

## **Políticas Públicas Fundadas na Raça e Políticas Públicas de Combate ao Racismo: As Concepções de Igualdade na Análise da Constitucionalidade das Cotas Raciais no Ensino Superior.**

### **Resumo**

O texto analisa dois argumentos sobre a inconstitucionalidade das cotas raciais no ensino superior: a lesão ao Princípio da Igualdade, responsável por vedar distinções não expressas, e a afronta à proibição de considerar a raça como forma de desequilíbrio entre os cidadãos. Argumenta-se que eles representam um legado formalista, redutor da igualdade à igualdade formal, e um legado economicista, redutor da igualdade material à igualdade de renda. Ao contrário, propõe-se que as desigualdades raciais integram o gênero desigualdades sociais, e as políticas específicas para grupos racialmente discriminados estão autorizadas constitucionalmente numa leitura sistemática da Constituição.

**Palavras-chaves:** Políticas de Ação Afirmativa; Direitos Fundamentais; Princípio da Igualdade; Raça

Racial quotas in higher education: The injury to the Principle of Equality?

### **Abstract**

The paper examines two arguments used to advocate the unconstitutionality of racial quotas in higher education: the injury to the Principle of Equality, responsible for forbidding non expressed distinctions, and the offense to the prohibition of considering race as a type of unbalance among citizens. It is stated that both of them represent a formalist legacy, which reduces equality to formal equality, and a economical legacy, which reduces material equality to income equality. Rather, it is proposed that racial inequalities constitute a kind of the category social inequalities, and policies specific to racially discriminated groups are constitutionally authorized by a systematic reading of the Constitution

**Keywords:** Affirmative Action Policies; Principle of Equality; Race

**Cristina Zackseski**

**Evandro Piza Duarte**

## Introdução

Políticas de ação afirmativa não são novidade na ordem constitucional brasileira. Diversos grupos foram incluídos na agenda das ações estatais nas últimas décadas. À primeira vista, os pressupostos favoráveis a tais políticas poderiam ser facilmente estendidos aos negros. Por isso, na defesa das políticas de ação afirmativa, contam-se diversos trabalhos acadêmicos, cujo eixo temático central é o Princípio da Igualdade.<sup>1</sup> Há, nesta produção científica, uma convergência no reconhecimento de que a igualdade não é auto-evidente em termos históricos. Ao contrário ela é dinâmica, dependente das lutas sociais, e valorativa, pois vinculada às concepções de Dignidade Humana presente em dada sociedade.

Seu caráter não substancial (histórico, dinâmico e valorativo) torna-se ainda mais evidente em países nos quais convivem velhas e novas desigualdades. O observador cotidiano pode facilmente comprovar, neste caso, que a igualdade formal conferida aos cidadãos é lesada nas mais diversas formas, desde o tratamento desumano destinado aos suspeitos infratores, passando pela distribuição de honrarias típicas de ordens estatamentais, até a apropriação clientelista de direitos sociais aos grupos em desvantagem econômica. Entretanto,

---

<sup>1</sup> Citam-se algumas, apenas como exemplo: AZEVEDO, Damião Alves de. A Justiça e as cores. A possibilidade de Adequação Constitucional das Políticas Públicas Afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior. Dissertação ( Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007. FIGUEIREDO, Isabel Seixas de. Ações Afirmativas e Transformação Social. Uma abordagem constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003. SILVA, Kelsen Eustáquio da Silva. Racismo e igualdade: O processo de regulamentação das políticas sociais de combate ao racismo e de valorização das populações Afro-Brasileiras, presente na Constituição Federal de 1988. Monografia( Bacharelado em Direito), Centro Universitário do Triângulo, Uberlândia, 2001. SILVA FILHO, Antônio Leandro. Hermenêutica Constitucional, o metaprincípio da igualdade e as ações afirmativas para afrodescendentes: perspectivas em Ronald Dworkin. Monografia( Bacharelado em Direito), Complexo de Ensino Superior do Brasil, Curitiba, 2004. ALVES, Ricardo Barbosa. Racismo e Ações Afirmativas. Dissertação( Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. MOEHLECKE, Sabrina. Fronteiras da igualdade no Ensino Superior: Excelência & Justiça Racial. Tese ( Doutorado em Educação), Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. MOEHLECKE, Sabrina. Propostas de ações Afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior. Dissertação ( Mestrado em Educação), Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. LIMA, Silmara Aparecida de. O Estigma Racial .Monografia ( Bacharel em Direito), Escola de Direito e Relações Internacionais, Complexo de Ensino Superior do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2006. ABREU, Luiz Alberto Lemme de. A (IN) EFICÁCIA DA LEI Nº 7.716/89 NO COMBATE AOS CRIMES DE RACISMO. Monografia ( Bacharel em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. DIAS, Brenda Rosa Barreto Fonseca. Juventude negra exposta: A influência do racismo no processo de criminalização juvenil brasileiro. Monografia( Graduação em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. VERFE, Wallace Wolski. O princípio Constitucional da igualdade à luz das políticas de ação afirmativa para negros no Ensino Superior Público. Monografia( Graduação em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. NOVATO, Camila Martins. Ações Afirmativas para negros nas universidades: Resgate histórico e instrumento de concretização da igualdade. Monografia ( Graduação em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

é também nestes países que a desigualdade cotidiana é representada ideologicamente como o produto de uma ordem hierárquica que se apresenta como “natural”.

Por sua vez, no plano jurídico, os obstáculos apresentados para negar a possibilidade de adoção de políticas de ação afirmativa para negros se traduzem numa leitura peculiar da Constituição, segundo a qual, as cotas raciais, para ingresso no Ensino Superior, lesariam o Princípio da Igualdade, pois ele proibiria qualquer distinção perante a lei que não estivesse prevista expressamente no texto constitucional. Em outras palavras, apresenta-se uma leitura que, em primeiro lugar, traduz a igualdade como igualdade formal. A esta percepção formalista, se agrega, em segundo lugar, o argumento de que as cotas raciais afrontariam diretamente a proibição de considerar a raça como forma de desequilíbrio entre os cidadãos, criando uma abominável discriminação relativa à cor ou a raça, até então inexistente.

O presente texto busca evidenciar os equívocos destas duas assertivas complementares que representam a convivência, não sem contradições, de duas concepções de igualdade: um legado formalista que reduz a igualdade à igualdade formal e um legado economicista que reduz a igualdade material à igualdade de renda. Pretende-se, ao contrário, demonstrar como as desigualdades raciais podem ser incluídas no gênero “desigualdades sociais” e como a Constituição Federal autoriza a possibilidade de políticas públicas que tenham como destinatários grupos racialmente discriminados.

### **Políticas Públicas Fundadas na Raça e Políticas Públicas de Combate ao Racismo: O Racismo como Sistema de Valores que Afeta a Comunidade**

Marçal Justen Filho destaca que são “obviamente incompletas as afirmativas de que ofende a isonomia a diferenciação fundada na raça, no sexo ou credo religioso.”<sup>2</sup> De fato, na conhecida distinção adotada por José Afonso da Silva:

“O princípio (da igualdade) não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual - esclarece Petzold - não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim como ‘essenciais’ ou ‘relevantes’, certos

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71.

aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos ‘essenciais’ previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas ‘situações idênticas’, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.”<sup>3</sup>

Nesse contexto, o conceito de igualdade material, uma das dimensões da igualdade, representa um compromisso do Estado e, conseqüentemente, do sistema jurídico em combater os principais fatores históricos de desigualdade. Não se trata de mera assunção do fato à lei, mas da consideração da lei e de todo agir da Administração Pública perante o conjunto dos sistemas de valores constitucionais.

Todavia, qual é o argumento subjacente que permitiu dar ao conceito de igualdade material tão largo uso no âmbito das políticas públicas? A distinção (e tensão) entre os conceitos de desigualdade natural e desigualdade social, pois, conforme Norberto Bobbio:

“A diferença entre desigualdade natural e desigualdade social é relevante para o problema do preconceito pela seguinte razão: com freqüência o preconceito nasce da superposição à desigualdade natural de uma desigualdade social que não é reconhecida como tal, sem portanto que se reconheça que a desigualdade natural foi agravada pela superposição de uma desigualdade criada pela sociedade e que, ao não ser reconhecida como tal, é considerada ineliminável.”<sup>4</sup>

De outra parte, a distinção implica num uso político, pois, como as desigualdades naturais são mais difíceis de serem vencidas, “aqueles que resistem às reivindicações de maior igualdade são levados a considerar que as desigualdades são, em sua maior parte, naturais e, como tais, invencíveis ou mais dificilmente superáveis.” Ao contrário, os defensores das ações estatais consideram que as desigualdades são, sobretudo, sociais ou históricas.<sup>5</sup>

Quando se considera um indivíduo concreto em suas limitações relacionadas à desigualdade natural, ele trava uma luta contra si mesmo. Porém, quando se considera a desigualdade social, sua luta de superação dirige-se contra as limitações criadas pela sociedade. De fato, todo indivíduo está exposto a limites naturais, sendo as doenças terminais a prova mais decisiva dessas limitações. Malgrado o acento dado pelas ideologias

---

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 219.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002, p. 123.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002, p. 123.

conservadoras sobre as desigualdades naturais entre os homens, as limitações impostas pela natureza a todos (sobretudo, a mais fatal de todas, a finitude humana, e, a mais comum delas, a dependência para com os demais e para com a natureza) sugerem que mais do que de desiguais por natureza, a humanidade é composta por singularidades semelhantes e interdependentes. Por sua vez, o caso extremo das doenças terminais demonstra que o principal obstáculo a superar não é aquele que será inevitavelmente imposto pela natureza, mas o repúdio e a incompreensão do grupo social.<sup>6</sup> O limite natural de um indivíduo é o de seu desafio em se constituir como sujeito (para si e para o outro), porém as desigualdades sociais que são impostas sobre determinado grupo de indivíduos condicionam esse desafio.

Daí se concluir que, embora possa haver desigualdades naturais entre os indivíduos, as verdadeiras desigualdades são sociais, pois estas modificam ou dão sentido àquelas, constituindo-se em efetivo obstáculo à fruição de direitos. Por óbvio que muitas desigualdades naturais quando desconsideradas podem representar também uma limitação de direitos, pois, tanto para as desigualdades sociais como para as naturais, a indiferença social provoca o surgimento de maiores limitações. Ou seja, mesmo quando militam contra um indivíduo obstáculos naturais, não são tais obstáculos que determinam por si só, salvo casos extremos, o limite de sua superação. O que impõe limites à superação da desigualdade natural do indivíduo são as desigualdades sociais que se projetam sobre determinado grupo ou indivíduo.

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

A desigualdade vivenciada pelos negros não está em sua raça, se com isso se quer dizer em sua biologia, mas no modo como a sociedade considera as singularidades biológicas e lhe atribui valores. A desigualdade da população negra não decorre da raça, mas da

---

<sup>6</sup> ELIAS, Norbert. A Solidão dos Moribundos. Seguido de Envelhecer e Morrer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

discriminação socialmente construída. Como declarou o Ministro Maurício Corrêa: “Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.”<sup>7</sup>

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

Por outro lado, a expressão desigualdades sociais, utilizada por Norberto BOBBIO, não é sinônimo de desigualdade de renda ou de patrimônio. Ela indica que determinadas desigualdades são frutos das opções humanas, variantes na história e na geografia, em relação ao tempo e ao lugar. A desigualdade é social porque não decorre da natureza, mas da vida em sociedade, ou melhor, em dada sociedade histórica. Essa é uma interpretação razoável para os termos contido no artigo terceiro da Constituição Federal. Conforme seu enunciado, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (I), “garantir o desenvolvimento nacional” (II) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (III) “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (IV).

A interpretação mais imediata seria a de afirmar que a expressão "desigualdades sociais" deveria ser reconhecida como sinônimo de desigualdade de renda ou de patrimônio. Porém, a opção dentro de um modelo de economia capitalista, como deixa entrever o respeito à propriedade privada, condicionada a sua função social, é de impedir os extremos da pobreza e da marginalização, erradicando-as. Ou seja, indispensável encontrar as causas da pobreza e da marginalização e combatê-las ou, conforme o art. 23, inciso X, combater “os fatores” de marginalização. Se marginalizar é colocar a margem, em posição subalterna, ou excluir de um grupo, marginalização pode indicar tanto o grau extremo da pobreza - melhor seria dizer a

---

<sup>7</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.30.

miséria, muito embora esta já seja uma violação direta da dignidade humana – quanto a falta de empoderamento político e social que compõem o ciclo de perpetuação das desigualdades.

Neste sentido, a pobreza é uma causa da marginalização, talvez a principal, mas não a única. Pode-se questionar quais as causas da pobreza a fim de se investigar quais mecanismos impedem que políticas de distribuição de renda sejam eficazes ou não sejam implementadas. O constituinte não afirmou, por exemplo, que era objetivo da República erradicar as desigualdades entre homens e mulheres. Todavia, as pesquisas indicam que a pobreza é, sobretudo, feminina, e que a desigualdade entre homens e mulheres é um fator importante na restrição de direitos (marginalização).

Por sua vez, as desigualdades na expressão da Constituição são regionais e sociais. No primeiro caso, há uma referência ao pacto federativo, dando-lhe conteúdo substancial, pois se trata de garantir o “desenvolvimento nacional”. Todavia, sequer o “desenvolvimento nacional” é meramente econômico<sup>8</sup>, mas desenvolvimento humano, porque deve promover uma sociedade “justa e solidária”.<sup>9</sup> No segundo caso, as desigualdades sociais aparecem como gênero das desigualdades que envolvem diversas “formas de discriminação” já enunciadas na necessidade de “promover o bem estar de todos”. Interpretação diversa levaria ao absurdo de se considerar que a desigualdade entre homens e mulheres, por exemplo, não deveria ser combatida, o que é desmentido pelo próprio texto. As normas específicas que denunciam a existência de várias “desigualdades sociais” complementam os objetivos da República. Constituir uma “sociedade livre de preconceito” é projeto coletivo.

Portanto, a expressão "desigualdades sociais" indica todas as formas de desigualdades que são reforçadas pelos vínculos sociais. Já a "marginalização" é o grau mais extremo de desigualdade ou, como se propôs, o desempoderamento político e social, violador da cidadania plena. Nas desigualdades sociais inclui-se, por exemplo, a desigualdade entre homens e mulheres, entre portadores e não portadores de necessidade especiais, entre indígenas e o restante da sociedade brasileira e, especificamente, a desigualdade racial (raça/cor). A pobreza e a marginalização devem ser consideradas em suas causas múltiplas e

---

<sup>8</sup> “Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de ‘desenvolvimento nacional’ tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.” Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, *DJE* de 1º-7-2010.

<sup>9</sup> Nos termos da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986): “é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”

não apenas sob um viés economicista, sobretudo numa ordem constitucional que impede a abolição das bases fundamentais do sistema capitalista.

Interpretação diversa provocaria um fechamento de sentido que não apenas violenta o referencial dos Direitos Humanos<sup>10</sup>, como também se mostra inadequado para compreender uma sociedade complexa em suas múltiplas relações de poder e de exclusão.

Enfim, o artigo terceiro reconhece as fraturas na comunidade nacional, estabelecendo um programa de reformas para o Estado e para a Sociedade. Os verbos utilizados tanto no Preâmbulo quanto nos quatro artigos iniciais da Constituição implicam a “adoção de providências objetivas”<sup>11</sup>, ou seja, são espécie de regras que “fixa textualmente prestações destinadas à promoção e integração dos segmentos desfavorecidos”<sup>12</sup>, ou como anota o Ministro Marco Aurélio Mello, em comentário ao artigo terceiro:

“Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades”<sup>13</sup>.

E, ainda, o artigo terceiro reconhece “desigualdades”, pois, numa sociedade ideal, fazer referência a objetivos de “promover” ou “erradicar” seria absolutamente inócua. Somente se pode criar objetivos diante de uma realidade que se opõe à normatização.

---

<sup>10</sup> Pois, conforme a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986): “a eliminação das violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e indivíduos afetados por situações tais como as resultantes do colonialismo, neocolonialismo, apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, dominação estrangeira e ocupação, agressão e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial e ameaças de guerra contribuiria para o estabelecimento de circunstâncias propícias para o desenvolvimento de grande parte da humanidade;” Em seu artigo quinto: “Os Estados tomarão medidas resolutas para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por situações tais como as resultantes do *apartheid*, de todas as formas de racismo e discriminação racial, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação. Em seu artigo sexto: “Todos os Estados devem cooperar com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal pela observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

<sup>11</sup> SILVA, Jorge da. Direitos Civis e Relações Raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Luam, 1994, p. 132.

<sup>12</sup> SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação Afirmativa para Negros nas Universidades: A Concretização do Princípio Jurídico da Igualdade. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. Educação e Ações Afirmativas. Entre a Injustiça Simbólica e a Injustiça Econômica. Brasília: INEP, 2003, p. 102.

<sup>13</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas. In: Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001, p. 23.

A pluralidade e a complexidade das desigualdades sociais justifica, como sintetiza Flávia Piovesan, se falar num “caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades.” De tal modo que:

“O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.”<sup>14</sup>

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

Em primeiro lugar, as normas que proíbem o racismo têm também o condão de fazer conhecer a todos que ele é um fenômeno social (existente no Brasil) que pode e deve ser combatido e que, devido a sua gravidade e impacto social, deve ter tutela constitucional. A tutela mais evidente para bens relevantes, em casos extremos, é a tutela negativa que, em sede constitucional, alcança o grau máximo, quando se limita, inclusive, o direito à prescrição daqueles que praticam crime de racismo. Embora essa técnica jurídica seja passível de crítica diante do uso do direito penal simbólico<sup>15 16</sup>, é importante ressaltar o valor simbólico da imprescritibilidade não sob o ponto de vista penal. Imprescritível, como se afirma nas páginas seguintes, é aquilo que não pode ser esquecido, perdoado, deixado para segundo plano, não lembrado.

---

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

<sup>15</sup> Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “A determinação constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo seja uma manifestação de simbolismo sem precedentes no mundo. A imprescritibilidade revela-se uma das maiores exceções às garantias dos direitos fundamentais.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.189.

<sup>16</sup> Sobre a seletividade do sistema penal e o caráter simbólico da tutela penal, veja-se: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Se a exclusão da população negra não fosse uma construção social não haveria razão para proibir os argumentos expendidos sobre sua suposta causa fundada na inferioridade natural. No limite, a proibição serviria apenas como uma forma de “etiqueta social” de caráter moral duvidoso: “Não se pode dizer a eles (aos negros) que sabemos que são inferiores.” Ou ainda, de declaração de esquizofrenia “Não podemos dizer a nós mesmos que somos inferiores.”

Ao invés disso, a proibição das manifestações de racismo é a consolidação, em sede constitucional, de que os argumentos das teorias racistas já foram, ao longo da história, suficientemente refutados, sendo temerários diante da necessidade de construir uma sociedade solidária, fundada na Dignidade Humana.<sup>17</sup>

Em sua trajetória histórica, elas justificam-se como formas de impedir regimes fundados em ideologias de “Supremacia Racial” instaurados com a propagação da ignorância e que se consolidam fazendo uso da ignorância acumulada ao longo dos séculos, assim como todas as ideologias fundadas na valorização negativa de suas vítimas históricas já conhecidas, no caso dos negros, o embranquecimento e a branquitude.

Apesar de seus limites evidentes, a criminalização do racismo representa uma tentativa de intervir no plano das relações sociais impedindo que crenças raciais façam com que grupos considerados como inferiores sejam afetados no acesso a direitos fundamentais. Portanto, a proibição do uso da raça e a criminalização do racismo dirigem-se contra os argumentos, as ações e medidas legislativas que partam do pressuposto da existência de uma inferioridade natural entre brancos e negros, reconhecendo, ao mesmo tempo, que as desigualdades vivenciadas pelos negros e indígenas foram provocadas por causas sociais encontradas nas opções valorativas de Estados e Sociedades.

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

Os regimes que adotaram explicitamente perspectivas defensoras da Supremacia Racial - ou que valorizaram a branquitude em detrimento da negritude, com o caso brasileiro -

---

<sup>17</sup> No texto da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), lê-se em seu preâmbulo: “Convencidos de que a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum”. E, em seu artigo quarto: “Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo (...)”.

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

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

“O primeiro modo de estigmatizar é a pobreza. Para utilizá-la, o grupo dominante precisa monopolizar as melhores posições sociais, em termos de poder, prestígio social e vantagens materiais. Apenas nesta situação, a pobreza pode, então, ser vista como decorrência da inferioridade natural dos excluídos. O segundo modo de estigmatizar é atribuir como características definidoras do outro grupo a anomia (a desorganização social e familiar) e a delinqüência (o não cumprimento das leis). O terceiro é atribuir ao outro grupo hábitos deficientes de limpeza e higiene. O quarto e último é tratar e ver os dominados como animais, quase-animais, ou não inteiramente pertencentes à ordem social.”<sup>18</sup>

As manifestações mais comuns de racismo e preconceito se operacionalizam principalmente pela criação de esteriótipos. Como explica David Brookshaw, “os esteriótipos congelam a personalidade, apagam a individualidade, dotando o receptor com características que se adaptam a priori ao ponto de vista do percebido”. Os esteriótipos, apesar de parecerem uma moldura prévia congelada, são flexíveis e variáveis, podendo ser auto-contraditórios: “Uma vez que os esteriótipos estão mais enraizados no preconceito do que no fato, eles são tão flexíveis na prática quanto inflexíveis na teoria.”<sup>19</sup> Como alerta Allport, “a flexibilidade dos esteriótipos é operacionalizada por um “instrumento de re-cercar”, ou seja, “quando um fato não pode se adaptar a um campo mental, a exceção é reconhecida, mas o campo é novamente cercado com rapidez e impedido de permanecer aberto.”<sup>20</sup>

Em sua análise dos registros policiais, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, afirma que os insultos raciais, como estratégia de distanciamento social, podem ser agrupados em sete tipos:

---

<sup>18</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.172.

<sup>19</sup> BROOKSHAW, David. Raça e cor na literatura brasileira. Trad. Marta Kirst. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1983, p.10-11.

<sup>20</sup> Citado por: BROOKSHAW, David. Raça e cor na literatura brasileira. Trad. Marta Kirst. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1983, p.11.

“1) Simples nomeação do Outro, de modo a lembrar a distância social ou justificar uma interdição de contato. 2) Animalização de Outro ou implicação de incivilidade. 3) Acusação de anomia, em termos de: conduta delinqüente ou ilegal; imoralidade sexual; irreligiosidade ou perversão religiosa. 4) Invocação da pobreza ou da condição social inferior do Outro, através de: termos referentes a tal condição; referencia a uma origem subordinada; uso de diminutivos; acusação de impostura (assunção de posição social indevida). 5) Acusação de sujeira. 6) Invocação de uma natureza pervertida ou de uma maldição divina. 7) Invocação de defeitos físicos ou mentais.”<sup>21</sup>

No Brasil, os estigmas associados reiteradamente “a cor negra ou preta, que tais pessoas apresentam, transformando-a em símbolo sintético de estigma” são: “1) pretensa essência escrava; 2) desonestidade e delinqüência; 3) moradia precária; 4) devassidão moral; 5) irreligiosidade; 6) falta de higiene; 7) incivilidade, má-educação ou analfabetismo.”<sup>22</sup>

É revelador que as vítimas se queixem principalmente do insulto racial proferido no âmbito do trabalho, da vizinhança e do consumo de bens e serviços. Daí concluir que:

“As situações de insulto, ou seja, aquelas em que a posição de inferioridade do negro precisa ser reforçada por rituais de humilhação pública, encontram-se principalmente, no trabalho e negócios, onde o cliente ou usuário sente-se ameaçado pela autoridade de que o negro está investido; ou em situações em que os brancos se sentem incomodados pela conduta igualitária do negro. Existe mesmo, no Brasil, a expressão “tomar liberdade” ou “metida a besta” para alguém, que se crê superior, referir-se á conduta “indevida” de outrem, que se crê socialmente igual a ele.”<sup>23</sup>

Portanto, os insultos raciais são reações a situações nas quais a estabilidade da hierarquia entre os grupos raciais possa estar sendo ameaçada. De modo mais genérico, o insulto é uma reação ao próprio valor da igualdade entre brancos e negros. Todavia, isso não significa que os esteriótipos não estejam presentes em outros contextos nos quais o conflito fique apenas “latente” como na atribuição de tarefas a indivíduos negros qualificados que seriam incompatíveis diante de seu maior grau de escolarização.

---

<sup>21</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.177.

<sup>22</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.195.

<sup>23</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.195.

A tutela penal fragmentária de atos de discriminação ou de controle sobre discursos é impotente diante da permanência da exclusão sistemática.<sup>24</sup> A existência do racismo, como se disse, não pode ser buscada na maldade humana ou na atitude individual isolada, sua fonte são relações de poder, nutridas pela ignorância. A ignorância social somente subsiste quando ela encontra pontos de apoio numa apreensão dinâmica e prática da realidade. As ideologias da inferioridade racial necessitam tocar na realidade e construí-la a seu modo para que possam ser aceitas.

O combate ao racismo, portanto, exige uma política positiva por parte do Estado. O que não significa que tal ação tenha por base a raça, pois de fato não é a raça a causa do racismo. O racismo é um sistema de valores que impõe uma desigualdade social quanto à raça. O que se combate é esse sistema de valores. Uma política pública que tomasse como ponto de partida a raça seria inconstitucional. De fato, as políticas que tomaram como ponto de partida a raça empreenderam políticas de privilégio para determinados grupos, propuseram a eugenia como método de profilaxia social, defenderam a imigração branca para melhoria da raça, chegando, em seus extremos, a defender o extermínio. Tais políticas foram abertamente racistas.

O ponto de partida da ação estatal, constitucionalmente adequada, é o reconhecimento de valores racistas e seus efeitos (intencionais ou não) em dada sociedade. A ação do Estado numa política de ação afirmativa não tem por objetivo reconhecer a raça, mas aqueles que são discriminados por seu pertencimento racial. Reconhece-se uma situação de desigualdade social que não pode ser medida apenas quantitativa, pois dependem da revisão de valores consolidados.

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

---

<sup>24</sup> Como alerta o Ministro Nelson Jobim, em primeiro lugar, na legislação brasileira, encontra-se, na maioria das condutas, uma “criminalização topológica”, preocupada mais em proteger locais do que impedir a disseminação do racismo. Em segundo lugar, criam-se “mecanismos lingüísticos” capazes de impedir a criminalização. É o que ocorre com o apelo à idéia de “democracia racial” que, quando adotada como premissa, impede que se reconheçam os atos de discriminação. JOBIM, Nelson. A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira. Palestra com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

A razão da discriminação positiva somente pode ser a existência de uma discriminação negativa. Como destaca José Jorge de Carvalho:

“Proponho a utilização da expressão ação negativa para retirar da ação afirmativa sua dimensão de eufemismo e recobrar a literalidade conjuntural do seu significado. Se ação afirmativa surgiu para definir algo de novo, foi, justamente para contrapor-se à situação vigente contra os negros até uma geração atrás, qual seja, a de vítimas sistemáticas de ação negativa por parte dos brancos. Sobretudo, em um país como o Brasil, que se jacta ideologicamente de não praticar o padrão de segregação racial característico dos Estados Unidos e da África do Sul, o termo racismo é facilmente tergiversado de modo a tornar-se extremamente difícil sua aplicação, porque é associado a um incidente singular de abuso verbal ou físico a uma pessoa negra – e sua singularidade é justamente o álibi para que seja minimizado como algo da ordem da paranóia, do mal entendido, ou da mera intenção jocosa. Para complementar essa atitude racista brasileira quase sempre semanticamente amorfa, e que se define quase que exclusivamente pelo paroxismo da discriminação sem projeto ou precedentes, a idéia de ação negativa aponta mais claramente para o stress racial sistemático e consistente sofrido no cotidiano pelos pretos e pardos em sua convivência nos espaços sociais subentendidos (às vezes abertamente) como brancos no Brasil.”<sup>25</sup>

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

---

<sup>25</sup> CARVALHO, José Jorge de. Exclusão Racial na Universidade Brasileira: um caso de ação negativa. In: QUEIROZ, Delcene Macarenhas. (org) O Negro na Universidade. Salvador: Novos Toques, 2002. p. 93.

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

“(…) a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Tora acerca da origem comum do homem.”<sup>26</sup>

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

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

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

---

<sup>26</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.23.

“A transição da sociedade escravocrata brasileira para o período pós-escravagismo arregimentou um conjunto de políticas ativas e omissivas, diretas e indiretas claramente identificáveis que garantiu a continuidade da substancia sob outra forma: de uma sociedade estatamental baseada na objetivação e propriedade dos membros do estamento escravo para um regime de criação regulada de uma classe social subalterna, subeducada e subempregada a cujo pertencimento foi avassaladoramente determinado pela cor. O efeito desses fatores com uma concepção delgada de igualdade como status normativo que sobrevive até hoje, foi a criação e o concomitante e sempre renovado engessamento de um semi-estamento, ainda hoje maciçamente demarcado pela cor, sobre a qual recai generalizados juízo de inferioridade e expectativa social de subordinação.”<sup>27</sup>

T.H. Marshal já havia destacado que:

“As diferenças de status podem receber a chancela da legitimidade em termos de cidadania democrática, desde que não sejam profundas, mas ocorram numa população unida por uma civilização única; e desde que não sejam expressão de um privilégio hereditário. Isto significa que desigualdades podem ser toleradas numa sociedade fundamentalmente igualitária desde que não sejam dinâmicas, isto é que não criem incentivos que se originam do descontentamento e do sentimento de que “este tipo de vida não me agrada”, ou “estou decidido a fazer tudo para que meu filho não passe pelo que passei.”<sup>28</sup>

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

---

<sup>27</sup> BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade e as ações afirmativas. In: Lua Nova N 63, 2004. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ln/63/a05n63.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/63/a05n63.pdf). Acesso em: jan./2005. p. 123-124.

<sup>28</sup> MARSHAL, T.H. Cidadania e Classe Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 108.

beneficiários do racismo, as possibilidades de novas formas de convivência humana que lhes são negadas por sua ignorância.

De outra parte, qualquer ponderação sobre os direitos de grupos discriminados não pode tomar como ponto de partida o argumento fundado no preconceito, que pode ser, inclusive, compartilhado por indivíduos discriminados e não discriminados, segundo o qual o destino dos indivíduos pertencentes a tais grupos está exclusivamente condicionado por sua força ou caráter individual. Para que se possa ponderar sobre qualquer fato relacionado à discriminação é indispensável que se pese as conseqüências para todo o grupo discriminado e, sobretudo, para o conjunto dos grupos socialmente discriminados. Isso porque os sistemas culturais de discriminação e o racismo, em particular, agem sobre grupos e não sobre indivíduos. Como afirma Norberto BOBBIO ao afirmar que: "O racismo se dirige não tanto para a pessoa singular, diante da qual se pode ter sentimentos de ódio, desprezo ou aversão, quanto para um grupo, ou para um indivíduo pertencente a um grupo."<sup>29</sup>

Como completa José Afonso da Silva:

"A realização da igualdade perante a justiça, assim exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizado pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância adotados pelo legislador"<sup>30</sup>

A universalidade das políticas de ação afirmativa para o grupo está radicada justamente no fato de que elas se dirigem contra os valores negativos que atingem diretamente esse grupo, mas, indiretamente, o conjunto da sociedade brasileira, pois como afirma José Jorge de Carvalho, "Se o negro é pressionado para entrar paralisado no discurso hegemônico do branco, também o branco brasileiro sofre as conseqüências negativas de sustentar essa ambivalência em relação ao negro."<sup>31</sup>

Não há, portanto, *prima facie*, violação do Princípio da Isonomia quando a própria Constituição pondera e reconhece a existência de grupos em situação de desvantagem social. Ademais, tão evidente é a situação do grupo negro que quando se inicia um debate sobre a discriminação em nosso país ele se torna uma referência de tal modo significativa que a idéia

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002. p. 123.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 219.

<sup>31</sup> CARVALHO, José Jorge de. Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar Editorial, 2006. p.128.

de racismo tende a se confundir com o reconhecimento da existência da discriminação racial contra os negros. É o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS em que os ministros do Supremo Tribunal Federal debateram longamente se o termo racismo deveria ficar restrito às hipóteses que tratavam dos negros ou deveria se estender aos judeus. Como afirmou o Relator Moreira Alves: “O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a racismo o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.”<sup>32</sup> Embora a solução final que identificou a necessidade de tutela do grupo judeu tenha sido a mais acertada, ela permitiu inúmeras manifestações de reconhecimento da existência do racismo contra os negros no Brasil, demonstrando que, abstratamente, quando não está em jogo a possibilidade de concessão de direitos para esse grupo, a comprovação de uma desigualdade fática não demanda maiores questionamentos.

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

“As desigualdades raciais constituem elemento-chave na determinação do status relativo dos indivíduos em nossa sociedade, influenciando-os desde o nascimento, como se constata pelos diferenciais de raça em termos de mortalidade infantil, até a morte, como se depreende da desigualdade em matéria de expectativa de vida.”<sup>33</sup>

Tais argumentos corroboram a conclusão de Carlos Halsenbalg:

“Mais de um século depois da abolição da escravidão, o trabalho manual continua ser o lugar reservado para os afro-brasileiros. Em oposição ao que afirmaram as teorias sobre a modernização, a estrutura de transição fornecida pelo rápido crescimento econômico das últimas décadas não parece ter contribuído para diminuir de maneira significativa a distância entre os grupos raciais presentes na população.”<sup>34</sup>

Por último, convém responder a uma objeção presente no senso comum sobre as cotas raciais. O que diferencia uma criança pobre negra e uma criança pobre branca que cursam a escola pública e devem fazer uma prova do vestibular? Compreendida a distinção entre desigualdades sociais e naturais, não é a desigualdade de renda e tampouco a

---

<sup>32</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p.14.

<sup>33</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça. Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

<sup>34</sup> HALSENBALG, Carlos. Os Números da Cor. Rio de Janeiro: Centro de estudos afro-asiáticos, 1996. p.15.

desigualdade de raça, é a desigualdade racial. Se elas são desigualmente iguais na desigualdade econômica, mas não são iguais nos condicionantes históricos e ideológicos que as colocam em situações diferenciadas na valoração social de suas potencialidades humanas. Com o fim de torná-las iguais, para uma leitura economicista de “inspiração” marxista, bastaria abolir a desigualdade de patrimônio, por sua vez, para uma leitura economicista de “inspiração” liberal, bastaria sujeitá-las as mesmas políticas distributivas, o que já ocorre quando ambas usufruíram do ensino público gratuito.

Todavia, nenhuma das duas perspectivas consegue explicar porque, enquanto grupo uma criança negra tem menos chances de concluir o ensino público. Somente uma leitura que tome como ponto de partida a complexidade das relações sociais pode explicá-las, a desigualdade está nas violações da dignidade humana as quais a criança negra está sujeita. O intérprete constitucional tem o direito de minimizá-las, impondo sua leitura das causas das desigualdades ou deve assumir que interpretações plausíveis, construídas em um espaço público de participação são toleráveis? O dilema está na tentativa de substituir judicialmente as produções de sentido das políticas públicas construídas socialmente. A norma constitucional não diz qual é a política pública que deve ser implementada, tampouco veda políticas públicas de combate à desigualdade racial, ao contrário, justifica a sua existência. Logo, a questão é saber se a violação da dignidade humana, em razão da desigualdade econômica, esta sendo combatida por políticas públicas, e não se apenas a desigualdade econômica está sendo combatida. Ademais, no plano das soluções concretas, o argumento de que as desigualdades raciais também são causa da pobreza e das desigualdades econômicas também é plausível quando se considera o caráter cíclico das desigualdades.

Por fim, cabe rever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que tem sido a mais extensamente utilizada para a análise da igualdade. Considerada a trajetória histórica da construção da Igualdade em nosso país, observadas as finalidades da tutela negativa da igualdade racial na Constituição e estabelecida a distinção entre desigualdades social e natural, o pensamento do referido autor é absolutamente compatível com a criação de políticas públicas de acesso ao ensino superior que possuam critérios de sensibilidade à discriminação racial sofrida pelo grupo negro.

Segundo o autor, na análise do princípio da isonomia, é indispensável que se questione:

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

jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”<sup>35</sup>

O primeiro aspecto da isonomia consiste em reconhecer a existência de uma diferença real e efetiva entre duas ou mais situações. O segundo, na seleção de um critério diferenciador apto a avaliar as diferenças e compatível com a razão de ser da diferenciação.<sup>36</sup> Como interpreta Marçal Justen Filho: "O princípio jurídico da isonomia é incompatível com a escolha arbitrária ou inadequada de um critério de diferenciação. É fundamental que o critério de comparação seja vinculado à natureza do problema e à qualidade dos bens e direitos objetos da decisão.”<sup>37</sup>

Segundo Celso Bandeira de Mello, o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se dividiria em três questões: “a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”<sup>38</sup>

Portanto, de forma resumida:

“importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.”<sup>39</sup>

Entretanto, antes de continuar, convém ressaltar que as tentativas de aplicar sua estrutura de raciocínio não podem ficar imunes ao fato de que Celso Bandeira de Mello, vinculado a uma visão estrita da igualdade formal, tendia a identificar no traço desigualador acolhido tão somente desigualdades naturais e no fundamento racional a eficiência da execução abstrata de serviços a serem executados pelo Estado.

---

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.11.

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.19.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.20.

Assim, ao debater as desigualdades raciais, as hipóteses em que ele aceita a diferenciação partem, infelizmente, de uma concepção de raça biológica, sem atentar para o fato de que ela é uma construção social. Nesse sentido, afirma, por exemplo, que:

“Pode-se, ainda, supor que grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos público de enfermeiro, naquela área, os indivíduos pertencentes à raça refrataria à contração da doença que se queira debelar. É óbvio do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar.”<sup>40</sup>

Neste caso, a validade dependeria da existência de uma propensão genética. Todavia, tão propensão não respeita, necessariamente, as divisões entre os grupos humanos que se fundamentam nos processos de racialização, os quais são independentes de diferenças biológicas significativas, muito embora se estruturam em divisões de frequência biológica de características físicas de aparência.

Em outros casos o autor considera o fenômeno do preconceito, mas seu exemplo guarda sua certeza no exotismo, ocultando a realidade prática circundante: “De igual modo, não se adversará à regra da igualdade se for proibida a admissão, em dadas funções que requeiram contato com tribos primitivas, de pessoas portadoras de certa característica física, qual, *exempli gratia*, determinada cor de olhos, se as tribos em causa tiverem prevenção contra os possuidores de traço biológico desta ordem.”<sup>41</sup>

Assim como muitos de sua geração, restou indiferente ao princípio da solidariedade e, sobretudo, às diversas formas de desigualdade social, inclusive aquelas que já eram suficientemente debatidas como as desigualdades entre homens e mulheres. Logo, a aplicação de seu raciocínio depende do deslocamento do marco constitucional de um Estado indiferente às variadas formas de desigualdade social para um Estado Democrático de Direito, da igualdade formal para a igualdade material, e, em razão disso, da abertura interpretativa, de caráter pragmático, para as diversas formas de desigualdade vivenciadas numa sociedade concreta.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.16-17.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 16-17.

<sup>42</sup> Pode-se pretender argumentar que o raciocínio do autor, sem as ressalvas assinaladas, resta absolutamente compatível com determinadas formas de desigualdades que seriam naturais, a exemplo dos deficientes físicos. Como se afirmou acima não é a deficiência a “causa” principal da exclusão vivida pelos

De outra parte, as normas proibidoras do racismo permitem a compreensão de um momento inicial da forma como a Constituição aborda o tema da raça. A imprescritibilidade do racismo - para além de ser uma pauta constitucional criminalizadora de determinados comportamentos e apesar de ter recebido críticas, ou do caráter dinâmico que o conceito de racismo adquire diante de outros grupos como os judeus – vincula-se diretamente a memória constitucional. O fato que não tem prescrição não é apenas o que pode ser punido a qualquer tempo, em qualquer futuro, mas também o que não pode ser esquecido. Imprescritível é uma memória social que reatualiza as experiências do passado para fazer reconhecer que se tem um compromisso inevitável contra a discriminação racial. Logo, somente justificável diante da gravidade e do impacto social negativo que, por repercussão, tais ações podem provocar.

A imprescritibilidade induz a compreensão da intencionalidade de ativar formas estatais de preservação de grupos sociais ameaçados em sua história e, ao criminalizar, de intervenção nas experiências humanas. Algo que se pretenda ver imprescritível é algo que pode nos fatos sobreviver, como espaço de intervenção simbólica, à atividade humana cotidiana, inclusive do legislador comum na prática política ordinária.<sup>43</sup>

Além do tema da criminalização do racismo, o constituinte ao fazer referências às populações negras produziu inovações que dão à Constituição brasileira uma identidade específica.

Em primeiro lugar, está o parágrafo primeiro do art. 215: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos

---

deficientes. Aliás, tal raciocínio levaria a crer que os deficientes, por sua natureza, se excluem socialmente. Ao contrário, quando se considera o fato de que na sociedade moderna essa exclusão se dá em relação à potencialidade da sua capacidade de produção num sistema produtivo padronizado, dentro do modelo fordista, se pode concluir que a exclusão se dá em relação a dois problemas: a valorização do homem apenas em relação a sua força de trabalho numa sociedade industrial e a adaptação a um modelo de produção que é indiferente à diversidade humana. O primeiro problema revela um valor incompatível com o Estado Democrático de Direito em que a humanidade é percebida em suas múltiplas dimensões. O segundo problema esbarra na imposição prévia de limites ao desenvolvimento das capacidades produtivas de cada ser humano. A inserção laborativa dos deficientes físicos demonstra, portanto, a necessidade de humanização das relações sociais e, sobretudo, o fato de que os limites supostos não são os limites reais da “deficiência”, pois são vencidos e redimensionados a cada novo passo de inclusão. Trata-se de um aprendizado que é bilateral, tanto do grupo dos deficientes quanto da sociedade, e que tem, aos poucos, demonstrado que os raciocínios abstratos sobre uma desigualdade natural são pouco compatíveis com a realidade. As políticas de inclusão são devidas diante da exclusão sistemática e histórica desse grupo e como forma de demonstrar que as limitações impostas não são os limites definitivos. Enfim, ainda que se queira recorrer à idéia de uma desigualdade natural, mesmo no caso dos deficientes físicos, a grande barreira a ser vencida é uma desigualdade social.

<sup>43</sup> Isso não significa negar que também pode representar uma forma de absolvição coletiva através da culpabilização individual extrema de uma culpa que se sente como própria e coletiva, um mecanismo, ao mesmo tempo ideológico de ocultação das responsabilidades na história, e psicanalítico de projeção da culpa. Sobre o caráter ideológico das práticas criminalizadoras. Veja-se: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão de Segurança Jurídica. Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997; THOMPSON, Augusto. Quem São os Criminosos? Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

participantes do processo civilizatório nacional.” A Constituição de 1988 revoluciona neste parágrafo a forma como o constitucionalismo nacional considerou as populações negras (afro-brasileiras). A possibilidade de nomeação sempre foi negado por um constitucionalismo que, marcado pelo racismo, gostaria de ver apagado de nossa história a presença negra. O apagamento se dava com duas alternativas, a eliminação física ou a eliminação simbólica. Agora, não apenas ela está nominada, mas, sobretudo, é reconhecida como titular de direitos, e integrante de um “processo civilizatório nacional”. A civilização era, em na memória oficial, definida como uma capacidade e qualidade dos grupos europeus, restando aos demais o papel de objetos da ação civilizadora. A Constituição confere dignidade não apenas a presença negra, mas ao seu papel na construção de nosso devir. Não se trata mais de afirmar que os negros contribuíram, no passado, com seu trabalho ou sua cultura, mas de reconhecer no presente, a participação dos negros no processo de construção da sociedade brasileira.

Em segundo lugar, está o art. 68, ao dispor que: ”Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Ele está vinculado a outro dispositivo constante no art. 216, em seu parágrafo quinto: “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

Sem adentrar no amplo debate sobre o conceito de quilombo, acima referido, e sobre a titularidade do poder de sua definição, não resta dúvida que a palavra quilombo refere-se a imagem de uma resistência negra, quer como símbolo da liberdade quer como luta pela terra, e neste caso, pela sobrevivência material na redefinição de um espaço físico por meio de tradições. Os Quilombos sempre foram negados, inclusive pela historiografia que incorporou o negro à imagem do nacional, porque eles representavam ao mesmo tempo continuidade e permanência de uma referência, no presente, e projeção, no futuro, de uma identificação com grupos negros.

O tombamento inscrito no art. 216, parágrafo quinto, é o único caso de tombamento determinado pela Constituição explicitamente. O tombamento usualmente é dependente do valor para o patrimônio cultural do bem a ser tombado que é aferido mediante estudos prévios.<sup>44</sup> Não é o caso da norma do artigo referido. O valor para o patrimônio cultural brasileiro foi dado pelo constituinte originário. O tombamento constitucional é demonstração de urgência, na medida em que não se pode esperar a valoração ou não dos quilombos pelas

---

<sup>44</sup> Sobre o processo de tombamento, veja-se: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998; SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2005.

instituições, e imperatividade, na medida em que subtraí dos órgãos administrativos e legislativos, a possibilidade de um juízo sobre a importância dos quilombos na formação do patrimônio cultural brasileiro.

De forma concreta, não é o Duque de Caxias que é rememorada em termos normativos constitucionais, mas o Quilombo de Manoel do Congo contra o qual o comandante Luís Alves de Lima e Silva empreendeu violenta repressão em 1839.<sup>45</sup> Isso nada significa em termos normativos para a interpretação constitucional? O dispositivo insere-se no âmbito de uma ação reparatória do Estado brasileiro e ao mesmo tempo de integração à história das resistências negras. Ao mesmo tempo, ao ter alçado a proteção dos quilombos à regra constitucional a Constituição de 1988 inscreve a história das resistências negras dos quilombolas à memória constitucional, vale dizer, como se verá adiante, a luta quilombola é um elemento da compreensão da história dada pela interpretação jurídica. A história da escravidão, do ponto de vista constitucional, não é a história de uma lenta acomodação dos negros a uma condição de subalternidade ou da formação de uma nova raça mística, mas uma história que deve considerar as lutas por liberdade e igualdade negadas pela história oficial

Por sua vez, no caso da garantia da propriedade definitiva, é de se observar que o reconhecimento das terras quilombolas se faz a comunidades, vale dizer, o fundamento é a concepção dos quilombolas como sujeitos coletivos. Não bastasse isso, o dispositivo, situa-se entre outros tantos no ato das disposições constitucionais transitórias que representam uma espécie de acerto de contas com as práticas autoritárias de momentos da nossa trajetória política. Assume, neste contexto, o caráter de indenização, de reparação histórica. De fato, a possibilidade de reparar atos da história pretérita não apenas não é desconhecida pela Constituição de 1988, como, de fato, é extensamente utilizada. A reparação constitucional está diretamente vinculada com a enunciação explícita de novos sujeitos, mas extrapola, como se disse, a possibilidade histórica de percepção do Constituinte originário. Por ora, convém apenas demarcar que tais dispositivos impõem um modo de vincular o intérprete ao confronto com determinadas tradições e memórias, reinterpretando uma história constitucional brasileira.

Em terceiro lugar, no capítulo dedicado ao desporto, a Constituição trata do fomento por parte do Estado das práticas desportivas “formais” e “não-formais” como direito de cada um (art. 217), ao mesmo tempo, em alguns de seus parágrafos relaciona esse fomento com a

---

<sup>45</sup> GRINBERG, Keila; BORGES, Magno Fonseca; SALLES, Ricardo. *Rebeliões Escravas Antes da Extinção do Tráfico*. In: GRINBERG, Keila (org); SALLES, Ricardo (orgs.). *O Brasil Imperial*. Vol. I(1808-1831). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 255-256.

educação e a promoção social. De modo mais específico, afirma que o fomento compreende (inciso IV) “a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional”. Trata-se de um direito social que exige o reconhecimento de fazer coletivo. O acesso de qualquer indivíduo ao desporto exige que se reconheça a importância de formas desportivas que são criadas por determinados grupos sociais. Aqui, ainda que não de forma explícita, a Constituição rompe uma trajetória estatal de repressão às manifestações de criação nacional, especificamente a capoeira. Essa manifestação cultural, ainda no período republicano, chegou a ser objeto de criminalização e identificada com a vadiagem.<sup>46</sup> Como manifestação cultural e política ela foi identificada como uma criação afro-brasileira, uma presença de formas de fazer que remetem ao cotidiano de resistência dos escravos, e como prática social, até recentemente, era como um fazer de “negros”.

Em quarto lugar, “a liberdade de consciência e de crença livra-se do fantasma da ‘ordem pública’ e dos ‘bons costumes’ das constituições anteriores”.<sup>47 48</sup> No enunciado do inciso VI, do artigo quinto, da Constituição de 1988 e sua conjugação com a ordem constitucional da cultura, revela-se a tensão entre liberdade e igualdade. Em nossa história jurídica, embora tenha sido enunciado desde a constituição republicana, o direito à liberdade religiosa em relação às religiões de matriz africana encontrou pouca efetividade, pois o racismo cultural representava tais práticas como inferiores enquanto o racismo institucional garantia a sua repressão. Agora, finalmente, elas foram objeto de reconhecimento constitucional no art. 215 (“manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, “diferentes segmentos étnicos nacionais”) e no art. 216 (“valorização da diversidade étnica e regional” e “diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”).

---

<sup>46</sup> Sobre a capoeira e sua repressão, veja-se: DUARTE, Evandro C. Piza. Criminologia & Racismo. Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2002; FRIGERIO, Alejandro. Capoeira: da arte negra a esporte branco. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 4, n. 10, p. 85-98, jun. 1989; SOARES, Carlos Eugênio Líbano. A Capoeira Escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850). Campinas: Unicamp, 2002.

<sup>47</sup> SILVA, Jorge da. Direitos Cívicos e Relações Raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Luam, 1994, p. 132.

<sup>48</sup> Sobre as religiões de matriz africana e sua repressão, veja-se: AGÜR, Michel. Cantos e toques: etnografias do espaço negro na Bahia. Caderno CRH, Salvador, 1991. Suplemento: Introdução. p. 5-13; AUGRAS, Monique. A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de “motivos nacionais”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 8, n. 21, p. 90-103, fev. 1993; CARNEIRO, Edson de Souza. Os Cultos de origem africana no Brasil. In: CARNEIRO, Edson de Souza. Candomblés da Bahia. 3. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961; CARNEIRO, Sueli, CURY, Cristiane Abdon. O candomblé. In: Terceiro Congresso de Cultura Negra das Américas, São Paulo, 1982. p. 176-191; LEITE, Fábio. R.R. A questão da palavra em sociedades negro-africanas.. In: Seminário Nacional Democracia e Diversidade Humana – desafio contemporâneo. Sociedade de Estudos da Cultura Negra no Brasil (SECNEB), [s.l.], mar. 1992, 12 p., Mimeo; MATTOS, Wilson Roberoto de. Práticas culturais / religiosas negras em São Paulo. Dissertação de Mestrado História. PUC/SP, 1994; RODRIGUES, Ana Maria. Samba negro, espoliação branca. São Paulo: HUCITEC, 1984.

O paradoxo aparente é que a liberdade religiosa para as religiões de matrizes africanas e indígenas somente encontra possibilidade de realização plena na medida em que a Constituição lhes atribui um valor positivo específico. Se o pluralismo religioso é garantido pela enunciação de um direito tipicamente liberal que impede a filiação compulsória e enuncia um limite das liberdades particulares e obstáculo à ação estatal, porém, no caso de práticas culturais longamente reprimidas no curso de nossa história, a inação do Estado representa a permanência dos efeitos de práticas e discursos excludentes. Nem por isso a noção de valorização escapa à proibição de religiões oficiais ou de ingerência estatal no campo da formação religiosa. Significa valorizar as escolhas que são feitas a partir da liberdade e da referência à ação e à memória de determinados grupos sociais. Em síntese, o enunciado liberal é necessário, mas afigura-se como ineficaz se excluído das referências à história constitucional que o próprio texto passa a valorizar. Assim, por exemplo, a existência de dispositivo que propusesse a valorização das tradições cristãs do povo, salvo no caso das “culturas populares”, se afiguraria como contrária ao pluralismo, pois elas fazem parte do substrato comum de quatrocentos anos de violência simbólica estatal, bem como de um patrimônio cultural compartilhado pela maioria absoluta dos brasileiros.

Em quinto lugar, o art. 242, em seu parágrafo primeiro, dispõe que: “O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.” Esse dispositivo regula uma forma diferente de acesso à educação, o de participação na construção do conteúdo da educação formal por parte de grupos pertencentes a “diferentes culturas e etnias que contribuíram para formar o povo brasileiro”.

O dispositivo surpreende, pois, como é tratado no próximo capítulo, o monopólio das instituições produtoras da história sempre refletiram a forma como Estado Nacional alcançou o monopólio da nação. Esse monopólio é quebrado em nome do pluralismo que emerge de narrativas distintas da oficial. A regra tem como destinatário não apenas Estado, mas todos os integrantes do sistema educacional, que, ao implementá-la, devem considerar a necessidade de mecanismos que possam romper com os paradigmas estrangeiros e nacionalistas sobre a história brasileira. Ela indica uma ruptura epistemológica que, por sua vez, é, essencialmente, uma ruptura de práticas institucionais (tais como, seleção, treinamento de pessoal, novas linhas de financiamento de pesquisas). A referência a uma história plural para se falar do povo brasileiro somente pode emergir de um espaço em que a ausência de pluralidade não seja uma constante. A homogeneidade institucional e, entre elas a segregação racial, intencional ou não, dos níveis superiores de formação do conhecimento é um problema a ser resolvido.

As expressões Brasil e povo brasileiro sugerem que não se deve interpretar o dispositivo de modo a conceber que as contribuições das diferentes culturas e etnias, não constantes nas narrativas oficiais, são exemplos de uma particularidade, de uma história secundária, cuja construção seria tarefa específica de determinados grupos, ou até mesmo de uma atividade voluntarista dentro das instituições de ensino e pesquisa. Ao contrário, é a história do povo e do Brasil, plural, dependendo a sua efetivação do reconhecimento da desigualdade produzida pela negação de determinadas narrativas.<sup>49</sup>

Entretanto, a pluralidade necessita de um espaço mínimo de institucionalização. Histórias das diferentes culturas e etnias somente têm razão de ser quando se reconhece um duplo espaço do pluralismo: aquele que constitui o povo e aquele que é negado na homogeneidade da história produzida nas instituições. O pluralismo corresponde a um duplo movimento. Isso ocorre porque histórias dominantes concebidas como universais são narrativas universalizantes de particularismos dominantes, ou seja, a história dominante é a história de grupos que alcançaram poder institucional suficiente para construir sua narrativa. Logo, o pluralismo corresponde a um modelo estrutural para a narrativa, mas, sobretudo, o reconhecimento da existência de narrativas que foram deslocadas para o silêncio ou para a imagem do particularismo e que devem ser reinseridas do ponto de vista institucional.

De outra parte, o dispositivo sugere um espaço para pensar a história como elemento da retórica interpretativa na nova ordem constitucional. De fato, se juristas necessitam recorrer à história, não podem fazê-lo valendo-se de modelos que desconsideram, contrariamente a dispositivos constitucionais, a pluralidade da história. O dispositivo não é uma ruptura epistemológica apenas para professores do ensino da história, mas, ao se considerar também a ordem constitucional da cultura, uma ruptura epistemológica com o uso da história oficial como ponto de partida para a interpretação jurídica. A história do povo brasileiro é a história de um povo que demorou cem anos de República para, num momento de profunda participação democrática, reconhecer aos índios o direito de uso sobre as terras ou aos negros o direito de contar com uma memória da escravidão, das resistências dos quilombos, da luta pela expressão religiosa e das práticas culturais.

Enfim, o pluralismo como princípio na Constituição não se situa fora de uma referência ao contexto plural onde ela foi elaborada, indica uma concepção pluralista que, ao ser seletiva, reconstrói uma memória constitucional da igualdade e da liberdade negadas, estabelecendo um âmbito mínimo de normatividade capaz de acoplar o texto às demandas

---

<sup>49</sup> Sobre ensino e diversidade étnico racial, veja-se: CARVALHO, José Jorge. Inclusão Étnica Racial no Brasil. São Paulo: Attar, 2006.

políticas que não eram satisfeitas no âmbito dos mecanismos conhecidos das descrições de funcionamento da política, tais como os partidos políticos ou os sindicatos, e abrindo espaço para uma política de reconhecimento.

### **Considerações Finais**

A palavra “raça” na Constituição Federal de 1988 é quase sempre mencionada como forma de afastar a criação de regimes jurídicos baseados na raça, tais como foram o regime do Apartheid ou da Alemanha Nazista.<sup>50</sup> Porém, ela também indica que tais extremos da discriminação subsistem como uma forma latente de perversão de regimes que induzem das mais diversas formas a situações nas quais um grupo racial possa se tornar prevalente nas estruturas de distribuição do poder e da propriedade. Enfim, reforça o argumento de que o racismo, em suas formas mais perversas, resulta de processos sociais diversos que alocam paulatinamente de determinados grupos nos piores “lugares” sociais. Constroem-se, no mesmo passo, valores que tendem a criar uma espiral contínua de degradação.

Ora, as políticas de ação afirmativa, ao tomarem por base a discriminação racial sofrida, impedem que a raça se torne um valor negativo utilizado como meta-regra nas políticas públicas universalistas ou até mesmo nas práticas policiais e jurídicas. Ao explicitarem a discriminação existente, elas se constituem num antídoto contra a idéia de supremacia racial que a proibição da consideração da raça visa evitar. Não há, portanto, razão para se defender uma interpretação restritiva, privilegiando a inércia estatal e a indiferença com o destino social da população negra.

---

<sup>50</sup> Na adequada afirmação de Celso Bandeira de Mello: “Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundamentadora de discrimen.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.18.