de raças. Há outras questões a serem analisadas. Por essa razão, não se pode ignorar todo o passado de opressões com fundamento na raça. Se a divisão raças não existe na fisiologia humana, ela perdura no senso comum, e é responsável por perversos efeitos na configuração do perfil da desigualdade, sobretudo em países que utilizaram no passado a mão-de-obra escrava de afro-descendentes.

Deve-se ressaltar que ainda que houvesse a possibilidade de classificação racial entre os homens, fosse por critérios científicos, sociais ou antropológicos, o princípio da igualdade não permitiria a discriminação e o preconceito.

7.2 Os problemas a serem solucionados para implementação das ações afirmativas no acesso à educação superior para os negros no Brasil

As ações afirmativas para acesso dos negros ao ensino superior vêm acarretando problemas de diversas ordens, que decorre da inadequação de tais políticas. A seguir serão analisados alguns desses problemas.

7.2.1 Primeiro problema: a fixação do critério de discriminação segundo a relação entre o nível de diferença e o objetivo das ações afirmativas

A questão mais complexa para a formulação de ações afirmativas é a definição do critério a ser utilizado para discriminar os destinatários de tais políticas.

Neste caso, tal distinção deve guardar relação com o nível da diferença existente entre negros e pardos com o objetivo que a discriminação visa: a igualação desse grupo de pessoas no acesso à educação superior.

Uma das medidas de ações afirmativas mais recorrentes no Brasil atualmente é a reserva de cotas em universidades para negros. Os critérios utilizados para a definição dos beneficiários têm como finalidade a identificação de quem é negro, seja pela auto-declaração, que é feita pelo candidato; seja pela análise dos candidatos (feita pessoalmente ou por meio de foto), por uma comissão específica.

O critério de discriminação adotado nessa modalidade de ação afirmativa não guarda relação direta entre o nível da diferença existente e o objetivo que a ação afirmativa visa.

Não é o fato da pessoa negra que a impede de ingressar nas universidades, mas pelo fato de não dispor de meios para competir no processo seletivo das faculdades públicas (ainda que esse despreparo seja consequência da discriminação sofrida); ou de não ter recursos para arcar com o ensino superior privado.

As medidas afirmativas de reserva de cotas para negros no mercado de trabalho estabelecem relação direta entre o nível de diferença e o critério discriminatório. Ainda quando se encontram em igualdade de condições os negros, freqüentemente, enfrentam um critério de desigualação fundado no preconceito, que

muitas vezes é o determinante para a exclusão dos negros em processos seletivos para emprego.

O problema do acesso à educação pelos negros é a condição sócio-econômica em que se encontra a maioria dos negros, que a leva a depender do ensino público deficiente.

Em consonância com esse entendimento, o juiz Mauro Spalding (2004) sustentou que *“Atacar a causa pelo efeito há muito tem demonstrado sua ineficiência, não recomendando, portanto, o referendo do Poder Judiciário”*. Afirmou, ainda, que o critério para ingresso na universidade deve ser a aptidão intelectual e que a questão da reintegração social e racial no Brasil deve passar pela melhoria do ensino fundamental e médio, da remuneração dos professores de escolas públicas e do investimento na capacitação técnica destes.

A inadequação do critério de verificação do beneficiário das ações afirmativas dá margem a questionamentos por parte dos “não-beneficiários” de tais medidas, o que gera incredulidade e descontentamento e dificulta a implementação das medidas afirmativas.

Exemplificativamente, pode-se citar que a inadequação do critério pode criar o seguinte problema: se o critério se fundamenta apenas na cor do beneficiário a reserva de cotas para negros nos cursos oferecidos em universidades particulares não surtirá os efeitos esperados.

De que adiantaria incentivar a reserva de vagas em universidades particulares se os negros que delas necessitam são aqueles que não se encontram em igualdade de condições de competição em razão de falta de recursos financeiros (e não teriam como pagar o curso superior)?

Se aos negros fossem dispostos os mesmos recursos (mesma qualidade de ensino e mesma situação sócio-econômica) obviamente conseguiriam ingressar na universidade sem medidas afirmativas.

Destarte, se tiverem que arcar com os custos da educação superior, os negros ingressariam nos cursos e não terão condições financeiras para concluí-los. Esse não é o objetivo das ações afirmativas.

7.2.2 Segundo problema: dificuldade de identidade étnica no Brasil

Em 1968, o Departamento de Estado dos Estados Unidos financiou a visita de um grupo de cerca de 80 jovens estudantes brasileiros a várias instituições norte-americanas. Como parte da agenda, o grupo brasileiro se encontrou com líderes negros da Universidade de Harvard que discursaram sobre as recentes conquistas dos direitos civis para os negros naquele país. Em uma discussão subsequente, alguns dos estudantes brasileiros opinaram que as reformas americanas não afetavam o sistema capitalista, problema central que perturbava as sociedades modernas. Nesse momento, surgiram concepções radicalmente distintas sobre quais eram os problemas sociais fundamentais e, percebendo o impasse ideológico, os dois líderes norte-americanos chamaram a atenção para o fato de que entre os oitenta brasileiros, apenas sete ou oito eram negros. Onde estava a democracia racial se os negros estavam tão sub-representados no grupo brasileiro? Após a reunião, os brasileiros começaram a refletir, não sobre a sub-representação dos negros em seu grupo, mas sim preocupados com o fato de que mais de uma ou duas pessoas de sua delegação eram consideradas negras. (TELLES, 2003, p.103).

A segunda questão está na dificuldade – ou total impossibilidade – de definição precisa de raça no Brasil.

Insta ressaltar que não há diferenças genéticas entre os homens suficientes para enquadrá-los em diferentes raças. Ou seja, do ponto de vista biológico, não existe raça humana. Os estudos que consideram fatores raciais nem de longe pretendem levar em conta informações de caráter biológico.

O que se pretende é estudar a forma como a discriminação e a desigualdade se desenvolvem a partir de distinções feitas entre os homens segundo um conceito de raça construído socialmente.

Nesse sentido, considera que Bobbio que o termo raça:

Tal como é comumente usado, não tem um fundamento científico.i[2] (...) Na realidade, os caracteres biológicos, transmitidos por via hereditária, distribuem-se através de uma linha contínua, nas diversas partes do mundo, de tal modo que, em cada um dos grupos humanos, é possível verificar a predominância de determinadas características. Contudo, os caracteres predominantes num grupo vão-se juntando gradualmente aos dos grupos vizinhos, acabando por não ser possível distinguir um determinado grupo com base nos caracteres biológicos. (BOBBIO, 1986. p.449).

Por essa razão as pesquisas feitas pelo censo levam em conta a auto-declaração do entrevistado. *“A auto-identificação da cor ou categoria racial dos entrevistados do censo pode resultar de um processo reflexivo e complexo oriundo*

da socialização, ao invés de ser meramente uma ação refratária de categorização feita por terceiros". (TELLES, 2003, p.114).

Não se pode conceber um critério de seleção dos destinatários das ações afirmativas que desde a sua elaboração assume a potencialidade de se amofinar, pela inaplicabilidade (seja pela possibilidade de o não-negro arditosamente se autodeclarar negro, seja pela impossibilidade de se identificar precisamente quem é negro).

A compreensão da raça varia de um país para o outro, e em um mesmo país pode haver divergências em torno da questão.

Primeiramente, o termo "cor" no Brasil equivale ao termo em inglês *race* é usado para expressar uma combinação de características físicas, inclusive a cor da pele, o tipo de cabelo, a forma do nariz e dos lábios, sendo que os traços físicos das categorias não-brancas normalmente possuem conotações negativas. No Brasil, dá-se preferência ao termo "cor" porque este capta a idéia de continuidade entre as categorias de raça que se sobrepõem. (TELLES, 2003, p.104).

No Brasil a idéia de que cada indivíduo pertence a uma determinada raça (idéia de identidade racial) não é expressiva. Talvez isso seja resquício do mito da democracia racial.

Em outros países, como os Estados Unidos e África do Sul, onde foram criadas normas que impunham a segregação racial, é forte a questão da identidade racial. Naquele países as normas continham critérios que visavam classificar cada pessoa de forma precisa em uma determinada raça.

Para reduzir o grau de incerteza, foi adotado nos Estados Unidos sistemas (utilizados judicialmente) que visavam a eliminação de "raças intermediárias", que já eram reconhecidas em alguns estados pela categoria de "mulatos". O sistema baseava-se na "descendência mínima" (hypo-descendent) ou de "uma gota de sangue" (one drop) para englobar os pardos na classificação de negros. Já na África do Sul o critério da ascendência era combinado com o da aparência.

É interessante a observação de Telles (2003) no sentido de que enquanto a miscigenação racial foi vista como forma de branqueamento no Brasil, foi ela responsável pela maior inclusão de pessoas na categoria de negros nos Estados Unidos.

Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos e na África do Sul, no Brasil não houve edição de leis de classificação racial. A "elite" brasileira optou pela

estratégia do branqueamento da população. Porém, o que era para ser um mecanismo de identificação das raças tornou-se o principal motivo a fluidez da classificação racial brasileira – baseada, em regra, exclusivamente na aparência.

Entre brancos e negros existe um “*continuum*” de cores

(...) sendo que cada sistema possui um conjunto de categorias que variam em número grau de ambigüidade? São esses: (1) os censos com suas três categorias (branco, pardo e preto) ao longo de um continuum; (2) o discurso popular que utiliza categorias múltiplas, inclusive o termo especialmente ambíguo moreno e (3) o sistema do movimento negro, cada vez mais adotado, que geralmente usa os termos negro e branco. (TELLES, 2003, p.105)

Acredita-se que os censos amoldam a visão nacional a respeito das raças. No Brasil, a partir de 1950 as categorias de raça utilizadas pelos censos foram: branco, preto, amarelo e pardo. Nos censos realizados em 1991 e em 2000 foi incluída a categoria racial indígena.

Em 1976, em uma pesquisa com perguntas abertas feita com 82.577 brasileiros, obteve-se 135 termos para identificação de cor de pele. Se por um lado tal número denota a questão da dificuldade de identificação racial precisa no discurso popular brasileiro; por outro lado deve-se observar que a maioria dos entrevistados utilizou em torno de cinco termos.

Em pesquisa semelhante, realizada em 1995, o resultado obtido demonstrou que 92% dos entrevistados só utilizou 5 termos.

Assim, no estágio atual em que a questão racial se encontra no Brasil há imensa dificuldade em se determinar precisamente a raça das pessoas que não se encontram nos extremos das classificações (brancos e negros).

Se o critério da auto-declaração por um lado abre espaço para fraudes, porque um branco pode se auto-declarar negro, confiante da impossibilidade de que se possa aferir a identidade étnica; por outro pode criar um constrangimento aos candidatos. Vários estudos indicam a existência de uma espécie de “preconceito intraracial” no Brasil. Neste sentido é o resultado da pesquisa divulgada na Folha:

Se a repetição irrefletida de uma frase pode ser considerada uma manifestação de preconceito racial, 48% dos negros estão na berlinda: este é o percentual dos que concordam, total ou parcialmente, com a frase “negro bom é negro de alma branca”. O Datafolha apurou outros indicadores desta espécie de “preconceito intraracial” (...) 8% dos negros,

por exemplo, consideram os brancos mais inteligentes que os negros. (STYCER, 1995).

7.3 Da possibilidade daquele pode se utilizar da medida afirmativa optar por não a utilizar

A primeira questão se refere à possibilidade ou não daqueles que poderiam se servir das ações afirmativas não a utilizarem. Assim, aos negros deveria ser dada a possibilidade de decidir se desejam utilizar ou não as cotas.

Conforme analisado anteriormente, a medida da desigualdade dos negros está na questão da desvantagem econômica em que a maioria deles se encontra. Considerando que nem todos os negros se encontram nessa situação desfavorável, poderiam estes negros, que não necessitam das ações afirmativas para ingressar na faculdade, inscrever-se para as vagas destinadas aos não-negros?

Há uma grande contingente de negros que desejam prestar vestibular sem que a cor de sua pele seja considerada. As razões são as mais diversas⁷¹. Uma pesquisa revelou que apenas 12% dos negros que chegaram à universidade apóiam os programas de reserva de cotas em questão (STYCER, 1995). Além disso, há aqueles que temem sofrer retaliação dentro da faculdade ou no mercado de trabalho por terem sido beneficiados pelas cotas, ou acreditam que o mérito que possuem possa vir a ser alvo de questionamentos. Há ainda aqueles negros que não se sentem como tal.

⁷¹ Ricardo, que se define como negro, não se declarou como tal no momento da inscrição. Apesar de ter feito 74 pontos no vestibular, não conseguiu vaga no curso de direito da UERJ. "Entre os estudantes da rede pública", disse Ricardo, "teve gente que se classificou com 58,75 pontos. Sou contra a reserva de vagas e seria hipocrisia me candidatar à cota para negros". (...)Podemos apenas imaginar o dilema de Ricardo, contrário à reserva de vagas para negros e pardos, ao deparar-se com a pergunta n 24, do questionário: "De acordo com o decreto n 30.766, de 04/03/2002, declaro, sob penas da lei, identificar-me como negro ou pardo: ()S-Sim/() N-Não." As instruções do edital advertem que se o campo permanecer em branco, o preenchimento será considerado "não". Supondo que não preencheu o campo, Ricardo virou uma espécie de "branco honorário". O edital também adverte que os candidatos se definem racialmente "sob penas da lei". Sabe-se que a autodeclaração foi adotada pelo consenso de que não há critérios objetivos, por assim dizer, para classificar os indivíduos "racialmente". Mas a lei contradiz a si mesma! Ela afirma que não há critério objetivo de classificação racial (o candidato se autodeclara) e também afirma que há critério objetivo (a frase "sob penas da lei" pressupõe a possibilidade de fraude, o que, por sua vez, pressupõe algum critério objetivo para definir o status racial dos indivíduos). Ricardo Menezes da Silva é uma das vítimas de uma brusca mudança na maneira pela qual a Assembléia Legislativa e o Executivo do Estado do Rio de Janeiro pensam (ou não pensam), definem (ou não definem) as supostas diferenças de "raça" quando distribuem valores, representações, e, neste caso, bens públicos. (FRY, 2003).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A posição sócio-econômica ocupada por grupos sociais historicamente marginalizados denota a insuficiência da mera proibição jurídica da discriminação não-fundada em princípios constitucionais.

A baixa-representatividade de certos grupos nos segmentos da sociedade mais prestigiados intelectual e economicamente é consequência das distinções que lhes foram artificialmente impostas ao longo do tempo.

Para elaboração das ações afirmativas deve-se verificar qual espécie de desigualdade se pretende combater e qual grupo de pessoas se encontra na situação de desigualdade.

Não se pode afirmar que é a cor da pele o fator impediante do acesso às vagas da universidade pelos alunos egressos de escolas públicas, uma vez que tais alunos não são unicamente da cor negra, embora a maioria seja composta de negros.

Além disso, conforme se analisou no presente trabalho, a maioria dos pardos e negros brasileiros possui baixa renda, e por isso estudam em escolas públicas. Dentre os problemas do sistema educacional brasileiro estão a baixa qualidade nos ensinos fundamental e médio e a falta de vagas nas universidades públicas.

Tais problemas são estruturais, e não podem ser resolvidos de forma retroativa. Ou seja, aqueles alunos egressos de escolas públicas possuem um déficit educacional e não estão em igualdade de condições com os alunos egressos de escolas particulares para competirem pelas escassas vagas nas universidades públicas. O tradicional sistema do mérito como fator de seleção não pode ser considerado imparcial diante desse cenário.

Mas não se pode, em razão disso, negar o direito de igualdade no acesso ao ensino superior a todos. Assim como não se deve manter o sistema de seleção, que por trás de uma aparente neutralidade esconde um mecanismo excludente em relação aos egressos de escolas públicas; seja por aplicar ações afirmativas inadequadas ao tipo de desigualdade que se pretende combater, capazes de criar novas segregações.

As ações afirmativas surgem como forma de discriminação lícita, realizada por meio de políticas que desigualam os homens na medida da desigualdade em que se encontram, a fim de realizar de forma efetiva a igualdade.

Quando da implementação das medidas positivas deve-se adotar critério de discriminação que seja harmônico com os princípios constitucionais e que guarde relação com o nível da diferença existente entre as pessoas e com o objetivo que a discriminação visa. Para tanto, deve ser realizado um juízo de adequação do princípio da igualdade à discriminação que se pretende estabelecer no caso concreto.

Uma das ações afirmativas adotadas no Brasil é a de reserva de cotas para negros em universidades públicas, utilizando-se o critério da auto-declaração do candidato e da análise de fotos por comissão instituída para verificar qual a raça do estudante.

Embora os Estados Unidos tenham logrado relativo êxito nesta modalidade de Ação Afirmativa, o modelo norte-americano é inadequado à realidade do Brasil. Na busca da identidade racial, aquele país adotou critérios (como o da “única gota de sangue” e da descendência mínima) que, se aplicados no Brasil, incluiriam a maioria da população na raça negra. Ao invés de haver uma seleção de beneficiários, estar-se-ia mitigando as reais diferenças sócio-econômicas existentes entre os brasileiros.

O conceito de raça humana – indefensável do ponto de vista biológico – é considerado para efeitos do presente estudo como construção social tendente a criar a desigualação entre os homens pela supervalorização de diferenças que possuem.

Os critérios discriminatórios antes mencionados não guardam relação direta com o nível da diferença ostentada, pois não é diretamente por ser negro que esse grupo de pessoas não ingressa nas universidades, mas pelo fato de não disporem de meios iguais para competirem no processo seletivo.

Além disso, há impossibilidade de determinação precisa de raças no Brasil, o que dificulta a aplicação de critérios para definição dos beneficiários das cotas estabelecidas para negros.

O nível de desigualdade no acesso à educação pelos negros é de cunho sócio-econômico, pois em sua maioria são estudantes do ensino público e não se encontram igualdade de condições para competirem pelas oportunidades de acesso

ao ensino superior gratuito, dada a inferioridade da qualidade dessa educação em relação à particular.

Por outro lado, a maioria dos negros não dispõe de condições econômicas para arcar com os custos do ensino superior particular.

Como a desigualdade do negro no Brasil é sócio-econômico, nem todo negro necessita das ações afirmativas para ingressar na universidade, tendo em vista que os negros com capacidade econômica para arcar com os custos da educação privada não se encontram em situação de desigualdade.

Assim, os objetivos das ações afirmativas seriam atingidos de forma mais eficaz se o critério de discriminação positiva levasse em conta o grau de desigualdade existente: a hipossuficiência econômica e a deficiência de preparo técnico dos estudantes egressos da escola pública.

A estipulação de cotas por meio de critério econômico somado à formação do candidato (em escolas públicas) pode não alcançar somente os negros. Contudo, como a maioria daqueles que concomitantemente apresentam esses dois fatores de desigualdade é negra. Assim, ainda que por meio da seleção dos candidatos por meio que não se destinassem especificamente aos negros haveria um aumento no ingresso de negros nos cursos superiores.

Pela adoção do critério fundado na baixa capacidade econômica e no fato de o estudante vir de escola pública, podem ser beneficiadas pelas cotas pessoas não-negras. Mas ainda assim essas pessoas também se encontram em situação de desigualdade, e não seria injusto beneficiá-las pelas ações afirmativas.

Lado outro, quando se adota o critério da auto-declaração é possível que não-negros ingressem na universidade com o auxílio das cotas.

Da mesma forma, a instituição de uma comissão examinadora da aparência dos candidatos para verificar se são negros – conhecida como “tribunal racial” – possibilita que negros que não necessitam das ações afirmativas (por terem condições financeiras e preparo suficiente para ingressarem em cursos superiores) sejam beneficiados.

Para que se mantenha (ou se estabeleça) a harmonia nas relações sociais deveriam ser promovidos debates sobre o significado das ações afirmativas, pois não se pode pretender que a sociedade o compreenda imediata e pacificamente. Isso implica em um potencial de conflitos de cunho racial, causando aos

beneficiários das medidas o sofrimento com o preconceito e o constrangimento ao ingressarem na universidade.

As diferenças entre a forma como o racismo se desenvolveu no Brasil e nos EUA reflete a inadequação dessas medidas para a realidade brasileira, caso seja adotada nos mesmos moldes aplicados nos EUA.. Neste país a segregação ocasionou a menor miscigenação do povo, e a conseqüente facilidade em se distinguir negros de brancos.

Não se deve desconsiderar a importância da ideologia da democracia racial, pois ela desempenhou papel fundamental no definhamento do mito da supremacia da raça branca, tendo sido ainda responsável pelo atrelamento da questão racial ao sentimento de orgulho nacional.

Embora desde 1950 já se tenha denunciado que aquela ideologia era inconsistente – por negar a existência de racismo no Brasil – apenas na década de 90 o Estado brasileiro a abandonou (reconhecendo a existência de racismo) e passou a implementar medidas positivas para o combater a desigualdade racial.

Preliminarmente, para que se possa cogitar qualquer medida afirmativa é necessário que seja determinada a espécie de desigualdade se pretende combater; se tal desigualdade demanda atuação positiva para ser combatida; e qual grupo de pessoas se encontra na situação de desigualdade.

Não se pode concluir que pelo fato de um grupo de pessoas não ter representatividade em determinado seguimento da sociedade há desigualdade capaz de ensejar medidas afirmativas. Tal falta de representatividade pode ter origem em fatores que não a discriminação ilícita, e que são legítimos.

As características próprias de cada grupo de pessoas, as suas tradições e culturas podem gerar diferença entre os ramos de atuação. Conforme já ressaltado, as pessoas não são idênticas, mas possuem igual importância. As diferenças podem ser determinantes no sucesso em determinado setor e no fracasso em outro setor.

O que se pretende não é que cada setor reflita exatamente a composição étnica da sociedade. Mas quando a cor da pele é o fator impediante do ingresso de determinada pessoa ou grupo de pessoas em dado setor – acarretando nesse uma ausência de representatividade do grupo – em razão do preconceito praticado no presente ou, ainda, como conseqüência do preconceito praticado no passado, urge a atuação positiva instauradora da igualdade.

Deve-se ainda atentar, para a formulação de políticas públicas adequadas, para a necessidade de se respeitar a autonomia privada dos beneficiários, de forma a não limitar excessivamente os seus espaços de atuação.

Há ainda de se buscar mecanismos de ampliação da discussão pública, como meio de se permitir que os destinatários da norma possam considerar-se autores das mesmas. A elaboração de políticas públicas afastadas das reais necessidades dos beneficiários implica na falta de reconhecimento da autonomia pública, e da consideração igual de todos os participantes da formulação normativa.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**; Poética. São Paulo: Nova Cultural, 1987. 281p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. 176p

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 340 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327p.

BARELLA, José Eduardo; Ribeiro, Antônio. **A morte de um inocente**: Polícia inglesa confunde brasileiro com terrorista e o mata com sete tiros na cabeça. Veja, 03 ago. 2005. Disponível em <http://veja.abril.com.br/030805/p_086.html > Acesso em 03 out. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Interesse Público, Sapucaia do Sul , v.3, n.11 , p.42-73, jul./set. 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.. **Globalização da discriminação e insegurança mundial**. Política Externa, São Paulo: Paz e Terra, v. 15, n. 2, p. 33-44, set./nov. 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. 184p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986. 1318p.

BORGES, Arnaldo. **Origens da filosofia do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1999. 112p.

Brasil. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro:

Diário Oficial da União, 1891.

Brasil. **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1934.

Brasil. **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1937.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1967.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

Brasil. **Emenda Constitucional n. 1**. Brasília: Diário Oficial da União, 1969. Disponível em <http://www.soleis.com.br/constituicoes_do_brasil.htm> Acesso em 15 set. 2005.

BRASIL. Lei n.8.666, 21 de jun. 1993. Regulamenta o art. 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 .

BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em <http://www.soleis.com.br/constituicoes_do_brasil.htm> Acesso em 15 set. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 488p.

COSTA, Adriano Soares. **Ainda sobre Obrigação e Crédito Tributário**: Resposta a Tácio Lacerda Gama. Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=557>. Acesso em: 01 jan. 2008.

COUTO, Carlos A. **Tarso Genro anuncia diretrizes para a reforma da educação superior**. Últimas Notícias. Disponível em: <http://www.mec.gov.br/reforma/Noticias_Detalhe.asp?Codigo=6040> Acesso em 17 out. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 486p

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. 415 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221p.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2003. 77p.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

DWORKIN, R. M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

DWORKIN, R. M. **Uma questão de princípio**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593p.

ENSINO médio público tem déficit de 250 mil professores, diz Inep. Folha Online. 15 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u17019.shtml>> Acesso em: 02 nov. 2007.

FADEL, Evandro. **Justiça acaba com cotas para negros na UFPR**. Estadão. São Paulo, 07 dez. 2004.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Crítica ao princípio da proporcionalidade como fundamento das decisões judiciais: abordagem à luz da teoria discursiva do direito**. 2007. 175f.

FRANÇA, Ronaldo; ROGAR, Sílvia. **Não deu certo - Sistema de cotas para negros, pardos e alunos de escolas públicas desmoraliza o vestibular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. VEJA. 26 fev. 2003. Disponível em <http://veja.abril.com.br/260203/p_070.html> Acesso em 26 out.2005.

FRY, Peter. **Introduzindo o racismo**. O Globo. Rio de Janeiro, 21 mar.2003.

Disponível em: <<http://www.ufmg.br/inclusaosocial/texto-peterfry.htm>> Acesso em 20 out. 2005.

FUÃO, Juarez José Rodrigues. **Colonização e racismo nos Estado Unidos da América**. Biblos (Rio Grande), Rio Grande , v.13 , p.55-66, jan. 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no estado democrático de direito**: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 36. n. 143. p. 191-208. jul./set. 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: (o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444p.

Gomes, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade** (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 454p.

GUÉRIN, Daniel. **Descolonização do negro americano**. Lisboa: Ulisseia, c1963. 262p

GUIMARÃES, Antonio Sérgio A; HUNTLEY, Lynn. **Tirando a máscara**: ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 434p.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. 423p

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. nv.

Kant. I. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: 70 ed, 1986.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira**: necessidade ou mito? Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. 311 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 159p.

LUIZ, Antônio Filardi. **Curso de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 256 p

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 209p.

MELO, Fabiana. **Menor presa**: conselheiro teme represália por denúncia. TV Câmara. 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=%20114536>> Acesso em: 04 dez. 2007.

MORGAN, Edmund S. **Escravidão e liberdade**: o paradoxo americano. Estudos Avançados, São Paulo, v.14, n.38, jan./abril.2000, p.121-150

MOTTA, Athayde. **Outubro é o Mês da História Negra....na Grã-Bretanha!**:Eventos em várias cidades debatem cultura negra e racismo britânicos. 2003. Disponível em <http://www.afirma.inf.br/textos/novembro_colu_athayde.rtf> Acesso em 07 out. de 2005.

MUNANGA, Kabengele. **Estratégias e políticas de combate a discriminação racial**. São Paulo: Edusp, 1996. 296p.

PACHECO, Eliezer; AÚJO, Carlos Henrique. **Pesquisa Nacional Qualidade da Educação**: a escola pública na opinião dos pais. 2005. Disponível em <http://www.inep.gov.br/download/imprensa/2005/censoescolar/relatorio_qualidade.doc> Acesso em 22 out 2005.

PEREIRA, Camila. **Cota, sim, mas com mérito**: Um programa gaúcho leva estudantes da rede pública à universidade – e sem assistencialismo. Veja. 19 out 2005. Disponível em <http://veja.abril.com.br/191005/p_063.html>. Acesso em 14 set. 2005.

PORTELLA, Eduardo. **Gilberto Freyre**: além do apenas moderno. Rumos. Brasília, n. 1, dez.98 ; jan.99. p. 36-43

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/d, p. 35 a 37.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: volume 1 : antiguidade e idade média. 3.ed. São Paulo: Paulus - SP, 1990. 693p.
Revista: Política Externa. Vol. 15, n o 2. Setembro/Outubro/Novembro.

RIBEIRO, Antônio. **A polícia mentiu**: A Scotland Yard tentou encobrir as falhas que causaram a execução de Jean Charles. Veja, 24 ago. 2005. Disponível em <http://veja.abril.com.br/240805/p_086.html> Acesso em: 20 out. 2005.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Ação Afirmativa**. Belo Horizonte, out. 2003. disponível em: <www.carmenrocha.com.br> Acesso em 10 set. 2005.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Le,c 1990. 124p

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995. 371p

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996. 818p.

STYCER, Maurício. **Negro X Negro**: Metade dos negros diz concordar que “negro bom é negro de alma branca”. Folha de São Paulo. Caderno Especial “Racismo Cordial”. São Paulo, 25 jun. 1995. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/almanaque/racismo11.pdf>> Acesso em 31 set. 2005.

TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003. 347p.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. 216p.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ZELINI, Hércio. **Reitor negro diz que o entrave é econômico**. Folha de São Paulo. Caderno “Racismo Cordial”. São Paulo, 25 jun. 1995. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/almanaque/racismo11.pdf>> Acesso em 31 set.

2005.
