

ACÇÕES AFIRMATIVAS E INTERESSES ESTATAIS: POLÍTICAS RACIAIS COMO INSTRUMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Adilson José Moreira¹

Este artigo apresenta uma análise crítica dos principais argumentos presentes no atual debate legislativo sobre a constitucionalidade dos programas de ações afirmativas. Essa discussão oferece uma grande oportunidade para examinarmos os diferentes discursos sobre relações raciais no Brasil, elemento decisivo para a consideração da constitucionalidade dessas políticas públicas. Duas formas de narrativas raciais são identificadas nesse debate que tem mobilizado diferentes segmentos sociais. Uma delas está baseada na correlação entre a doutrina da democracia racial e o princípio constitucional da igualdade formal. Os opositores dessas iniciativas governamentais afirmam que esses programas não são necessários em um país conhecido pelas suas relações raciais relativamente harmônicas. A outra compreende a raça como uma categoria responsável por um processo contínuo de exclusão social, o que justificaria a adoção de políticas públicas de caráter compensatório. Essas diferentes interpretações da realidade social brasileira determinam a interpretação do princípio constitucional da igualdade, tema central do exame da legalidade das iniciativas governamentais que procuram promover a inclusão social dos afrodescendentes. Articulando princípios interpretativos presentes na jurisprudência brasileira sobre a igualdade e teorias contemporâneas sobre raça e racismo, este artigo examina cada uma dessas concepções sobre relações raciais no Brasil. Essa análise demonstra que a representação do Brasil como uma sociedade na qual a raça não tem importância social serve para manter processos contínuos de marginalização da população negra. O presente trabalho oferece uma série de argumentos que justificam a implementação de programas de ações afirmativas, iniciativas que procuram contribuir para a construção de uma sociedade genuinamente igualitária.

1 – INTRODUÇÃO

1.1 – ACÇÕES AFIRMATIVAS: UMA NOVA AGENDA POLÍTICA

A implementação de programas de ações afirmativas no Brasil representa uma mudança radical no discurso oficial sobre relações raciais de uma nação que por muito tempo celebrou a miscigenação como evidência de harmonia entre diferentes grupos raciais.² Apesar da tradicional resistência institucional em transformar a questão racial em um problema político, muitos setores do governo federal começaram a reconhecer recentemente que essa é uma questão social de fundamental importância. O crescente diálogo entre as lideranças negras e as autoridades governamentais nas últimas duas décadas possibilitou a articulação de uma nova agenda política

¹ Aluno do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard e pesquisador participante do Programa de Imersão em Políticas Públicas patrocinado pelo Harvard University David Rockefeller Center for Latin American Studies junto à Ação Educativa, organização comprometida com a promoção dos direitos educativos e da juventude, tendo em vista a justiça social, a democracia participativa e o desenvolvimento sustentável no Brasil.

² Para uma análise detalhada da influência da ideologia da democracia racial na vida política nacional ver Tales de Azevedo, *Democracia racial: ideologia e realidade*, Vozes, 1976. Sobre a influência da miscigenação na cultura brasileira ver Thomas Skidmore, *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*, p. 54 – 95 e 193 – 239.

que procura alcançar maiores níveis de justiça social no Brasil. Alguns órgãos governamentais começaram a implementar ações afirmativas há cerca de dez anos, iniciativas que procuram promover a igualdade material entre negros e brancos. Certas instituições públicas de ensino superior seguiram esse exemplo e decidiram estabelecer cotas raciais e sociais nos seus vestibulares. Essas iniciativas expandiram-se rapidamente nos últimos anos, sendo que boa parte significativa das universidades públicas adotaram programas semelhantes.³ Verificamos atualmente que esses programas deixaram de ser apenas uma iniciativa do poder executivo, principal articulador das políticas de inclusão racial nos últimos anos. Demonstrando que a doutrina da democracia racial perde credibilidade em uma sociedade cada vez mais consciente das enormes disparidades raciais, várias casas legislativas também propuseram a criação de programas de ações afirmativas que beneficiam afrodescendentes. Alguns estados e municípios estabeleceram programas de inclusão racial em concursos públicos e nos processos de seleção para universidades públicas. Essas propostas concorrem para a consolidação do entendimento de que esses programas devem ser vistos como uma forma de política estatal necessária para a melhoria das condições de vida de grupos tradicionalmente discriminados.⁴ Esses desenvolvimentos indicam que a adoção desses programas pode ser vista como evidência de uma grande transformação da postura governamental em relação às relações raciais na nação brasileira, o que possibilitou a adoção de uma nova agenda social que pretende transformar o nosso país em uma sociedade mais igualitária.⁵

³ Para uma avaliação dos programas de ações afirmativas implementados nas universidades públicas ver Rosana Heringer & Renato Ferreira, *Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2001 – 2008* in Maria Helena de Paula & Rosana Heringer, *Caminhos Convergentes: Estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil*, p. 137 – 196.

⁴ Alguns programas de ações afirmativas foram adotados por via legislativa. Esse é o caso do Rio de Janeiro que implementou cotas raciais nas universidades estaduais pela lei 5.346 de 2008. Algumas cidades implementaram cotas raciais no processo seletivo para cargos públicos. O município mineiro de Contagem criou um sistema de cota por meio da Lei Municipal no. 3.829 de 2004. A cidade de Montenegro localizada no Rio Grande do Sul também promulgou lei semelhante estabelecendo cotas para afrodescendentes por meio da Lei No. 4.016 de 2004. Essas iniciativas foram contextadas no poder judiciário estadual. Enquanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou a lei inconstitucional, o Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul entendeu que a norma legal procura criar igualdade de oportunidades entre os indivíduos. Ver TJMG, ADI No. 1.0000.00.327572-4/000(1), Órgão Julgador: Corte Superior, Relator: Corrêa de Marins, 03.12.2003 (declarando a inconstitucionalidade de lei que criava cotas raciais sob o argumento de que ela viola o princípio da igualdade formal e que tais iniciativas não tem lugar em um país largamente miscigenado); TJRS, AI No. 70013034152, Órgão Julgador: 3a. Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 25.05.2006 (mantendo a constitucionalidade de cotas raciais em concurso público porque políticas de ações afirmativas procuram a igualdade material entre indivíduos).

⁵ Para uma análise do papel dos programas de ações afirmativas na histórias das relações raciais no Brasil ver Edward Telles, *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*, p. 69 – 102.

Mas apesar da rápida expansão das políticas de inclusão racial nas instituições públicas de ensino superior, essa forma de iniciativa governamental permanece objeto de considerável controvérsia. O atual debate legislativo sobre proposta de lei que estabelece cotas raciais nas instituições públicas de ensino superior tem sido marcado pelo embate entre grupos que possuem compreensões bastante diversas sobre relações raciais e igualdade social no nosso país.⁶ Apesar do consenso sobre a necessidade da criação de programas governamentais que facilitem o acesso e permanência dos alunos negros na escola, os participantes dessa discussão parecem não chegar a um acordo sobre a necessidade da criação de políticas raciais. Os defensores dos programas de ações afirmativas asseveram que essas políticas públicas têm importância fundamental para a equalização das oportunidades sociais entre brancos e negros no nosso país. Esse objetivo é visto como um requisito essencial para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária, meta que encontra substrato legal em várias normas constitucionais, muitas delas mencionando a justiça social como um valor central do nosso sistema jurídico. Aqueles que lutam pela adoção de políticas raciais entendem que esse ideal só pode ser alcançado com a criação de mecanismos de facilitação do acesso ao ensino médio e superior, o que diminuiria a reprodução da estratificação racial que caracteriza a sociedade brasileira. Eles afirmam que a história social do nosso país está marcada pela constante reprodução de práticas discriminatórias que procuram garantir a supremacia branca. Os proponentes das políticas raciais rejeitam a concepção de igualdade formal baseada no princípio da justiça simétrica como parâmetro para a análise da legitimidade dos programas de ações afirmativas. Eles contrapõe a noção de igualdade formal, conceito baseado no princípio de que todos devem ter o mesmo tratamento perante a lei, ao princípio da igualdade material, preceito que procura criar uma igualdade proporcional entre as pessoas para que elas possam ter acesso a condições mínimas de vida. Aqueles que defendem políticas raciais mencionam várias normas constitucionais que indicam a necessidade de implementação de políticas públicas destinadas à eliminação de disparidades sociais. Isso significa que o princípio da igualdade material justifica a adoção dessas iniciativas, pois ele procura garantir a igualdade proporcional entre indivíduos e grupos. Os defensores dessa forma de política pública afirmam ainda que a raça constitui um critério constantemente utilizado como mecanismo de exclusão

⁶ Várias projetos de lei que procuram promover a igualdade racial no Brasil foram apresentados ao Congresso Nacional nos últimos dez anos, sendo que o Estado de Igualdade Racial e as Lei das Cotas Raciais despertaram grande controvérsia no meio legislativo. Enquanto o primeiro tem como objetivo a criação de acesso a uma série de benefícios sociais como saúde, educação, emprego e propriedade, o segundo tem como objetivo o estabelecimento de cotas para alunos afrodescendentes.

social, o que justifica o uso do mesmo como parâmetro para a criação de políticas compensatórias.⁷

Os que condenam os programas de ações afirmativas correlacionam elementos da ideologia da democracia racial com o princípio da igualdade formal para questionar a constitucionalidade dessa forma de política pública. Esses atores sociais afirmam que políticas universais podem perfeitamente promover a inclusão social da população negra porque as diferenças entre negros e brancos são produto de discriminação baseada na classe social dos indivíduos. Os opositores das políticas de inclusão racial alegam que a evolução histórica do nosso país demonstra um declínio gradual da importância da raça como categoria social. Práticas racistas apenas refletem o comportamento de alguns indivíduos, sendo que esses casos são tratados pela legislação criminal. Programas de ações afirmativas podem incutir o ódio racial em uma sociedade conhecida pelas relações raciais harmônicas. Argumentando que o princípio da igualdade formal constitui um princípio político fundador da ordem social brasileira, os opositores das políticas raciais entendem que o tratamento similar entre indivíduos similarmente situados é um princípio básico de justiça. O tratamento igualitário entre negros e brancos preserva o critério do mérito pessoal no processo de seleção dos melhores candidatos, preceito que está inscrito no próprio texto constitucional. Tendo em vista o fato de que o nosso texto constitucional procura proteger indivíduos e não grupos sociais, as instituições governamentais não são obrigadas a implementar políticas raciais. Como a raça é uma categoria sem relevância social no nosso país, negros e brancos possuem as mesmas chances de sucesso acadêmico ou profissional. Possíveis diferenças entre esses grupos podem ser eliminadas por meio de políticas destinadas ao melhoramento das condições sociais de todos os grupos raciais existentes neste país.⁸

⁷ Essa é a postura adotada pelos membros da Comissão de Direitos Humanos e Minorias em nota oficial publicada em 7 de maio de 2008. Os deputados que fazem parte dessa comissão parlamentar manifestaram naquele documento o seu apoio ao PROUNI e às leis estaduais do Rio de Janeiro que estabelecem cotas nas universidades estaduais para alunos negros e carentes. Muitos representantes do Partido dos Trabalhadores utilizam os mesmos argumentos para defender políticas de inclusão racial nas audiências públicas realizadas para discutir a constitucionalidade da proposta de lei que cria cotas raciais.

⁸ Muitos desses argumentos têm sido constantemente defendidos por representantes de vários partidos nas audiências públicas que procuram discutir a constitucionalidade do Estatuto da Igualdade Racial e da PL 180/2008, proposta de lei que estabelece cotas nas universidades federais para alunos negros e egressos das escolas públicas. Os Democratas, partido político tradicionalmente identificado com os interesses das elites políticas e econômicas brasileiras, recorrem constantemente a esses argumentos para questionar a constitucionalidade das políticas raciais recentemente implementadas no país. A bancada ruralista, grupo contrário à regularização das terras quilombolas, também utiliza essa mesma retórica para criticar o Estatuto da Igualdade Racial.

1.2 – TRÊS QUESTÕES CENTRAIS DO DEBATE SOBRE A NOVA AGENDA SOCIAL

Esse debate levanta uma série de problemas de natureza jurídica e política que precisam ser cuidadosamente analisados. Três questões presentes nessa discussão merecem atenção especial: os pressupostos jurídicos que fundamentam o processo de interpretação das normas constitucionais, os parâmetros utilizados na análise da constitucionalidade de políticas estatais e os tipos de narrativas raciais que determinam a interpretação do princípio da igualdade. O primeiro problema está relacionado com os princípios filosóficos a serem utilizados no processo de interpretação da Constituição Federal pela comunidade de seus intérpretes.⁹ Esse grupo é formado por todas as pessoas que fazem parte da nossa comunidade política, uma vez que as normas constitucionais são produto de um acordo que expressa a vontade coletiva dos cidadãos. Aqueles que condenam os programas de ações afirmativas geralmente interpretam as normas constitucionais a partir de um parâmetro liberal-individualista. O princípio da igualdade formal e a noção de justiça simétrica podem ser apontados como os elementos centrais dessa perspectiva hermenêutica baseada na atuação negativa das instituições estatais. Aqueles que condenam as políticas raciais compreendem a igualdade constitucional apenas como um princípio limitador do poder regulador estatal. Parte-se do pressuposto de que a proteção dos interesses individuais é o papel central das instituições estatais. As normas jurídicas devem tratar todos os membros da comunidade política da mesma forma porque eles estão similarmente situados. Isso significa que as instituições estatais não devem adotar políticas públicas que comprometam a liberdade individual em nome de interesses de grupos sociais. Tais políticas são válidas apenas quando não violam a liberdade dos indivíduos, razão pela qual o Estado deve sempre adotar políticas universais.¹⁰

Os que defendem a necessidade de implementação de políticas raciais defendem uma postura interpretativa bastante distinta. Eles asseveram que o princípio da justiça social deve servir como parâmetro para o exame da legalidade das políticas públicas porque a promoção da igualdade

⁹ A idéia de uma comunidade aberta dos intérpretes do texto constitucional foi introduzida pelo jurista alemão Peter Haberle. O autor procura apresentar novas formas de legitimação da interpretação constitucional e argumenta que esse processo precisa levar em consideração o pluralismo presente dentro da comunidade política. Ver Peter Haberle, *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, 1997.

¹⁰ A interpretação constitucional no paradigma do constitucionalismo liberal tinha um caráter francamente formalista, fator decorrente da crença de que o texto legal determinava tanto o conteúdo da norma jurídica como também a sua interpretação. Ver Menelick de Carvalho Netto. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, jul./dez, p. 25 – 44, 1998.

substantiva entre grupos sociais é um objetivo central do nosso sistema jurídico. Várias normas constitucionais obrigam as instituições estatais a implementar políticas públicas que possibilitem a realização desse ideal. Tal perspectiva está baseada na íntima correlação entre os direitos de primeira e segunda geração, sendo que só a promoção conjunta dos mesmos pode efetivamente contribuir para a emancipação humana. A garantia da autonomia humana não está restrita ao acesso de direitos políticos e civis. Se os direitos políticos têm importância central para o alcance dos direitos sociais por possibilitar a participação no processo decisório, os direitos sociais surgem como um requisito para o pleno gozo dos direitos políticos porque eles garantem as condições para uma participação política consciente. Os defensores dos programas de ações afirmativas rejeitam uma suposta relação de subordinação entre essas duas categorias de direitos, afirmando que a liberdade humana só pode ser alcançada quando as pessoas podem agir autonomamente em diferentes esferas da existência.¹¹ Verificamos que os defensores dos programas de ações afirmativas partem do pressuposto de que as liberdades individuais não têm primazia absoluta sobre os interesses estatais. Elas podem ser parcialmente comprometidas na medida em que procuram atingir um interesse estatal legítimo. Como a justiça social requer o alcance de uma igualdade proporcional entre os indivíduos, as instituições estatais podem criar mecanismos que possibilitem a erradicação das disparidades entre grupos sociais, o que implica a restrição dos direitos de terceiras partes.¹²

O sistema constitucional brasileiro, ponto de partida para a discussão da legitimidade de políticas públicas, possui um caráter claramente emancipador. Ele está estruturado em torno de alguns princípios instituídos com o objetivo de superar os problemas postos pelo constitucionalismo liberal, paradigma político que mostrou-se incapaz de estender os direitos fundamentais para todas as categorias de indivíduos. O comprometimento constitucional com a promoção da autonomia humana em diversas áreas da existência pode ser comprovado pela inclusão de várias categorias de direitos que estão intimamente correlacionadas. A ordem constitucional brasileira pode ser caracterizada como uma democracia baseada nos direitos de primeira e segunda geração, sendo que a concretização dessa ordem social é um mandato constitucional juridicamente

¹¹ Muitos participantes do debate sobre as políticas de inclusão racial recorrem a esse argumento, mas muitos juristas também defendem posição idêntica. Todos eles acreditam na necessidade de uma interpretação integrada dos direitos fundamentais como a mais adequada ao atual paradigma constitucional. Ver, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. ; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 496 - 517.

¹² Essa perspectiva tem sido defendida por aqueles que defendem os programas de ações afirmativas entre eles Joaquim Barbosa Gomes, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Cf. GOMES, J. B. B. . A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 151, p. 129-152, 2001.

vinculante.¹³ Direitos de primeira e segunda geração convivem dentro do atual paradigma constitucional, sendo que os mesmos adquirem nova significação tendo em vista os princípios que estruturam o texto constitucional. Isso significa que um exame adequado da legitimidade das políticas públicas devem levar em consideração o sentido que o princípio da igualdade adquiriu ao longo dos paradigmas constitucionais. A postura liberal defendida por aqueles que condenam os programas de ações afirmativas encontra várias dificuldades porque está baseada em pressupostos superados pela filosofia política que informa o nosso texto constitucional atual.¹⁴

O debate sobre as políticas de inclusão racial levanta ainda um outro problema que demanda um exame bastante cuidadoso. A perspectiva hermenêutica a ser adotada pela comunidade de intérpretes do texto constitucional está diretamente relacionado com a questão do papel das políticas públicas dentro do processo de construção de uma sociedade igualitária. Políticas públicas têm uma função de grande importância no processo de realização dos preceitos que estruturam o sistema constitucional das democracias modernas. As normas constitucionais servem como parâmetro para a ação das instituições estatais, estabelecendo metas e interesses que procuram realizar a igualdade e liberdade dos indivíduos, os dois preceitos fundamentais do nosso sistema jurídico e político. Os opositores dos programas de ações afirmativas defendem apenas políticas públicas de caráter universal porque iniciativas governamentais devem observar o princípio da generalidade das leis, ideal segundo o qual as normas devem dirigir-se à totalidade

¹³ O caráter vinculante das normas constitucionais que estabelecem erradicação das disparidades sociais tem sido reiteradamente afirmado pelos tribunais superiores. Ver, por exemplo, STF, ADIN No. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, 2649-6, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, DJ 17.10.2008 (afirmando que “não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos”); STF, RE No. 541627-5, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Joaquim Barbosa Gomes, SJ 21.11.2008 (“A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho”); STF, ADI 3300 MC / DF – Distrito Federal, Relator: Celso de Mello, DJ 09.02.2006 (“Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais”)

¹⁴ Para uma análise dos princípios jurídicos que informam o atual paradigma constitucional ver José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 119 – 122.

dos indivíduos.¹⁵ Os proponentes das políticas de ações afirmativas atribuem às instituições estatais a função de criação de políticas específicas para a eliminação das disparidades raciais. Eles argumentam que a eliminação das disparidades raciais é um interesse estatal legítimo, principalmente quando se considera a história de discriminação racial sistemática que caracteriza a nação brasileira.

A necessidade de políticas públicas destinadas a resolver problemas enfrentados por grupos sociais específicos tornou-se cada vez mais presente na história recente das democracias liberais. O constitucionalismo moderno está marcado por um processo contínuo de diferenciação do direito: as normas jurídicas tendem a se afastar cada vez mais do ideal da generalidade com o fim de promover a emancipação de grupos sociais específicos. O processo de diferenciação do direito é uma consequência direta da inadequação de políticas universais para eliminar as desigualdade estruturais que caracterizam as democracias modernas. Processos de exclusão social fazem parte do cotidiano das democracias liberais porque os grupos majoritários são capazes de mobilizar as instituições estatais para atenderem os seus próprios interesses. Isso contribui para a perpetuação das disparidades sociais entre os diversos grupos sociais, apesar dos membros desses grupos continuarem a exercer os seus direitos políticos. Os direitos de segunda geração surgiram exatamente para contrabalançar essa situação: os direitos sociais procuram garantir uma igualdade proporcional entre os indivíduos, afastando assim a idéia da generalidade das normas jurídicas como um princípio jurídico absoluto..¹⁶

Tendo em vista o crescente afastamento do princípio da generalidade das normas jurídicas na cultura jurídica contemporânea, os tribunais desenvolveram alguns critérios para o exame da legitimidade dos atos estatais. As instituições governamentais podem utilizar quaisquer critérios para a criação de políticas públicas, desde que a utilização dos mesmos possibilite o alcance de um interesse constitucionalmente protegido. Os atos estatais serão considerados constitucionais

¹⁵ O princípio da generalidade das leis constitui um preceito central do constitucionalismo liberal, preceito que teve importância fundamental no processo de universalização dos direitos fundamentais. Esse princípio procurava evitar arbitrariedades ao impor a necessidade de criação de normas jurídicas destinadas à totalidade dos membros da comunidade política. Ver José Gomes Canotinho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 90 – 92.

¹⁶ Esse processo de diferenciação do direito não se confunde com o particularismo existente antes do advento do constitucionalismo moderno quando as normas jurídicas estabeleciam privilégios baseados na classe social das pessoas. Procura-se na verdade garantir a universalização dos direitos fundamentais por meio de normas que garantem a igualdade entre grupos sociais, tendo em vista o fato de que o constitucionalismo liberal não possibilitou a construção de uma sociedade genuinamente igualitária. Ver Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 67 – 69.

na medida em que exista uma relação racional entre um critério de tratamento diferenciado e um interesse estatal legítimo. Essa exigência de razoabilidade serve então como um princípio jurídico para o julgamento da adequação das ações estatais. Mas esse preceito também possui um caráter político porque pressupõe certas concepções amplas de justiça. Ele está baseado no pressuposto de que pessoas similarmente situadas devem ser tratadas de forma similar. Parte-se do pressuposto de que as instituições estatais não devem criar classificações arbitrárias. Aqueles que condenam os programas de ações afirmativas seguem exatamente esse pressuposto: a raça dos indivíduos constitui um limite ao poder regulador do Estado. Ela não deve ser utilizada porque não está relacionado com a capacidade individual.¹⁷

A interpretação da noção de igualdade apenas como um limite ao poder regulador estatal encontra sérios problemas quando analisamos os princípios estruturantes da nossa ordem constitucional. O nosso texto constitucional contempla diferentes concepções de justiça, cada uma delas relacionada com um conceito de igualdade. Podemos identificar pelo menos dois tipos de justiça na nossa Constituição: a noção de justiça simétrica e a noção de justiça substantiva. A primeira noção de justiça requer que indivíduos similarmente situados sejam tratados de forma similar. Como tivemos oportunidade de observar, ela está baseada na idéia de uma atuação negativa das instituições estatais. O segundo conceito autoriza o tratamento desigual entre indivíduos que se encontram em situações desiguais. A noção de justiça substantiva procura assim garantir que as pessoas tenham acesso a condições mínimas de existência para que possam exercer livremente a cidadania. Se a primeira noção de justiça está baseada em uma concepção do indivíduo como uma realidade autônoma, a segunda idéia de justiça reconhece a natureza social da autonomia humana. Enquanto a primeira concepção de justiça considera a situação das diferentes classes de indivíduos tal como eles se apresentam no momento presente, o conceito de justiça substantiva demanda a consideração da história social dos grupos afetados por uma determinada política pública. Isso significa que uma análise adequada da constitucionalidade de políticas públicas requer uma consideração da posição que os grupos sociais ocupam dentro da

¹⁷ Para uma análise da noção de razoabilidade enquanto princípio jurídico ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2003; Luis Roberto Barroso, *A interpretação das normas constitucionais*, 2003.

realidade social. Mais do que isso, a noção de justiça substantiva pressupõe a ação positiva das instituições estatais para que as desigualdades sociais sejam eliminadas.¹⁸

Uma outra questão levantada por essa discussão tem importância considerável para um exame adequado dos parâmetros a serem utilizados na interpretação do princípio da isonomia. O atual debate sobre as políticas raciais está marcado pela associação entre diferentes concepções de raça e idéias divergentes sobre a noção de igualdade. Vários argumentos presentes na atual discussão sobre políticas raciais pressupõem uma amalgamento entre raça e classe social, perspectiva longamente utilizada para negar a presença de racismo no país. Essa postura reflete uma forma de narrativa racial baseada na necessidade de se eliminar quaisquer referências à questão racial, uma vez que essa categoria carece de importância social no contexto brasileiro. Afirma-se ainda que a miscigenação racial presente no Brasil denota a existência de relações raciais harmônicas na nossa nação, um traço cultural ameaçado pelas políticas raciais recentemente adotadas. A consideração da raça como uma realidade biológica irrelevante e a afirmação da ausência de racismo no Brasil servem como fundamento para a utilização do princípio da igualdade formal e a noção de justiça simétrica entre indivíduos no exame da constitucionalidade das políticas raciais. Essa perspectiva pode ser compreendida como uma forma de narrativa racial baseada no pressuposto de que a condição racial das pessoas não pode ser vista como um fator determinante de sua condição social. Como as desigualdades entre negros e brancos apenas refletem desigualdades sociais, as políticas públicas devem estar baseadas na classe social dos indivíduos.¹⁹

¹⁸ STF, RE 595595 AgR / SC, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Eros Grau, DJ 25.04.2009 (“O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”); STF, RE 410715 AgR/SP, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Celso de Mello, DJ 03.06.2006 (“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”).

¹⁹ Os países latino-americanos desenvolveram diferentes versões desta ideologia racial para escamotear a discriminação racial sistemática que existe nessas sociedades. Todas elas estão baseadas nos mesmos pressupostos: as sociedades latino-americanas são que possuem uma cultura igualitária, fruto da miscigenação racial entre diferentes grupos. Possíveis diferenças sociais não são produto de preconceito racial, mas consequências de inevitáveis problemas de classe social. Ver George Raid Andrews, *Afro-Latin America, 1800 – 2000*, p. 117 - 190; Marylyn Grace Miller, *The rise and fall of the cosmic race: the cult of mestizaje in Latin America*, 1 – 17.

Os propositores de políticas raciais subscrevem uma forma de narrativa racial bastante distinta. Se a raça não existe enquanto uma realidade biológica, como querem muitos opositores das políticas raciais, ela certamente existe como um mecanismo de exclusão social. A compreensão da raça como uma construção social, perspectiva esposada por vários tribunais brasileiros, tem um papel de grande importância no exame da constitucionalidade dos programas de ações afirmativas.²⁰ Tal entendimento serve como pressuposto para uma forma de narrativa racial que correlaciona a raça enquanto categoria social com princípios constitucionais que procuram promover a integração social. O reconhecimento da raça como um mecanismo de exclusão social justifica a adoção de programas de ações afirmativas porque o texto constitucional autoriza as autoridades públicas a utilizarem quaisquer categorias para atingir um interesse estatal. Como a erradicação das disparidades entre grupos raciais pode ser claramente identificada como um interesse estatal legítimo, as políticas de inclusão racial podem ser plenamente classificadas como constitucionais. A compreensão da raça como um mecanismo de exclusão social justifica a adoção de políticas compensatórias que procuram promover a igualdade entre grupos raciais.²¹

1.2 – AÇÕES AFIRMATIVAS E INTERESSES ESTATAIS: UMA NOVA PERSPECTIVA

O presente artigo explora então três questões levantadas pelo atual debate legislativo sobre os programas de ações afirmativas: os princípios filosóficos que determinam a interpretação das normas constitucionais, os mecanismos utilizados para examinar a legitimidade de políticas públicas e as diferentes narrativas raciais defendidas pelos participantes dessa discussão. Essas três questões merecem especial consideração porque elas determinam a interpretação do princípio constitucional da igualdade, aspecto fundamental da análise da constitucionalidade das políticas

²⁰ O conceito de raça como um mecanismo de exclusão social tem sido incorporado por vários tribunais brasileiros que defendem a constitucionalidade dos programas de ações afirmativas. Esses órgãos rejeitam a teoria da democracia racial como uma forma de explicação das relações raciais brasileiras e reconhecem que os direitos sociais são uma condição para o pleno gozo da igualdade entre indivíduos. Ver, por exemplo, TJPR, AC No. 0353602-7, Órgão Julgador: 10ª. Vara Cível, Relator: Waldemir Luiz da Rocha, 10.10.2006 (afirmando que a raça sempre serviu como mecanismo para a alocação de privilégios sociais, o que justifica a implementação de políticas compensatórias que utilizam a raça); TRF-1ª. Região, AC No. 1999.38.00.036330-8/MG, Órgão Julgador: 5ª. Turma, Relator: Selene Maria de Almeida, DJ 19.04.2007 (rejeitando o argumento de que a disparidade entre negros e brancos apenas reflete problemas de classe social e afirmando que as disparidades entre negros e brancos decorre da existência de preconceito racial).

²¹ Ver nesse sentido TRF-4ª. Região, AI No. 2008.04.00.017059-7/RS, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, 29.05.2008 (“Aliás, o pressuposto liberal de que os indivíduos devem ser abstratamente tratados como iguais não passaria de uma mera ficção. A concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições. O postulado substancial da igualdade é um dos fatores fundamentais para a concretização da democracia econômica e social”)

de ações afirmativas. Argumentamos que o princípio da igualdade formal e a noção de justiça simétrica não oferecem elementos suficientes para o exame da legitimidade dessas políticas públicas porque estão baseados em pressupostos jurídicos incompatíveis com o atual paradigma constitucional. A interpretação do princípio da igualdade como um mero limite ao poder regulador estatal representa uma leitura parcial do texto constitucional, documento legal que contém várias normas estabelecem várias obrigações estatais positivas. Isso significa que a implementação de políticas raciais procura atingir uma meta estabelecida pela própria Constituição Federal: a eliminação das disparidades entre grupos sociais.

Entendemos que a correlação entre o princípio da igualdade formal com elementos da ideologia da democracia racial presente nos debates legislativos sobre políticas a lei de cotas constitui uma estratégia ideológica que procura manter uma ordem social exclusionária. A associação entre princípios liberais e essa ideologia racial pode ser classificada como um aspecto característico das sociedades latino-americanas. Essas sociedades sempre celebraram a miscigenação racial como sinal de que as oportunidades sociais são igualmente distribuídas a todas as pessoas independentemente de raça. Parte-se do pressuposto de que as sociedades latino-americanas são exemplo de um processo único dentro das relações raciais: um lugar onde diversos grupos sociais vivem harmoniosamente, o que é demonstrado pelo alto índice de miscigenação racial. A associação do ideário de uma sociedade miscigenada com o princípio da igualdade formal serve para reproduzir uma forma de dominação social fundada em uma forma de racismo mascarado como preconceito de classe. A doutrina da democracia racial é um exemplo de uma ideologia social fundada na idéia de que a sociedade brasileira é essencialmente igualitária e que possíveis diferenças entre grupos apenas refletem discriminação baseada na classe social.

Nós partiremos do pressuposto de que os programas de ações afirmativas recentemente adotados no Brasil são plenamente constitucionais porque procuram realizar um interesse estatal legítimo. A legitimidade dessas políticas públicas está baseada em alguns pressupostos decorrentes da cultura jurídica e política que informa a nossa Constituição Federal. Os programas de ações afirmativas são constitucionais porque o nosso sistema jurídico estabelece o alcance da justiça social como um princípio fundador da nossa ordem jurídica. Isso significa que esse princípio serve como parâmetro central para a interpretação das normas jurídicas e para a avaliação da legitimidade dos atos estatais. O alcance da justiça social requer ações estatais positivas para que as disparidades entre grupos sociais sejam eliminadas, meta que pode ser classificada como um mandamento constitucional que vincula as instituições estatais. Sendo assim, as política de

inclusão racial são plenamente justificadas pelo princípio da isonomia material, preceito constitucional que procura estabelecer uma igualdade proporcional entre grupos sociais. Essa concepção de igualdade observa a posição social que certos grupos ocuparam ao longo da história, o que é necessário para julgar a necessidade de políticas compensatórias. Mas esse preceito constitucional também olha para o futuro, ao justificar iniciativas que procuram promover a inclusão social de todos os grupos sociais. Vemos então que a perspectiva que aqui adotamos está fundada em uma análise integrada de argumentos jurídicos e sociológicos, perspectiva que observa a realidade social no processo de interpretação da igualdade. Argumentamos também que os programas de ações afirmativas podem ser justificados legalmente tanto como uma política de caráter compensatório, como também uma iniciativa que procuram promover a inclusão social da população negra. Como o atual paradigma constitucional tem um caráter emancipador, o que está demonstrado pela íntima correlação entre as diferentes gerações de direitos, as políticas de ações afirmativas podem ser vistas como um interesse estatal legítimo.

Uma defesa da constitucionalidade dos programas de ações afirmativas requer uma análise cuidadosa de alguns conceitos centrais presentes no atual debate sobre políticas raciais. Torna-se necessária uma análise dos argumentos sociológicos presentes na atual discussão sobre políticas de inclusão racial. Devotaremos especial atenção a dois temas centrais desse debate legislativo: o conceito de raça e o conceito de racismo. Um análise da literatura recente sobre essas duas categorias tem importância central para a nossa argumentação porque os participantes desse debate tendem a restringir a noção de raça a uma realidade biológica e o conceito de racismo a um comportamento individual sem consequências institucionais. Inúmeros estudos desenvolvidos nos últimos vinte anos demonstram que as noções de raça e racismo possuem uma natureza mutável em função da constante reconfiguração das relações de poder em uma determinada sociedade. Como essas duas noções foram criadas para justificar relações de poder em diferentes sociedades e em diferentes contextos históricos, elas devem ser vistas como construções sociais que atendem interesses de grupos específicos em momentos distintos. Torna-se então necessário avaliar os diferentes processos históricos e sociológicos em função dos quais as relações de poder entre grupos raciais são instituídas e reiventadas. Como o conceito de raça serve como um mecanismo de estratificação social, o seu descrédito como realidade biológica não impede a sua consideração como uma realidade social. A compreensão da raça como uma construção social e a idéia do racismo como uma dinâmica de relações de poder tem especial importância para a consideração do que seja um interesse estatal. Como o nosso texto

constitucional estabelece a eliminação de disparidades sociais como um objetivo central do nosso sistema jurídico, a consideração da dinâmica racial dentro da sociedade brasileira tem um papel importante na consideração da igualdade racial como um interesse estatal.²²

Nós examinaremos na primeira parte deste artigo as condições históricas responsáveis pela implementação dos programas de ações afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil. Procuraremos examinar as diferentes condições históricas e sociais responsáveis pela subordinação social da população negra nos dois países e como as políticas raciais foram criadas para garantir oportunidades iguais a negros e brancos. Identificaremos na segunda parte deste trabalho os diferentes argumentos presentes no atual debate legislativo sobre ações afirmativas no Brasil. Teremos oportunidade de identificar as duas formas de narrativas raciais presentes na discussão sobre a constitucionalidade dos programas de ações afirmativas. Analisaremos na terceira parte deste artigo as noções de razoabilidade, igualdade e interesse estatal. Esse estudo nos ajudará a estabelecer parâmetros importantes para a discussão da constitucionalidade dessas políticas públicas. Desenvolveremos na terceira parte deste trabalho um estudo sobre algumas teorias sobre raça e racismo e identificaremos aquelas noções que mais se adequam ao estudo das relações raciais no momento atual. Tendo em vista a análise desenvolvida nas partes anteriores, nós apresentaremos na quarta parte uma série de argumentos que justificam a adoção dos programas de ações afirmativas no Brasil. Estes argumentos procuram identificar uma perspectiva interpretativa mais coerente com os pressupostos jurídicos que informam o nosso sistema constitucional.

2 – CONCEITO E HISTÓRIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 – CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Os programas de ações afirmativas tem sido amplamente debatidos no Brasil, mas existe uma grande confusão sobre o verdadeiro sentido e alcance desse tipo de política pública. Muitos participantes da atual discussão sobre políticas raciais confundem ações afirmativas com cotas

²² Essa perspectiva emancipadora tem sido defendida pelo Supremo Tribunal Federal em uma série de decisões sobre questões de grande relevância social. Ver, por exemplo, STF, Pet. No. 1984/RS, Relator: Marco Aurélio, DJ 20.02.2003 (estendendo direitos sociais aos casais homossexuais sob o argumento de que a Constituição Federal estabelece como objetivo central a construção de uma sociedade igualitária e inclusiva); STF, RE-AgR, No. 410.715/SP, Órgão Julgador: 2a. Turma, Relator: Celso de Mello, DJ 03.02.2006 (reconhecendo a conexão entre os direitos de primeira e segunda geração e reconhecendo a importância da defesa de cada uma dessas categorias para a garantia da outra); STF, HC No. 89176-4/PR, Órgão Julgador: 2a. Turma, Relator: Gilmar Mendes, DJ 22.09.2006 (afirmando que o princípio da dignidade humana é o princípio fundamental da Constituição Brasileira, o que impõe a necessidade de proteção de várias categorias de direitos como forma de se proteger a autonomia humana).

raciais ou simplesmente descrevem esses programas como privilégios raciais.²³ Como o presente debate requer uma conceituação adequada dessa forma de política pública, nós apresentaremos uma conceituação que tem o propósito de clarificar alguns pontos importantes desse tema. Ações afirmativas designam uma série de iniciativas públicas e privadas que procuram promover a igualdade de oportunidades por meio da incrementação da participação de minorias em alguns setores considerados fundamentais para a realização da cidadania e para a construção de uma sociedade igualitária. Esses programas estão direcionados principalmente para a garantia de acesso de grupos minoritários a oportunidades educacionais e profissionais. Apesar dessas iniciativas terem um caráter de política pública, obrigando principalmente as instituições estatais, elas procuram também servir como parâmetro para o setor privado.²⁴ As políticas de inclusão racial começaram a ser adotadas em sociedades multiculturais que tiveram uma longa história de discriminação contra certos grupos raciais e étnicos. Se essa forma de política racial funciona em algumas sociedades como um mecanismo antidiscriminatório, em outras ela funciona como uma forma de política pública de caráter compensatório, sendo que elas podem ser justificadas tanto de uma forma como de outra.²⁵ Embora essas políticas tenham originariamente procurado garantir igualdade de oportunidades para membros de grupos raciais minoritários, muitas instituições também criaram programas que procuram atenuar a discriminação baseada no gênero e na orientação sexual dos indivíduos.

Vários argumentos são evocados para justificar os programas de ações afirmativas. Muitos alegam que esses programas são constitucionais porque estão de acordo com o princípio da igualdade material. Como essas iniciativas governamentais procuram garantir a igualdade substantiva entre

²³ Essa posição tem sido defendida por vários membros do Partido Democrata em audiências públicas sobre leis que estabelecem cotas raciais nas instituições públicas de ensino superior. Ver, por exemplo, 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura realizada em 19 de março de 2009.

²⁴ A implementação dos programas de ações afirmativas por instituições do setor privado nos Estados Unidos consolidou-se ao longo dos anos em função do entendimento de que a existência de estudantes e profissionais com diferentes experiências sociais contribui para o engrandecimento da experiência educacional e profissional. Cf. RANDY. *The affirmative action debate*, p. 65 – 76.

²⁵ A justificação de implementação dessas iniciativas nos Estados Unidos estava baseada principalmente na idéia de uma política antidiscriminatória. Os programas de ações afirmativas surgiram como um instrumento de combate às práticas discriminatórias presentes naquela sociedade. A adoção desses programas em países latino-americanos seguem uma proposta mais ampla, procurando não apenas eliminar formas de exclusão social, mas também procurando criar igualdade de oportunidades.

grupos, eles são coerentes com os ideias da justiça social e da dignidade humana.²⁶ Esse tipo de iniciativa governamental tem sido amplamente defendida como uma forma de política antidiscriminatória. Aquelas instituições que negaram oportunidades a candidatos de grupos raciais minoritários têm a obrigação de admitir pessoas daquele grupo anteriormente excluídos. A discriminação social contra grupos raciais também tem sido apontada como uma razão para a implementação desses programas. Muitas pessoas afirmam que essas iniciativas procuram combater as formas de racismo estrutural que existe nas nossas sociedades. Alguns autores argumentam que as políticas de inclusão racial possibilitam a criação de modelos para as minorias. Eles argumentam que um aumento da visibilidade social de profissionais de grupos minoritários contribui para o aumento da autoestima das crianças daqueles grupos. Isso serve então como um encorajamento para que elas procurem um tipo de formação profissional anteriormente restrito aos grupos raciais majoritários.²⁷

Outros autores afirmam que esses programas são importantes porque fornecem profissionais que desejam oferecer seus serviços para membros de grupos minoritários. Profissionais dos grupos raciais majoritários podem não querer trabalhar para minorias ou não ter o mesmo empenho na prática profissional; programas de ações afirmativas possibilitariam a eliminação desse problema. Políticas de inclusão racial também são defendidas como uma forma de política pública de caráter compensatório. Essas iniciativas garantem o acesso a oportunidades profissionais e educacionais àqueles grupos sociais que foram vítimas de preconceito racial.²⁸ Tais programas também podem ser apontados como um mecanismo de combate àquelas práticas sociais que influenciam negativamente os grupos minoritários, apesar de não utilizar a raça como critério de tratamento diferenciado. Isso acontece quando instituições públicas e privadas utilizam práticas sociais neutras com o propósito real de prejudicar minorias raciais.²⁹ O conceito de diversidade tem sido recentemente empregado para justificar iniciativas de inclusão racial. Argumenta-se que

²⁶ Essa é a perspectiva adotada por muitos defensores dos programas de ações afirmativas no Brasil, nação que adotou programas de ações afirmativas nas últimas décadas para eliminar as disparidades sociais entre negros e brancos. Alguns autores norte-americanos defendem esses programas principalmente como uma forma de política compensatória, mas outros autores defendem esses programas apenas como uma prática antidiscriminatória contra instituições que efetivamente discriminaram grupos raciais.

²⁷ DWORKIN. *Uma questão de princípio*, p. 437 – 452.

²⁸ CHEMERINSKY. *Constitutional law: principles and policies*, p. 732 – 749.

²⁹ A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de exigências profissionais não relacionadas com o desempenho do trabalho que têm a função de excluir negros de oportunidades laborais. Apesar desses requisitos não mencionarem a questão racial, elas tem o objetivo de excluir negros ao exigir qualificação acadêmica que muitos negros não tinham. Aquele tribunal classificou essa prática como um impacto desproporcional porque afetava principalmente negros. Ver *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971).

a presença de pessoas com experiências sociais diversas contribui para a formação de um ambiente profissional e educacional mais rico para todos.³⁰

Os programas de ações afirmativas podem assumir muitas formas, variando de incentivos fiscais ao estabelecimento de cotas. Muitas empresas privadas que mantêm relações contratuais com o setor público são obrigadas a contratar uma porcentagem de profissionais de grupos minoritários. O poder público ou órgãos privados podem exigir que instituições públicas e privadas divulguem o nível de diversidade racial presente nos seus quadros. Tal fato pode ser visto como um fator positivo tanto para a instituição em questão como também para os grupos minoritários. Empresas com maiores índices de diversidade podem receber incentivos fiscais ao atraírem os profissionais mais capacitados de grupos minoritários. Programas de ações afirmativas podem existir na forma do estabelecimento de cotas para grupos de minoria, o que seria a forma mais radical desse tipo de iniciativa. Pode-se também utilizar a raça dos indivíduos entre outros fatores no processo de seleção. A raça do candidato ao emprego ou a uma vaga em uma instituição educacional pode entrar em consideração após terem sido selecionados os candidatos mais adequados para aquela posição. Instituições públicas e privadas podem criar ainda programas especiais para a capacitação profissional ou educacional de membros de grupos minoritários.³¹

2.2 – HISTÓRIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS EUA

Muitos opositores dos programas de ações afirmativas recorrem a história social dos Estados Unidos como base para a condenação desse tipo de política pública. Eles afirmam que tais programas não são necessários no Brasil porque o nosso país não conheceu uma história de discriminação como aquela presente na sociedade norte-americana. Esses atores sociais também alegam que esses programas introduzirão no nosso país um tipo de ódio racial característico dos Estados Unidos.³² Mas a história social dos dois países são bem mais semelhantes do que essas críticas sugerem. As duas sociedades adotaram estratégias distintas para manter a supremacia branca e as políticas de inclusão racial procuram resolver o mesmo problema: a exclusão

³⁰ A noção de diversidade ganhou notoriedade na sociedade norte-americana em função de uma decisão do tribunal máximo daquele país sobre programas de ações afirmativas. Argumentou-se naquela decisão que a exposição de estudantes a uma variedade de posições e experiências dentro do ambiente escolar era a única justificativa adequada dos programas de ações afirmativas. Ver *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

³¹ Para uma avaliação dos programas de ações afirmativas como política social ver David Neumark. Assessing affirmative action, *Journal of Economic Literature*, v. 38, n.3, p. 483 – 568.

³² Ver, por exemplo, a intervenção dos representantes do Partido dos Democratas na 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009.

sistemática da população negra. Apresentaremos nessa parte um esboço histórico sobre as relações raciais nos Estados Unidos e no Brasil e o processo de implementação de ações afirmativas nos dois países.

Os programas de ações afirmativas foram implementados nos Estados Unidos na década de 60 como uma forma de política pública que procurava garantir a igualdade de oportunidades entre brancos e negros. Tais iniciativas adquiriram grande relevância após a promulgação da legislação de proteção de direitos civis nos Estados Unidos, momento histórico no qual criou-se um consenso de que negros e brancos deveriam ser tratados igualmente perante a lei. Mas a história da implementação dos programas de ações afirmativas nos Estados Unidos está diretamente ligada à história das relações raciais naquele país, nação que adotou um dos mais brutos sistemas de apartheid racial que o nosso mundo conheceu. A abolição da escravidão nos Estados Unidos aconteceu em 1865 após uma guerra civil motivada, entre outras coisas, por uma decisão judicial que permitiu a escravidão nos novos territórios conquistados. Emendas constitucionais proibiram a prática da escravidão e estabeleceram a igualdade entre todos os cidadãos. Iniciaram-se algumas discussões sobre possíveis medidas para promover a integração da população negra à sociedade norte-americana, mas essas iniciativas foram logo seguidas por uma série de medidas que impediam a participação desses cidadãos na vida social daquele país. Leis estaduais estabelecendo requisitos para a participação dos negros no processo eleitoral, criando sistemas laborais semelhantes ao da escravidão e implementando um sistema de segregação geográfica entre grupos raciais contribuíram para a permanência da população negra em uma situação parecida com a escravidão. Esse processo de exclusão social extrema acabou sendo legitimado por uma série de decisões jurídicas que estabeleceram a legalidade da segregação racial nos espaços privados.³³ A violência racial estava presente em todas as relações sociais; quaisquer demandas de tratamento igualitário geravam retaliação imediata por parte dos membros da chamada raça superior. Os brancos controlavam todas as esferas do poder social, o que impossibilitava o avanço de quaisquer formas de demandas por tratamento igualitário no seu nível mais básico possível. Embora a segregação racial estivesse presente em todos os estados norte-americanos, ela se concentrava principalmente nos estados localizados no sul do país.³⁴

³³ Essas decisões ficaram conhecidas como os *Civil Rights Cases*. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o Congresso não tinha o poder de promulgar leis que proibiam a discriminação nos espaços privados. Isso tornou possível a segregação racial em uma série de instâncias, como no caso de habitação, emprego e na vida pública. Ver *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

³⁴ HOPE & MOSS JR. *From slavery to freedom: a history of African Americans*, 245 – 286.

Essa situação começou a mudar ao longo das primeiras décadas do século passado em função do aparecimento de lideranças negras no nível estadual e nacional. Vários líderes começaram a atuar em duas frentes principais: o governo federal e o judiciário. Eles defendiam uma atuação mais efetiva do governo federal, principalmente por meio da promulgação de leis que proibissem formas de violência mais extremas, como também pela garantia de investimentos iguais na educação. Como essas iniciativas encontravam grande oposição em um congresso dominado pelos estados sulistas, as lideranças também começaram a recorrer aos tribunais como frente de batalha. Embora as cortes federais e estaduais compartilhassem a mesma ideologia de supremacia racial, elas começaram a atender algumas das demandas dos militantes negros. Algumas decisões obrigaram os estados a manterem o mesmo investimento nas escolas destinadas para negros e brancos, iniciando assim um longa batalha para o igualdade racial, processo no qual os tribunais norte-americanos tiveram um papel de importância fundamental.³⁵

Políticas estatais que procuravam eliminar a discriminação racial no mercado de trabalho tiveram início no período da depressão, quando as taxas de desemprego eram particularmente altas entre a população negra. O governo norte-americano criou vários programas para recuperar a economia e diminuir o desemprego, políticas que tinham como objetivo a melhoria de condições para todos os cidadãos. Mas apesar desses planos nacionais procurarem promover a melhoria para todos os grupos da sociedade norte-americana, os negros eram sistematicamente excluídos das oportunidades de trabalho. Uma das primeiras iniciativas governamentais que tentou garantir igualdade de oportunidades para todos os grupos raciais surgiu no governo do presidente Roosevelt no início da década de 40. Essa ordem executiva proibia a discriminação de negros nas obras financiadas pelo governo ou que faziam parte das frentes de trabalho; mais do que isso, essa ordem obrigava as empresas a empregarem uma porcentagem fixa de funcionários negros qualificados. Os efeitos dessa ordem executiva ficaram bem aquém do esperado. Os negros continuavam sendo sistematicamente excluídos de oportunidades profissionais. A continuação dessa realidade motivava uma pressão contínua das lideranças negros sobre o governo federal. Uma outra ordem executiva determinou que todas as agências federais e empresas envolvidas com o departamento de defesa deveriam eliminar a discriminação baseada na raça e na religião dos indivíduos. Essas entidades não poderiam discriminar indivíduos porque elas recebiam dinheiro de impostos pagos pelos cidadãos; como os negros também pagavam regularmente seus impostos, eles não poderiam ser excluídos de oportunidades oferecidas pelo governo. Novas frentes de trabalho foram abertas no período da guerra, momento histórico no qual a procura por

³⁵ KLARMAN. *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*, p. 61 – 170.

mão de obra tornou-se intensa. Várias fábricas ligadas ao departamento de defesa foram abertas e o governo norte-americano manteve uma política de não-discriminação nessas novas empresas. Apesar dessas iniciativas governamentais, a discriminação no mercado de trabalho continuava sendo largamente praticada. Ordens governamentais determinando a eliminação da discriminação racial não eram cumpridas; muitas das empresas que cumpriam essas ordens mantinham trabalhadores negros e brancos em linhas de montagens separadas, relegando os mesmos a trabalhos menos qualificados. Os sindicatos também mantinham um sistema de segregação racial, o que dificultava ainda mais a luta contra a discriminação no mercado de trabalho. Essas práticas discriminatórias continuava sendo praticada pelos empregadores do setor privado em praticamente todas as partes do país.³⁶

O movimento pelos direitos civis dos negros norte-americanos teve um impacto de fundamental importância no processo de eliminação da discriminação racial, estabelecendo também os fundamentos para os programas de ações afirmativas. Vários setores da população negra começaram a criticar e desafiar o sistema de segregação racial existente no país por meio de uma série de estratégias. Passeatas de protestos contra a segregação, boicote de empresas que praticavam a discriminação racial, ida a restaurantes que recusavam a atender negros podem ser apontadas como táticas que os cidadãos negros norte-americanos recorreram para derrubar o regime de apartheid que vigorava no país. Apesar das várias decisões dos tribunais norte-americanos que eliminaram a discriminação racial em várias esferas da vida social, a oposição à integração entre grupos raciais permitiu a continuação de práticas discriminatórias. A presença dessa situação de opressão racial dentro dos Estados Unidos era problemática tendo em vista o interesse dos norte-americanos em manter a hegemonia política no mundo livre. Criou-se assim uma convergência entre os interesses políticos da elite branca e a luta dos negros pelos direitos civis; essa realidade possibilitou a criação de uma aliança entre dos dois grupos, o que possibilitou a passagem da legislação dos direitos civis. O presidente Kennedy tomou passos decisivos para a aprovação de legislação que eliminou o sistema oficial de discriminação racial no país em inúmeras áreas.³⁷

Os programas de ações afirmativas tiveram grande impulso com a promulgação de legislação estabelecendo a igualdade de direitos civis entre negros e brancos em 1964. Essa legislação não apenas tornou a discriminação racial ilegal em várias áreas como também estabeleceu inúmeras

³⁶ ANDERSON. *The pursuit of fairness: a history of affirmative action*, p. 20 – 49.

³⁷ ANDERSON. *The pursuit of fairness: a history of affirmative action*, p. 49 – 65.

normas que procuravam prevenir práticas discriminatórias. Mais do que isso, essa legislação permitiu que as cortes atuassem para a garantia da efetiva dos processos de desegregação, o que incluía a possibilidade de empregar ações afirmativas para a garantia para a da igualdade de oportunidades para negros. Iniciativas governamentais estabelecendo metas para a contratação de negros qualificados nos empregos públicos podem ser vistos como o início dos programas de ações afirmativas nos Estados Unidos. Procurava-se assim criar uma representatividade de profissionais negros nos quadros de funcionários em diversas áreas do funcionalismo estatal. As cotas para negros foram rapidamente estendidas para outros setores, representando assim um intento em promover a integração social dos negros. Além do estabelecimento de cotas raciais no funcionalismo público, as empresas que mantinham contrato com o governo federal também foram obrigadas a empregarem uma porcentagem de profissionais negros. O governo estabeleceu ainda uma série de incentivos fiscais com a finalidade de encorajar o recrutamento de profissionais negros pelas empresas do setor privado. Universidades públicas também passaram a implementar ações afirmativas, algumas por iniciativa própria, outras como impedimento de práticas racistas. Os programas de ações afirmativas tornaram-se nas décadas seguintes uma forma de iniciativa pública e privada amplamente empregada nos Estados Unidos, o que garantiu o crescimento considerável da classe média negra norte-americana.³⁸

2.2 - A HISTÓRIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

A passagem do trabalho escravo para o trabalho livre no Brasil aconteceu em um momento de construção de um novo projeto nacional. Uma questão estava bastante clara para as elites brancas brasileiras: os negros não teriam qualquer papel relevante no futuro da nação. As autoridades brasileiras encorajaram a imigração de europeus após a abolição, estratégia que fazia parte da política de branqueamento do país. Acreditava-se naquela época que a negritude era um empecilho ao desenvolvimento da nação; a solução seria a eliminação desse elemento por meio da imigração européia. Isso aumentaria o número de brancos no país e a possível miscigenação seria responsável pela eliminação do sangue negro, uma vez que a raça branca era vista como superior. A abolição da escravatura garantiu a igualdade jurídica entre brancos e negros, mas ela não foi seguida de nenhum programa oficial para a integração social dos negros à nova realidade social. Enquanto os trabalhadores europeus obtinham privilégios sociais como maior acesso à oportunidades educacionais e profissionais, os negros brasileiros foram submetidos a um processo de exclusão do mercado de trabalho que se perpetuou por várias décadas. Se os

³⁸ ANDERSON. *The pursuit of fairness: a history of affirmative action*, p. 111-160.

imigrantes brancos europeus beneficiaram-se do nascente processo de industrialização então nascente, os descendentes de escravos sofriam os efeitos de uma política estatal calramente racista.³⁹

Essa política estatal racista sofreu uma mudança considerável no início da década de trinta com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder. Aquele era um momento de reconstrução da identidade nacional e a questão racial teve um papel de grande importância no novo projeto político. A doutrina da democracia racial tornou-se a ideologia oficial do país; a miscigenação passou a ser celebrada como um aspecto central da cultura nacional. Ao contrário da ideologia racista que caracterizou a política estatal nas décadas anteriores, os intelectuais e políticos brasileiros começaram a forjar uma identidade nacional baseada na mestiçagem cultural. O mestiço tornou-se a personificação da identidade nacional, o que serviu para afirmar a imagem de uma sociedade racialmente igualitária. As desigualdades sociais passam a ser explicadas como disparidades de classe social; a existência do racismo passou a ser negada na medida em que todas as desigualdes foram reduzidas a problemas de classe. O racismo tornou-se algo supostamente alienígena em uma sociedade que se compreende como um grupo essencialmente miscigenado. Movimentos sociais foram eliminados durante o período de governo ditatorial que se seguiu, o que ocasionou o desmantelamento dos movimentos negros. Mas a censura social e política sobre a questão racial permaneceu nos governos democráticos posteriores. Protestos contra práticas racistas passaram a ser considerados como falta de patriotismo. Essa posição adquiriu força especial durante os governos militares: críticas à ideologia da democracia racial passaram a ser vistas como uma ameaça à soberania nacional. Enquanto o país conheceu um período de grande crescimento econômico no período pós-abolição, as disparidades entre negros e brancos permaneceram intactas, consequência da existência de vários mecanismos de exclusão social.⁴⁰

A implementação de programas de ações afirmativas no Brasil tornou-se possível em função do processo de liberalização política do país e a consequente rearticulação dos movimentos sociais. Líderes do movimento negro em vários estados começaram a pressionar os governos locais e estaduais para criarem órgãos especiais para tratar dos interesses da população afrodescendente. Isso possibilitou o surgimento de várias secretarias municipais e estaduais que procuravam monitorar a aplicação das leis contra o racismo, como também sugerir projetos para as casas legislativas. Presencia-se nesse momento histórico uma mudança no discurso oficial sobre as relações raciais

³⁹ FERNANDES. *A integração do negro na sociedade de classes*, v. 1, p. 35 – 100.

⁴⁰ HASENBALG. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, p. 215 – 250.

no país; autoridades ainda subscreviam alguns elementos da democracia racial ao mesmo tempo que reconheciam a necessidade de políticas públicas destinadas ao combate da discriminação racial. Surge nesse momento o Instituto Cultural Fundação Palmares, órgão que serviu de interlocutor entre o movimento negro e o governo federal, apesar da sua ênfase na proteção de aspectos culturais. A rearticulação do movimento negro teve importância fundamental no processo de elaboração da nova Constituição Federal. Políticos negros conseguiram incluir várias normas anti-racistas no texto constitucional, além de outras previsões que reconheciam o princípio da tolerância e da dignidade pessoal como princípios centrais da ordem constitucional brasileira. O mesmo texto constitucional também incluiu mudanças no sistema judiciário, possibilitando a expansão da proteção dos direitos individuais e coletivos. O aumento de negros ocupando posições de poder concorreu para a mudança no imaginário social; congressistas negros passaram a defender uma plataforma política baseada na igualdade racial e a criticar a doutrina da democracia racial. Vários deputados federais e senadores, notadamente os do Partido dos Trabalhadores, passaram a defender os interesses dos negros brasileiros. Esse período histórico coincide com uma reformulação no próprio movimento negro que esteve até então centrado nas questões culturais. Vários líderes desse movimento social começaram a por ênfase na desigualdade econômica entre negros e brancos, o que passou a ser o ponto principal das organizações não-governamentais que apareceram com o apoio de instituições nacionais e estrangeiras. Muitas dessas organizações começaram a contratar advogados negros para atender as crescentes demandas de discriminação racial que se tornaram cada vez mais frequentes. Devido à influência da doutrina da democracia racial no sistema judiciário brasileiro, a vasta maioria desses casos nunca resultou em uma condenação.⁴¹

Como tivemos oportunidade de observar anteriormente, dois fatores determinaram a mudança das relações entre brancos e negros no Brasil nessa época: o crescente ceticismo social da ideologia da democracia racial e a mudança gradual no discurso oficial sobre as relações raciais no país. A contestação da ideologia da democracia racial teve início dentro do meio acadêmico, com a publicação de obras que demonstravam as transformações das práticas racistas após a abolição, processo responsável pela manutenção do racismo como instrumento de manutenção da supremacia branca. A raça tornou-se um objeto legítimo de estudo dentro do meio acadêmico, fator responsável pela proliferação dos estudos raciais em várias áreas do conhecimento. Esses estudiosos adotaram novas metodologias, principalmente em dados estatísticos que tornaram-se disponíveis em função da mudança de metodologia nos censos. Estudos oficiais sobre as

⁴¹ HANSARD. *Orpheus and power*, p. 43 – 77.

desigualdades raciais no país tiveram importância fundamental por basearem-se em estatísticas oficiais sobre a desigualdade racial. A perda da legitimidade dessa doutrina no mundo acadêmico logo começou a influenciar a opinião pública.⁴² Apesar da insistência de vários intelectuais brasileiros em defender essa ideologia racial, os brasileiros começaram a acreditar na existência da discriminação racial sistemática no país. Tal fato possibilitou o surgimento de uma pressão cada vez maior para a ampliação da cidadania da população negra, um dos fatores responsáveis pelo aparecimento das demandas de implementação de programas de ações afirmativas. Os estudos acadêmicos baseados nas estatísticas oficiais serviram como base para as demandas do movimento negro.⁴³

A crescente pressão do movimento negro sobre as instituições governamentais produziu uma mudança gradual no discurso das relações raciais no nosso país, processo responsável pela implementação das políticas de ações afirmativas. O reconhecimento oficial do racismo no Brasil aconteceu durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, autor de vários estudos sobre a condição do negro na sociedade brasileira. Fernando Henrique Cardoso criou o Programa Nacional de Direitos Humanos, projeto que recomendava objetivos de curto, médio e longo prazo. A implementação dos programas de ações afirmativas foi classificada como um objetivo de médio prazo, a primeira vez que o governo brasileiro endossou a implementação de políticas públicas baseadas na raça. Apesar desse apoio oficial, a possibilidade de efetivação desses planos só aconteceria nos anos finais de seu segundo mandato. Cercado de intelectuais que esposavam concepções sobre raça e racismo no Brasil derivadas da ideologia da democracia racial, a implementação de políticas de ações afirmativas permaneceu uma promessa política. Mas apesar da resistência do governo federal em adotar essa forma de política pública, vários setores da sociedade brasileira começaram a criar programas que procuravam promover a emancipação da população negra. Esses programas eram apoiados pelos governos estaduais e municipais e procuravam promover principalmente a capacitação educacional e profissional da população negra. Muitas organizações começaram a criar cursos preparatórios para o vestibular destinados à população negra, iniciativas que recebiam apoio de várias instituições privadas.⁴⁴

A luta pela implementação dos programas de ações afirmativas adquiriu um novo impulso com o processo de globalização do movimento negro. Como consequência do crescimento e

⁴² TURRA. *Racismo Cordial*, p. 96 – 114.

⁴³ TELLES. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*, p. 69 – 75

⁴⁴ TELLES. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*, p. 76 – 81.

consolidação de um sistema internacional de direitos humanos, os líderes do movimento negro tiveram a oportunidade de participar de conferências internacionais, ocasião na qual puderam expor para o mundo a real situação das relações raciais no país. Os países que tomaram parte dessas conferências foram obrigados a se posicionarem em relação aos direitos humanos aos olhos da comunidade internacional, uma vez que se tornaram signatários de vários tratados de direitos humanos. A internacionalização dos direitos humanos e do movimento negro também possibilitou o apoio institucional e financeiro de instituições internacionais, o que aumentou o poder de luta dessas organizações. Essa maior capacidade de articulação das lideranças negras teve papel importante no processo de preparação para a Conferência Internacional de Racismo em Durban que aconteceria em 2001. Essa conferência teve grande importância para o diálogo entre o movimento negro e o governo brasileiro. Os debates realizados durante essa conferência geraram otimismo entre os líderes dos movimentos negros, consequência do comprometimento do governo brasileiro em implementar políticas públicas destinadas a promover a inclusão social da população negra. Várias iniciativas foram implementadas nos anos seguintes, entre eles o Programa Nacional de Ação Afirmativa em maio de 2002. Esse programa criou mecanismos administrativos no plano federal para promover a inclusão de populações menos favorecidas. A administração federal seguinte criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional tornando obrigatório o ensino sobre história e cultura afrobrasileira. Alguns ministérios implementaram cotas raciais no processo de seleção de funcionários; iniciativa que começou a ser seguida no plano estadual e municipal. Os programas de ações afirmativas ganharam força com a adoção de cotas raciais e sociais nas instituições públicas de ensino superior. Esses programas tendem a aumentar ao longo dos últimos seis anos, o que atesta a consolidação da implementação desses programas no país.⁴⁵

3 – OS DEBATES SOBRE AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

O debate legislativo sobre a adoção de programas de ações afirmativas no Brasil não difere fundamentalmente das discussões sobre esse tema em outras esferas da sociedade brasileira. Muitos dos argumentos presentes nessa discussão refletem compreensões divergentes sobre as relações raciais no nosso país, posições que servem como pano de fundo para a interpretação do princípio constitucional da igualdade. Pode-se afirmar que a maior parte dos participantes desse debate concordam com a necessidade de implementação de políticas públicas destinadas à

⁴⁵ TELLES. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*, p. 86 – 91.

eliminação das disparidades sociais, mas uma boa parte delas pensam que as instituições estatais não precisam estabelecer critérios raciais para atingir tal objetivo. Podemos verificar essa diversidade de opiniões entre os participantes das audiências públicas sobre políticas raciais realizadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sobre propostas de políticas raciais. Uma análise desses debates legislativos demonstra que representantes de partidos de diversas orientações ideológicas acreditam que políticas raciais não são necessárias em um país altamente miscigenado. Esse argumento é utilizado principalmente pelos representantes dos partidos de direita e do centro, mas alguns representantes de esquerda também defendem ponto de vista semelhante. O Partido dos Democratas tem sido uma voz particularmente ativa no combate aos programas de ações afirmativas não apenas nos debates sobre políticas raciais. Além do posicionamento contrário apresentado nas audiências públicas, esse órgão político também tem recorrido ao judiciário para combater os programas de inclusão racial.⁴⁶ como é o caso do Partido dos Democratas e do PSDB. , boa parte dos representantes dos partidos de esquerda defendem essas políticas como forma de eliminação das disparidades raciais. Eles rejeitam a doutrina da democracia racial e defendem políticas compensatórias amplas como forma de se alcançar a justiça social.⁴⁷ As políticas raciais tem sido principalmente defendidas pelos partidos de esquerda, notoriamente pelo Partido dos Trabalhadores. Os representantes desse partido refutam os pressupostos dessa ideologia racial e recorrem a estudos sociológicos recentes que demonstram a existência de uma estratificação racial no país.⁴⁸ Essa diversidade de posições também está presente entre os representantes dos movimentos sociais que participam dessas audiências públicas. Se alguns líderes dessas organizações afirmam que as políticas raciais promovem conflito social em uma sociedade conhecida pelas relações raciais harmônicas,⁴⁹ outros rejeitam essa narrativa social e pressionam as instituições federais para implementar os

⁴⁶ O Partido dos Democratas interpôs uma ação de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o intuito de anular o programa de ações afirmativas adotado pela Universidade de Brasília sob o argumento de que tal programa viola vários preceitos constitucionais. Ver ADPF 186 MC/DF, Relator: Gilmar Mendes, Dje 07.08.2009.

⁴⁷ Existe também uma diversidade de opiniões dentro de muitos partidos políticos, mas é possível perceber certas posições majoritárias entre alguns partidos políticos. O Partido dos Democratas tem uma postura contrária aos programas de ações afirmativas, sendo eles baseados nas cotas raciais ou sociais. Alguns de seus membros acham que as cotas sociais são menos nocivas do que as cotas raciais. A maior parte dos representantes do Partido dos Trabalhadores apoiam essa forma de política pública; boa parte das políticas de inclusão racial tiveram iniciativa da atual administração federal.

⁴⁸ Representantes da Educafro e da Afrobras apresentaram vários dados estatísticos para demonstrar a presença da discriminação racial no país nas audiências públicas sobre ações afirmativas Ver 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009.

⁴⁹ O Movimento Negro Socialista, O Fórum Afro da Amazônia e O Movimento Pardo Mestiço podem ser citados como exemplo de movimentos sociais que condenam as políticas de cotas. Enquanto os representantes do primeiro movimento reduz os problemas raciais a problemas de classe social, o segundo subscreve rigorosamente aos preceitos da ideologia da democracia racial.

programas de ações afirmativas.⁵⁰ Essas políticas são vistas por aqueles que aceitam as ações afirmativas como um requisito de fundamental importância para a promoção da igualdade racial no Brasil.⁵¹

3.1 – AS POSIÇÕES CONTRÁRIAS AOS PROGRAMAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Os atores sociais que condenam os programas de ações afirmativas recorrem a uma série de argumentos bastante conhecidos, quase todos eles estão baseados em diferentes aspectos da ideologia da democracia racial. Essa doutrina determina as formas como boa parte dos brasileiros interpretam a nossa realidade social, mas no contexto dessa discussão ela serve como uma estratégia para condenar as políticas raciais. A ideologia da democracia racial está fundamentada na idéia de que a inferioridade social da população negra decorre da escravidão e não da discriminação racial sistemática. Argumenta-se que a ausência da discriminação racial e a permanente miscigenação denotam a existência de uma ordem social única baseada nas relações harmônicas entre grupos raciais. Diferenças entre brancos e negros são apenas consequências de problemas de classe social. Alguns participantes desse debate não subscrevem inteiramente os pressupostos dessa doutrina. Eles reconhecem a existência da discriminação racial no Brasil, mas alegam que o ideal de relações raciais harmônicas é parte integrante do imaginário social brasileiro. Mesmo que esse ideal não corresponda à realidade, ele deve ser mantido como um parâmetro para as relações sociais entre grupos raciais. Outras pessoas que defendem essa ideologia racial asseveram que a imagem das relações raciais harmônicas fazem parte da identidade nacional. Isso significa que ela deve ser vista como um elemento responsável pela construção da unidade nacional.⁵²

Outros participantes deste debate afirmam que as relações raciais no Brasil são marcadamente cordiais, o que torna desnecessária a adoção de quaisquer programas de ações afirmativas. Vários

⁵⁰ A Educafro, A Campanha Nacional pelo Direito à Educação, o Movimento dos Sem Universidade, o Fórum da Educação Indígena podem se citados como exemplo de movimentos sociais que apoiam as políticas de inclusão racial.

⁵¹ Existe também uma variedade de posições dentro do Ministério Público. Alguns representantes dessa instituição apoiam a implementação desses programas, sendo que algumas desses programas foram implementados em função de ações civis públicas. Mas alguns membros dessa instituição também são contrários às políticas raciais; várias ações questionando a constitucionalidade desses programas também partiram do Ministério Público.

⁵² Cf. 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009; Audiência Pública No. 1299/03, Comissão de Direitos Humanos, Câmara dos Deputados, de 02 de setembro de 2003.

opositores de políticas raciais afirmam que a adoção desses programas será responsável pelo nascimento do racismo na nossa sociedade ao forçar as pessoas a se classificarem como brancas ou negras. As políticas de cotas raciais serão responsáveis pelo possível questionamento da capacidade intelectual dos afrodescendentes porque as pessoas sabem que eles foram beneficiados por esses programas. Tais políticas promoveriam a institucionalização do racismo ao utilizar a raça como critério para a implementação de políticas públicas. Alguns opositores dos programas de ações afirmativas dizem que essas políticas públicas promovem uma divisão entre os membros da classe trabalhadora, porque permite a ascensão de um pequeno número de pessoas já socialmente privilegiadas, enquanto deixa a maior parte dos negros brasileiros na mesma situação social. A utilização do critério racial é particularmente problemático, argumentam os opositores das políticas raciais, porque a raça não existe. A existência dessa categoria biológica tem sido amplamente contestada pela comunidade científica; isso significa que a utilização do mesmo enquanto critério para o estabelecimento de políticas públicas é flagrantemente inconstitucional.⁵³

A questão da miscigenação ocupa um papel importante no argumento daqueles que condenam as políticas raciais. Tal fato é visto como um obstáculo à implementação desses programas porque a maior parte dos brasileiros possuem ascendência multirracial. Esses programas forçam as pessoas a adotarem a mesma identidade racial, o que contraria uma cultura nacional claramente miscigenada. O intenso cruzamento entre os diferentes grupos raciais demonstra que os brasileiros sentem orgulho desse traço social. A miscigenação racial é algo que os brasileiros vêem com orgulho, sendo um aspecto central da identidade cultural dos brasileiros. O agrupamento de negros e pardos nos dados estatísticos representa uma verdadeira fraude estatística porque ignora o fato de que as pessoas não adotam identidades racializadas. Segundo os opositores dos programas de ações afirmativas, não se pode falar em grupos raciais no Brasil em função dos inúmeros misturas entre os diversos povos que aqui moram. As políticas raciais são produto de um revisionismo histórico que ignora os processos históricos que levaram as diferenças raças a se mesclarem.⁵⁴

⁵³ A inexistência da raça como categoria biológica tem sido utilizada por intelectuais que criticam os programas de ações afirmativas, entre eles Demétrio Magnoli. Ver. Cf. 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009.

⁵⁴ Essa posição tem sido defendida por várias pessoas entre elas o Senador Demóstenes Torres do Partido dos Democratas em entrevista pessoal concedida ao autor deste artigo. O mesmo parlamentar defendeu posição semelhante em audiência pública. Ver Cf. 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009.

Os opositores de políticas raciais partem do pressuposto de que políticas universalistas podem perfeitamente eliminar as desigualdades entre negros e brancos. Como a discriminação racial é um fenômeno de menor importância no país, resumindo-se ao comportamento individual e não institucional, as políticas universalistas podem perfeitamente resolver os problemas relacionados à desigualdade racial. Afirma-se que a exclusão social atinge pessoas de todos os grupos raciais, o que torna os programas de ações afirmativas inerentemente problemáticos. Aqueles que defendem a adoção de ações afirmativas de corte social asseveram que as políticas inclusivas são necessárias, mas eles entendem que esse objetivo pode ser alcançado com políticas que procuram garantir oportunidades para aqueles excluídos em função da classe social. Os que condenam quaisquer formas de políticas compensatórias recorrem ao argumento de que apenas políticas universalistas são coerentes com o princípio constitucional da igualdade. Tanto a classe social quanto a origem racial não devem servir como parâmetros para políticas públicas porque esses critérios violam o princípio da meritocracia. Se as instituições estatais pretendem utilizar políticas de ações afirmativas, elas deveriam utilizar pelo menos as cotas sociais, porque essas beneficiam pessoas de todas as raças.⁵⁵

Esses argumentos de natureza sociológica e histórica formam um tipo de narrativa racial que serve como parâmetro para a interpretação do princípio constitucional da igualdade. A suposta ausência de discriminação racial institucionalizada no país e a miscigenação de grande parte do povo brasileiro servem como evidência de tratamento igualitário entre brancos e negros. Sendo assim, a implementação de políticas compensatórias é vista como uma violação do princípio constitucional da igualdade, preceito jurídico que obriga o tratamento igualitário entre todos os indivíduos. Como as instituições estatais são obrigadas a tratar indivíduos similarmente situados de forma similar, elas devem implementar apenas políticas sociais que podem beneficiar a generalidade dos cidadãos brasileiros. A promoção da igualdade racial no sistema de ensino e mercado de trabalho passa necessariamente pelo investimento maciço no ensino fundamental. A promoção da igualdade racial passa necessariamente pela classe social, o que torna o critério racial desnecessário para a implementação de políticas raciais. Aqueles que condenam as políticas raciais também alegam que as garantias constitucionais não indicam a necessidade de adoção de cotas raciais. O Brasil tem consolidado o combate ao racismo por meio da legislação ordinária, o que é

⁵⁵ Embora muitos senadores e deputados rejeitem a implementação de políticas de ações afirmativas, eles aceitam a possibilitam programas de inclusão social baseados na classe social como alternativa menos nociva à sociedade. Cf. Cf. 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009; Audiência Pública No. 1299/03, Comissão de Direitos Humanos, Câmara dos Deputados, de 02 de setembro de 2003.

suficiente para combater possíveis atos discriminatórios. As cotas raciais são vistas como um privilégio social em uma sociedade que sempre lutou contra o racismo e que tem uma cultura miscigenada. Os opositores dos programas de ações afirmativas argumentam que os programas de ações afirmativas violam o princípio do mérito, um preceito que deve guiar os processos de seleção para as instituições de ensino superior e também para os cargos públicos. O tratamento igualitário entre todas as pessoas serve como uma garantia que as pessoas serão tratadas segundo os seus esforços pessoais.

3.2 – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS

Os programas de ações afirmativas encontram um apoio crescente entre diversos setores da sociedade brasileira, fator responsável pela expansão dessa forma de iniciativa governamental no nosso país. Vários argumentos são utilizados para justificar a implementação dessas iniciativas, sendo que eles pressupõem uma forma de narrativa racial bastante distinta da anterior. Os defensores dos programas de ações afirmativas rejeitam a doutrina da democracia racial, dizendo que ela simplesmente constitui uma forma de ideologia que procura garantir a dominação das elites brancas. Eles afirmam que a situação de inferioridade social na qual os afrodescendentes se encontram não é consequência apenas da escravidão, mas sim da discriminação racial sistemática que se estendeu por toda história nacional do período posterior à abolição. Os defensores dos programas de ações afirmativas argumentam que embora nunca tenha existido discriminação legalizada após a abolição da escravatura, as elites brancas adotaram uma série de práticas discriminatórias para garantir os seus privilégios sociais. A construção da imagem do Brasil como uma sociedade sem racismo contribui para a manutenção de uma ordem social baseada na discriminação racial institucionalizada por meio de práticas informais. Essas práticas são sempre interpretadas como preconceito de classe, um processo que impediu, entre outras coisas, a formação de uma consciência racial entre os negros brasileiros.⁵⁶

Os proponentes das políticas raciais concluem que políticas universalistas não são suficientes para promover a emancipação social da população negra. Tais políticas não podem eliminar os processos responsáveis pela exclusão social; a história demonstra que a desigualdade estrutural

⁵⁶ Posição defendida pelo representante do Ministério Público do Rio de Janeiro e por representantes da Afrobrás e da Educafro na 3ª. Reunião Ordinária da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, da 3ª. Sessão Legislativa Ordinária, da 53ª. Legislatura de 18 março de 2009.

entre brancos e negros permaneceu mesmo nos períodos de grande desenvolvimento econômico. As disparidades entre grupos raciais no Brasil não podem ser compreendidas apenas como resultado de diferenças de classe social; vários dados estatísticos demonstram que tais disparidades existem entre negros e brancos que ocupam a mesma classe social. Essa realidade social difere bastante da tese sociológica segundo a qual a raça das pessoas não tem relevância social ou da ausência de discriminação racial institucionalizada no nosso país. Isso significa que a situação de subordinação social na qual negros e pardos se encontram só pode ser explicada em função da existência de práticas discriminatórias que permeiam toda a nossa realidade social. Inúmeros estudos historiográficos demonstram a clara intenção das elites brancas brasileiras em manter a população negra em uma situação de subordinação social ou até mesmo de eliminá-la por meio da miscigenação. Aqueles que defendem a implementação de políticas raciais no Brasil entendem que o argumento da miscigenação é particularmente problemático. Eles afirmam que a raça pode ser utilizada como critério para a implementação de políticas públicas porque a cor da pele serve como corolário da raça dos indivíduos. Pode-se perfeitamente falar de grupos raciais no Brasil porque as disparidades sociais ocorrem entre brancos e não-brancos; a cor da pele é o elemento utilizado para a distribuição de benefícios sociais. A redução do preconceito racial ao preconceito de classe social apenas serve para escamotear os diferentes mecanismos de exclusão social direcionados aos negros e pardos. Segundo os defensores das políticas raciais, tal argumento serve para reproduzir o preconceito racial ao perpetuar a idéia de que os negros ocupam necessariamente uma posição de inferioridade social e que tal posição representa a organização normal da sociedade brasileira. Essa percepção gera um sentimento de superioridade social nos brancos, que passam a pensar que a pobreza é consequência da própria incapacidade dos negros.⁵⁷

Tendo em vista os processos de exclusão social dos negros e pardos existentes no Brasil, os proponentes dos programas de ações afirmativas alegam que tais políticas públicas devem ser vistas como uma forma de mecanismo compensatório e inclusivo. Políticas universais não promoveram a eliminação das dissimetrias sociais; apenas políticas que adotam o critério racial podem contribuir para a inclusão social da população negra. Os defensores das políticas raciais classificam o acesso à educação como um requisito de fundamental para a construção da cidadania. Políticas universais de investimento no ensino fundamental e a facilitação de acesso às

⁵⁷ Argumentos presentes nos relatórios apresentados pelos senadores Rodolpho Tourinho e pelo senador Marconi Perillo perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Estatuto da Igualdade Racial e sobre o projeto de implementação de cotas nas instituições de ensino superior.

instituições de ensino superior são vistas como duas iniciativas complementares necessárias para a promoção da igualdade racial em diferentes níveis de ensino. Argumenta-se que apenas políticas públicas específicas podem coibir as desigualdades que sofre a população discriminada. Rejeita-se assim o argumento de que as ações afirmativas constituem uma prática discriminatória porque as instituições estatais não pretendem manter um grupo social em uma situação de subordinação social. Pelo contrário, essas políticas contribuem para a equalização das oportunidades sociais. A presença de discriminação racial na nossa sociedade serve como evidência contrária ao argumento de que a raça tem se tornado uma categoria social sem importância na sociedade brasileira. Os proponentes das políticas de ações afirmativas argumentam que a segregação racial sempre esteve presente no país, podendo ser classificada como um dos principais elementos responsáveis pela estratificação da sociedade brasileira. Essa situação não decorre simplesmente do legado da escravidão ou de atos individuais de racismo. Ela é produto de práticas racistas em diferentes áreas da vida que concorrem para a subordinação social dos negros.⁵⁸

Aqueles que defendem as políticas raciais mencionam o sucesso dos alunos cotistas como evidência dos benefícios dessa forma de política pública. Muitas instituições de ensino divulgaram recentemente relatórios sobre o aproveitamento dos alunos que se beneficiaram dos programas de ações afirmativas. O desempenho dos alunos cotistas de algumas universidades encontram-se acima da média dos alunos que entraram na universidade pelo processo normal. Os defensores dos programas de ações afirmativas usam esses dados para combater o argumento de que essas políticas públicas comprometeram a qualidade de ensino das universidades. Esses dados também servem como evidência contra a tese de que as políticas raciais estimularam o ódio racial, uma vez que o desempenho dos alunos cotistas demonstram que essa é uma iniciativa bem-sucedida. Se demonstrações de ódio racial em função da adoção de programas de ações afirmativas em outros países, elas provavelmente não aconteceriam no Brasil, lugar no qual essas políticas mostram resultados claramente positivos. Mais do que isso, o sucesso acadêmico dos alunos cotistas serve como um argumento contra a noção de que as cotas raciais contrariam o mérito, uma vez que os esses estudantes tem desempenho superior aos outros alunos.⁵⁹

Como as inequidades raciais no Brasil decorrem da institucionalização de práticas discriminatórias que se prolongam ao longo do tempo, os proponentes das políticas de inclusão

⁵⁸ Essa é a posição adotada pela senadora Serys Slhessarenko no seu parecer sobre a proposta de criação de cotas nas instituições públicas de ensino superior, PLC No. 180/2008 em 06 de abril de 2009.

⁵⁹ Argumento apresentado pelos representantes da Educafro em audiência pública conduzida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania na discussão do projeto de cotas nas instituições de ensino superior.

racial asseveram que o país deve adotar políticas compensatórias. Políticas raciais encontram base legal em várias normas constitucionais que prescrevem a erradicação das disparidades sociais como um objetivo central do nosso sistema constitucional. Essas normas não estabelecem apenas uma meta geral para o legislador, mas obriga as instituições governamentais a criar soluções possíveis para a erradicação da pobreza. Várias normas constitucionais são invocadas para justificar a adoção de medidas compensatórias, entre elas o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade material. Os propositores das políticas raciais asseveram que a dignidade humana só pode ser garantida pelo acesso a uma série de direitos, o que inclui o direito à educação e ao trabalho. Recorre-se assim a uma interpretação estrutural do texto constitucional, dando ênfase à justiça social como um princípio central do sistema jurídico brasileiro. O princípio da igualdade material é constantemente invocado pelos defensores das políticas de inclusão racial. Como esse princípio constitucional requer a atuação positiva das instituições estatais para a criação de uma igualdade proporcional dos indivíduos, ele serve como justificação para a adoção das políticas raciais. Os propositores dos programas de ações afirmativas sempre apontam a inadequação da utilização do princípio da igualdade formal como único elemento regulador da ordem constitucional brasileira.⁶⁰

4 - TEORIAS DE RAÇA E RACISMO

Os conceitos de raça e racismo tem um papel fundamental nessa discussão porque determinam os parâmetros para a interpretação da igualdade. Um exame desses dois conceitos tem grande importância para essa discussão porque a análise da legitimidade dessas políticas públicas está centrada na questão da utilização da raça como critério para o estabelecimento de políticas públicas. Como tivemos oportunidade de observar, muitos atores sociais apontam o declínio contínuo da relevância da raça na nossa sociedade, argumento geralmente empregado para criticar as políticas de inclusão racial. Os opositores dos programas de ações afirmativas compreendem a raça como uma realidade biológica e enquanto tal não tem relevância em uma sociedade conhecida pelas relações raciais harmônicas. Essa concepção mostra-se particularmente problemática quando consideramos os vários usos da noção de raça em diferentes contextos históricos e sociais. Transformações históricas foram responsáveis pela mudança no conceito de raça, sendo que ele continua mantendo a sua importância como forma de categorização social. A restrição do conceito de racismo a um comportamento individual sem consequências institucionais também

⁶⁰ Perspectiva apresentada por representantes do Partido dos Trabalhadores na audiência pública no. 0668/07 sobre o relançamento da Frente Parlamentar em Defesa da Igualdade Racial no Congresso Nacional no dia 23.05.2007.

encontra dificuldades diante do entendimento de que essa forma de atitude discriminatória tem como objetivo a manutenção de relações de poder. Isso significa que elas são constantemente recriadas para manter privilégios sociais de certos grupos raciais. Como relações de poder perpassam diferentes esferas da vida social, não podemos trabalhar com um noção de racismo compreendida como uma forma de atitude individual que motiva práticas discriminatórias. Apresentaremos nessa seção algumas teorias recentes das noções de raça e racismo que podem contribuir para o atual debate sobre políticas raciais.

4.1 - RAÇA ENQUANTO CATEGORIA BIOLÓGICA

O conceito de raça pressupõe o grupamento de seres humanos de acordo com algumas características físicas e culturais que seriam herdadas biologicamente. Inúmeras teorias filosóficas e científicas tentaram explicar a origem dos diferentes grupos raciais humanos. O início dos tempos modernos esteve marcado por um conceito de raça relacionado com a idéia de linhagem, perspectiva de caráter religioso baseado no mito da criação divina. Acreditava-se que todos os grupos humanos descendiam de um mesmo ancestral tal como descrito nas narrativas religiosas cristãs. Essa perspectiva monogênica postulava uma origem comum de todos os seres humanos, sendo que as variações entre eles eram causadas por fatores ambientais e sociais. A teoria monogênica da origem humana entrou em declínio com o aparecimento de uma série de disciplinas que tiveram um papel fundamental na construção do racismo científico. O surgimento da antropologia científica e com ela uma nova metodologia de estudo sobre as variações humanas criou problemas para as teorias monogênicas. A crescente compreensão dos grupos humanos como populações com características físicas bastante distintas resultou na construção de uma nova explicação baseada na premissa da diversidade de origens das raças humanas. Embora as teorias poligênicas ainda partissem do pressuposto de que traços físicos eram herdados biologicamente, elas estavam baseadas na idéia de que os grupos humanos tinham origens distintas. A aplicação de extensos estudos biométricos levou alguns cientistas a afirmar que os então identificados grupos humanos eram na verdade espécies diferentes. O debate entre monogênicos e poligênicos estava centrado principalmente nos fatores responsáveis pela diferenciação entre os grupos humanos. Os monogênicos afirmavam que fatores ambientais determinavam essas diferenças, mas não providenciavam nenhuma prova de como esses fatores determinaram a variedade humana. Os poligênicos respondiam a essa dificuldade com o

argumento de que tais diferenças eram simplesmente traços herdados biologicamente por grupos humanos que tinham origens distintas.⁶¹

A concepção biológica da noção de raça sofreu uma grande transformação com o aparecimento da teoria da evolução. Essa teoria científica estava baseada no pressuposto de que as espécies animais são produto de um processo constante de adaptação, fator responsável pelo sucesso de algumas espécies e o desaparecimento de outras. Os princípios da teoria da evolução foram apropriados por outros autores para provar que noção de raça estava ligada com a noção de evolução social. Nesse sentido, a civilização européia representava o ápice da evolução humana, sendo que esse desenvolvimento era determinado pela coligação de fatores sociais e biológicos. A atividade política estaria submetida aos mesmos princípios que determinam os processos de evolução e seleção das espécies. Mecanismos de seleção sexual converteram-se em um elemento central da noção de raça com o aparecimento da noção de eugenia. O reconhecimento de que características físicas eram herdadas por fatores genéticos que são transmitidos de uma geração a outra possibilitou o aparecimento da eugenia como uma prática social. Tendo em vista os processos de seleção natural, alguns autores passaram a acreditar que os processo de evolução tinha um caráter aristocrático. Características biológicas vistas como superiores deveriam ser preservadas por meio da seleção sexual porque isso permitiria a constante evolução da espécie humana. Tal princípio estaria inscrito na própria ordem da natureza, o que poderia ser demonstrado pela constante evolução das habilidades humanas ao longo da história.⁶²

O conceito biológico de raça começou a ser questionado com a evolução dos estudos genéticos e conseqüente demonstração que a variação entre grupos humanos não acontecia simplesmente pela transmissão de elementos fixos. Novos estudos científicos demonstravam o papel da variação genética entre os seres humanos. Tal variação é responsável pelas diferenças entre os seres humanos, sendo que algumas perceptíveis fisicamente, mas outras não se manifestam externamente. A noção de raça biológica tornou-se problemática porque a evolução genética pode ocorrer tanto pela mistura entre genes como também por meio da mutação genética ao longo das gerações. Isso significa que os traços físicos associados à raça não podem ser atribuídos a pura herança de traços físicos e culturais de caráter fixo; certas características podem ser resultado tanto de herança genética como mutação de um determinado gene.⁶³

⁶¹ SCWHARCZ. *O espetáculo das raças*, p. 22 – 42.

⁶² HANNAFORD. *Race: the history of an idea in the west*, p. 290 – 292.

⁶³ MONTAGU. *The idea of race*, p. 100 – 107.

4.2 RAÇA COMO CLASSE SOCIAL

Embora a noção de raça como uma categoria biológica tenha perdido credibilidade ao longo das primeiras décadas do século passado, a sua importância como uma categoria social permaneceu intacta. Devemos ter em mente que o surgimento da raça como uma realidade biológica surgiu em um momento no qual os europeus precisavam justificar uma série de práticas sociais, entre elas a escravização de homens e mulheres africanos para a obtenção de vantagens econômicas. A construção de africanos como uma raça inferior ou como uma espécie distinta possibilitou a coexistência do racismo institucionalizado com princípios liberais. A institucionalização dessas teorias raciais permitiram então que a hierarquia social entre negros e brancos fosse justificada em termos biológicos. Posteriores desenvolvimentos históricos foram responsáveis pela transformação da noção de raça; essa categoria deixou de ser utilizada como legitimação para políticas estatais discriminatórias. Mas como consequência do desenvolvimento histórico de certas nações, a noção de raça passou a ser um equivalente de classe social. Nesse sentido, a noção de raça designa um status sócio-econômico em função dos processos de exclusão social que relegaram certos grupos aos estratos sociais mais baixos. A raça serve então como um indício do status social que um grupo racial ocupa dentro de uma sociedade. Esse status está então relacionado com a posição que uma pessoa ocupa dentro da hierarquia social e como ela é tratada por outras pessoas em função do seu pertencimento a um determinado grupo.⁶⁴

Existe uma grande tendência nas sociedades com passado escravista em correlacionar raça e classe social; estatísticas sociais dão grande suporte a esse tipo de associação bastante comum. Como a classe social distingue os diferentes grupos raciais, a raça surge como um símbolo de inferioridade social. A posição social inferior ocupada por negros em vários países leva muitas pessoas a pensarem que eles pertencem naturalmente àquele lugar, o que também justifica a presença dos brancos nas posições sociais mais desejáveis. Essa naturalização dos lugares sociais tem duas consequências: a construção da idéia de que as disparidades sociais são produto de discriminação social e a reiteração da percepção de que as desigualdades raciais têm origem em eventos históricos ou na incapacidade dos membros daquele grupo racial de aproveitar oportunidades abertas a todos. O conceito de raça como classe social é esvaziado de conotações biológicas, sendo identificado com condições materiais que determinam a posição de grupos sociais em uma dada sociedade. Essas condições históricas demonstram que a posição social que os diferentes grupos raciais ocupam dentro da sociedade são socialmente construídos e impostos a

⁶⁴ BANTON. *Racial theories*, p. 168 – 193.

esses grupos. Não se trata de um lugar social natural passado de uma geração a outra. Vários mecanismos discriminatórios contribuem para a reprodução da estratificação social, mas eles são mascarados pelos grupos dominantes que os classificam como discriminação social.⁶⁵

4.3 - RAÇA COMO UMA CONSTRUÇÃO SOCIAL

A construção da raça como uma realidade biológica procurava responder algumas questões de grande importância, entre elas o problema das diferenças físicas entre os diversos grupos humanos. Mas essa questão não tinha um caráter meramente científico: ela estava envolta em um contexto histórico baseado na exploração do trabalho escravo, realidade que entrava em conflito com os princípios políticos que caracterizavam as democracias liberais então nascentes. As teorias biológicas da raça cumpriram um papel importante, procurando justificar relações de poder entre grupos humanos. A noção de raça aparece em um primeiro plano como uma realidade biológica, mas ela é na verdade construída como categoria social ao redor da qual relações de poder são justificadas. Essas categorias sociais têm um papel importante no processo de socialização dos indivíduos. Os seres humanos percebem que eles são categorizados segundo várias características, características que também servem como meio para as pessoas se identificarem socialmente. Eles aprendem que serão tratados segundo categorias sociais criadas a partir de diversas determinações sociais e históricas. Pessoas com características comuns só se tornam um grupo social na medida em que elas são tratadas por outras como membros de um conjunto de pessoas com características semelhantes. O conceito de raça como uma categoria social decorre da idéia de que grupos sociais são criados a partir das condições materiais da existência presentes em uma determinada sociedade. O conceito de raça surgiu da necessidade de justificar socialmente a organização do trabalho em uma sociedade escravista; algumas características biológicas são investidas de sentido social específico que passa a designar o lugar social de membros de um determinado grupo. Ao agrupar os africanos como membros de uma mesmo grupo racial, categoria totalmente estranha àquelas pessoas, os europeus criaram um novo grupo social que deveria ocupar uma posição específica. Percebe-se então que certas condições materiais determinam a necessidade de criação de uma categoria social responsável pelo agrupamento de seres humanos de acordo com características físicas. Esse processo possibilitou a justificação de uma ordem econômica baseada em relações assimétricas de poder entre negros e brancos.⁶⁶

⁶⁵ GOLDBERG. *Racism*, p. 366 – 367.

⁶⁶ BANTON. *Racial theories*, p. 196 – 197.

Como a raça é uma categoria social que procura justificar relações de poder, o seu sentido sofre transformações em função do aparecimento de novas condições materiais. Novos usos dessa categoria social aparecem na medida em que os usos anteriores começam a ser questionados. Muitos conservadores concordam que a noção de raça não tem base biológica, mas o racismo biológico deu lugar a correlação entre raça e cultura. Argumenta-se que as disparidades entre grupos raciais não são produto de racismo, mas sim de diferenças culturais entre os negros e brancos. Certos grupos raciais possuem características que são responsáveis pela permanência dos mesmos em uma condição de subordinação social. A permanência das práticas racistas demonstra que a raça ainda funciona como uma categoria social que determina inúmeros aspectos da vida das pessoas. Mas como pesquisas recentes sobre relações raciais em países latino-americanos revelam, a raça continua sendo uma categoria social relevante mesmo quando a sua relevância social é negada. Estudos sobre dinâmica racial nesses países demonstram que as elites brancas construíram uma ideologia racial baseada na negação da raça enquanto categoria social para manter o domínio social. Isso tornou-se possível em função da redução das disparidades entre grupos raciais como problemas de classe social. Um fato social permanece imodificado: o controle político das elites brancas.⁶⁷

4.4 - RACISMO INDIVIDUAL, RACISMO INSTITUCIONAL

O conceito de racismo institucional refere-se a uma série de práticas institucionais que não necessariamente levam a raça em consideração, mas que mesmo assim afetam negativamente certos grupos raciais. Segundo os autores que elaboraram essa teoria, o racismo pode ser aberto e individual ou encoberto e institucional. As ações discriminatórias de pessoas brancas contra negros podem ser classificadas como uma forma de racismo aberto e individual. Essas ações acarretam perdas de oportunidades para as suas vítimas que deixam de ter acesso a oportunidades educacionais ou profissionais. Uma ação discriminatória dessa natureza acontece quando um membro de um grupo racial minoritário é prejudicado de alguma forma em função da atitude racista de uma pessoa que age segundo os seus preconceitos ou de outros. Pessoas preconceituosas estão dispostas a tratar negros de forma negativa em função das imagens negativas que elas carregam. Práticas racistas podem ser caracterizadas como um ritual que envolve um certo número de pessoas, mesmo quando elas partem do comportamento de um indivíduo em particular. Existem aquelas pessoas ou grupos que carregam atitudes

⁶⁷ ANDREWS. *Afro-Latin America*, p. 117 – 152.

preconceituosas e que discriminam abertamente pessoas de outros grupos raciais. Mas essas pessoas podem também agir por meio de outros indivíduos que lhes são subordinados. Esses últimos podem não ser necessariamente racistas, mas são forçados a discriminar em função de relações hierárquicas. O gerente de um restaurante que recusa atender clientes negros pode apenas estar cumprindo ordens do dono do restaurante. Existem ainda uma outra categoria de pessoas que fazem parte desses rituais racistas: os observadores passivos. Esses indivíduos podem não engajar em práticas racistas, mas elas permanecem indiferentes quando testemunham atos racistas porque elas também não querem ter contato social com negros. É o caso dos clientes brancos do restaurante que discrimina negros: eles não se sentem indignados com aquele tratamento porque eles também preferem estar em um ambiente totalmente branco.⁶⁸

As práticas discriminatórias dos brancos em geral contra a comunidade negra como um todo podem ser classificadas como racismo institucional. Embora esses processos podem não ser racialmente neutras, elas estão correlacionadas com o racismo aberto de uma forma ou de outra. Essa forma de racismo difere do primeiro por ser mais sutil, não sendo necessariamente praticada por indivíduos específicos. Enquanto o primeiro tipo de racismo pode ser explícito o segundo tipo de racismo não tem um caráter necessariamente intencional. O racismo institucional torna-se parte de do funcionamento normal de instituições públicas e privadas que não levam em consideração o impacto de suas decisões nos diferentes grupos raciais ou que procuram criar políticas que excluem grupos raciais de benefícios sociais.⁶⁹ Como essas práticas discriminatórias fazem parte da operação normal dessas organizações, elas não são analisadas da mesma forma que os atos individuais de racismo. Essas práticas institucionais constituem parte integrantes do sistema social e tem um papel central no processo de dominação. Políticas públicas que pretendem elevar o nível de saúde da população podem ser classificadas como racistas quando não levam em consideração as necessidades especiais da população negra. Uma iniciativa governamental dessa natureza pode ser classificada como um exemplo de racismo institucional: os grupos raciais dominantes controlam os recursos financeiros fornecidos por toda a população, mas não levam em consideração as necessidades específicas dos diversos grupos raciais que fazem parte da sociedade. O racismo institucional encontra a sua sustentação na presença de atitudes culturais racistas que permeiam toda a sociedade implícita ou explicitamente. Essas atitudes racistas despertam o sentimento de superioridade racial nos brancos, o que justifica a subordinação social de outros grupos raciais. Como essas mesmas sociedades condenam

⁶⁸ FEAGIN. *White racism, the basics*, p. 19 – 21.

⁶⁹ EZORSKY. *Racism & justice: the case for affirmative action*, p. 14 – 22.

manifestações abertas de racismo, muitas pessoas afirmam que elas não discriminam membros de outros grupos. Mas mesmo condenando práticas racistas, esses indivíduos dão suporte a instituições que perpetuam a discriminação racial. Vemos assim que atos individuais de racismo podem não ser frequentes em uma sociedade, mas práticas institucionais racistas podem ser parte integrante de uma nação. Grupos raciais minoritários podem ter direitos iguais aos grupos raciais dominantes, porém isso não significa que eles terão acesso a condições materiais necessárias para o gozo dos mesmos.⁷⁰

Como tivemos oportunidade de observar, o racismo institucional geralmente ocorre mesmo quando as instituições públicas e privadas adotam iniciativas que são racialmente neutras. Políticas universais dirigem-se à totalidade dos indivíduos, elas não fazem menção à raça, mas mesmo assim elas podem ser classificadas como racistas em função do seu impacto negativo nos grupos raciais minoritários. A exigência de curso superior para um concurso público pode ser classificada como uma norma racialmente neutra, mas ela afeta negativamente os negros em função das ausências de oportunidades educacionais oferecidas aos membros desse grupo racial. O impacto contínuo dessas políticas neutras na população negra contribui para a perpetuação de atitudes racistas, ao reforçar a percepção de que certas posições sociais devem ser ocupadas apenas por brancos. Práticas institucionais racistas causam o que pode ser chamado de um impacto racista porque elas contribuem para a perpetuação da subordinação social das minorias raciais. Racismo individual também pode contribuir para a perpetuação do racismo institucional por meio de práticas discriminatórias coordenadas que acabam sendo institucionalizadas. Gerentes de banco que recusam empréstimo a empresários negros ou impõem juros mais altos criam obstáculos ao sucesso econômico dos mesmos. O racismo institucional decorre então de práticas institucionais racialmente neutras ou pela constante repetição de atos individuais de racismo por pessoas que ocupam cargos dentro de instituições públicas ou privadas.⁷¹

5 – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 - A NOÇÃO DE IGUALDADE JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Tivemos oportunidade de observar que os programas de ações afirmativas podem ser classificados como políticas públicas distributivas de caráter compensatório ou inclusivo. Essas

⁷⁰ HAMILTON & TURE. *Black power: the politics of liberation*, p. 2 – 8.

⁷¹ EZORSKY. *Racism and justice: the case for affirmative action*, p. 9 – 27.

iniciativas governamentais procuram garantir o acesso de grupos minoritários a oportunidades educacionais e profissionais. Vimos também que os opositores dos programas de ações afirmativas argumentam que os programas de inclusão racial são inconstitucionais porque eles violam a igualdade constitucional. Como a raça não possui relevância social no nosso país, as autoridades públicas não devem utilizá-la como critério para a implementação de políticas públicas. Esse argumento possui grande poder de convencimento devido à importância desse princípio na nossa ordem constitucional. Mas a conceituação e interpretação do preceito constitucional da igualdade encerra problemas muito mais complexos do que os opositores das políticas raciais pensam. A compreensão da igualdade apenas com um limite ao poder regulador estatal pode ser classificada como um contrasenso tendo em vista a evolução desse princípio na história do constitucionalismo moderno. Demonstraremos nessa sessão que esse princípio constitucional sofreu um longo processo de desenvolvimento, o que foi determinado por mudanças de percepção sobre o papel das instituições estatais na proteção dos direitos fundamentais. Esse processo foi responsável pela transformação de interpretação dessa norma constitucional, mudança que está diretamente relacionada com o entendimento que as instituições estatais tem um papel central na concretização desse preceito.

O princípio da igualdade formal pode ser definido como uma exigência de que as normas jurídicas sejam uniformemente aplicadas a todos os membros da comunidade política. Parte-se do pressuposto de que as normas devem ser gerais e abstratas, eliminando-se assim quaisquer tipificações que estabeleçam conseqüências jurídicas arbitrárias. Reconhece-se que as pessoas são diferentes em vários aspectos, mas muitas dessas diferenças são irrelevantes para o exercício de direitos. O princípio da igualdade possui uma natureza relacional porque procura garantir tratamento isonômico entre pessoas que possuem características comuns; ela não está fundamentada em uma relação de identidade absoluta entre indivíduos ou situações.⁷² Isso significa que esse princípio procura estabelecer uma equiparação de pessoas ou de situações que possuem as mesmas características sobre as quais incidem uma regulação jurídica. Tais considerações demonstram que o princípio da igualdade formal demanda o tratamento igualitário de pessoas que estão igualmente situadas, preceito que decorre da exigência de aplicação uniforme das normas jurídicas. Como todos os seres humanos são igualmente livres, característica que decorre da capacidade racional dos mesmos de formular e seguir normas jurídicas, as leis devem eliminar diferenciações que não estejam baseadas nesse dado fundamental. O tratamento igualitário de todos os membros da comunidade política pelas

⁷² BOBBIO. *Igualdade e liberdade*, p. 14 – 16.

normas jurídicas presume também uma identidade de procedimento, o que demonstra a correlação íntima entre o princípio da igualdade e o princípio do Estado de Direito. O tratamento igualitário entre os indivíduos só pode existir em uma sociedade na qual as instituições estatais atuam de acordo com as normas jurídicas que representam os interesses da sociedade como um todo.⁷³

O princípio da igualdade material está fundamentado em pressupostos distintos. As condições reais da existência tornam-se elementos particularmente importantes para a definição desse princípio no paradigma do constitucionalismo social. A representação do indivíduo radicalmente autônomo não aparece mais como o parâmetro para a interpretação da igualdade. O princípio da igualdade material torna-se um objetivo a ser alcançado porque a autonomia humana não decorre apenas da capacidade racional de autoregulação. Percebe-se que as condições materiais da existência têm importância central para a realização da liberdade individual. A socialização da liberdade e da igualdade no paradigma do constitucionalismo social implica o direito dos indivíduos a prestações positivas das instituições estatais para que a liberdade possa ser realmente alcançada. Os direitos individuais, no constitucionalismo liberal, eram entendidos como liberdades que deveriam ser protegidas pelo Estado, liberdades de caráter negativo baseadas na compreensão do homem como portador de uma racionalidade universal. Os direitos individuais deixam de ser considerados apenas como garantias do indivíduo contra o Estado e passam a ser vistos como instrumentos que devem ser utilizados para a exigência de prestações positivas. Tal perspectiva decorre do entendimento de que a realização ética do ser humano está diretamente ligada à sua existência dentro de uma estrutura social.⁷⁴ A igualdade formal perante a lei permanece como um princípio importante da ordem jurídica, mas ela é complementada por uma nova dimensão de caráter substancial que se expressa principalmente pela necessidade de igualdade de oportunidades sociais.⁷⁵ A noção de igualdade material adiciona então novas dimensões ao princípio constitucional da igualdade. Essa concepção da isonomia apresenta-se como igualdade de trato material, ou seja, como igualdade das circunstâncias que permitem alcançar a independência e a liberdade moral a partir da liberdade jurídica e política garantida pela igualdade formal. Tal noção de isonomia tem como finalidade o estabelecimento de uma igualdade proporcional entre os indivíduos. A satisfação de necessidades materiais básicas tem especial importância para se alcançar a liberdade das pessoas; essa igualdade material pode ser

⁷³ PECES-BARBAR MARTINEZ. *Curso de derechos fundamentales*, p. 284 – 289.

⁷⁴ BURDEAU. *Les libertés publiques*, p. 11 – 12.

⁷⁵ SAGUÉS. *Elementos de derecho constitucional*, v. 1, p. 13.

alcançada por meio de políticas públicas que pretendem garantir acesso a condições mínimas de existência.⁷⁶

A busca de um balanço adequado entre igualdade e diferença pode ser apontada como um dos principais elementos da temática da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito. Enquanto a igualdade formal e a igualdade material procuravam estabelecer um tratamento uniforme entre os indivíduos, seja pelo tratamento simétrico entre eles ou pela tentativa de se estabelecer uma igualdade proporcional entre os mesmos, o tema da igualdade no atual paradigma constitucional passou a ser estruturado em torno da necessidade de harmonização das inúmeras diferenças existentes entre as pessoas. A política do reconhecimento adquire considerável importância nesse paradigma constitucional sendo um elemento constante nas atuais demandas de direitos. Observa-se uma intensificação do processo de categorização do direito em decorrência da implementação de políticas que procuram promover a inclusão social de grupos tradicionalmente discriminados em função de certos traços identitários. Os tribunais foram transformados em um campo privilegiado de contestação de diferentes formas de tratamento discriminatório e eles começaram gradualmente a reconhecer a legitimidade dessas reivindicações. A conscientização de que o acesso a certas categorias de direitos está determinado pelo pertencimento a grupos sociais levou muitos tribunais a eliminar paulatinamente práticas sociais que procuram manter os privilégios associados a grupos majoritários.⁷⁷ O processo de categorização do direito procura contrabalançar um problema derivado da própria estrutura das democracias liberais. Tornar-se um cidadão implica a substituição da identidade pessoal por uma forma abstrata de representação da individualidade. Esse processo tem considerável importância porque o reconhecimento da igualdade entre todos os indivíduos como pessoas jurídicas tem sido compreendido como um direito fundamental. Mas essa identidade abstrata tem sido identificada com grupos sociais específicos, o que impõe certas características dos mesmos como requisitos para o acesso a várias categorias de direitos. A suposta neutralidade das instituições liberais serve apenas como um instrumento para a manutenção das desigualdades existente entre os grupos

⁷⁶ MARTINEZ. *Curso de derechos fundamentales*, p. 290 – 297.

⁷⁷ Ver, por exemplo, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (afirmando que leis proibindo casamentos inter-raciais são inconstitucionais porque têm o objetivo de promover uma suposta superioridade branca); *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971) (declarando que o legislador não pode propagar estereótipos sexuais que promovem a hierarquia entre os sexos); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (decidindo que o direito a privacidade engloba o direito de homossexuais em engajarem em práticas sexuais por que tal direito protege a autonomia dos indivíduos).

porque as normas que coordenam o funcionamento dessas instituições são moldadas de acordo com os interesses dos grupos dominantes.⁷⁸

A luta dos movimentos sociais baseados na questão da identidade teve grande importância no processo de expansão do princípio da igualdade. O direito contribuiu para marginalização de grupos sociais ao estabelecer o traço identitário definidor de um grupo como elemento gerador de desvantagens sociais. Sempre aplicando uma perspectiva formalista para analisar normas que discriminam abertamente certas classes de indivíduos, vários tribunais contribuíram para a manutenção de uma ordem social baseada na iniquidade social. Mas os tribunais também se converteram em uma frente de batalha de grande importância para a eliminação de diferentes formas de discriminação baseadas na identidade. Diferentes líderes de movimentos sociais recorreram aos tribunais para pleitear a proteção jurídica contra discriminação existente em função de traços identitários, processo que teve um papel de importância fundamental na desconstrução da associação de categorias de direitos com os grupos que comandam o processo político. O aparecimento de várias constituições elegendo os princípios da dignidade humana e do pluralismo como preceitos centrais da nova ordem constitucional serviu como base para a contestação dessas práticas discriminatórias.⁷⁹

Percebemos no atual paradigma constitucional alguns desenvolvimentos importantes no que diz respeito aos princípios que estruturam a noção de igualdade jurídica. A exigência da generalidade das normas permanece como um ideal a ser observado, mas percebemos um incremento da sua relativização devido a novos desenvolvimentos do processo de categorização do direito. As atuais demandas de redistribuição e de reconhecimento requerem a adoção de uma perspectiva hermenêutica capaz de articular diferentes princípios constitucionais para que o ideal de justiça social possa ser alcançado. Os tribunais passam a correlacionar o princípio da igualdade com os princípios da dignidade humana, da inclusão social e do pluralismo para garantir o acesso de grupos tradicionalmente discriminados a diversas categorias de direitos. Percebe-se que o ideal de redistribuição de recursos presente no paradigma do constitucionalismo social ainda parte do pressuposto dos indivíduos com necessidades homogêneas, ignorando assim o fato de que diferentes processos sociais se associam para produzir diversas formas de discriminação. Muitos desses processos acabam sendo institucionalizados na forma de normas jurídicas, ou atuam por trás de normas facialmente neutras que afetam desproporcionalmente certos grupos sociais. Isso

⁷⁸ PHILLIPS. *Which equality matters?*, p. 23 – 25.

⁷⁹ ESKRIDGE. *University of Pennsylvania Law Review*, p. 419 – 430.

significa que apenas a redistribuição de recursos não é suficiente para a criação de uma igualdade real entre indivíduos e grupos porque ela depende também do reconhecimento da igual humanidade de certas classes de indivíduos.⁸⁰ Vemos então que a noção de equiparação também não se identifica mais com a idéia de que certas diferenças entre indivíduos devam ser consideradas como irrelevantes. Algumas dessas diferenças devem ser levadas em consideração para que certas disparidades possam ser eliminadas. A noção de equiparação pressupõe então a ação positiva das instituições estatais no sentido de se eliminar práticas sociais e atos governamentais que reproduzem sentidos culturais responsáveis pela subordinação de certos grupos humanos.⁸¹

O desenvolvimento do constitucionalismo moderno demonstra então que a igualdade constitucional adquiriu novas dimensões nos diferentes paradigmas constitucionais, consequência da mudança de percepção do papel das instituições estatais na garantia dos direitos fundamentais. Se a igualdade era vista no constitucionalismo liberal apenas como um limite ao poder estatal, servindo como uma garantia dos cidadãos frente às instituições estatais, ela passou a ser compreendida como uma exigência de atuação positiva desses órgãos. O princípio da igualdade constitucional tem sido compreendida no atual paradigma como uma exigência de redistribuição e reconhecimento. Enquanto a noção de redistribuição pressupõe a criação de políticas públicas de caráter redistributivo, o conceito de reconhecimento está relacionado com a necessidade de eliminação de práticas sociais responsáveis pelos processos de marginalização social. As políticas raciais recentemente adotadas no Brasil procuram então promover a igualdade constitucional nesses dois sentidos ao estabelecer programas compensatórios como também procura transformar práticas institucionais responsáveis pela reprodução de estereótipos raciais.⁸²

⁸⁰ Ver nesse sentido TJPR, AC No. 353602-7, Órgão Julgador: 6ª. Câmara Cível, Relator: Waldemir Luiz da Rocha, 10.10.2006 (afirmando que políticas de cunho universal não são suficientes para eliminar as consequências de discriminação racial porque o racismo faz parte das práticas institucionais que se reproduzem ao longo do tempo); TJMG, AC No. 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22.05.2007 (afirmando que o reconhecimento da diferença é uma exigência do sistema jurídico, o que justifica a expansão de direitos para grupos tradicionalmente discriminados); TJAC, AC No. 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.09.2007 (afirmando que o sistema jurídico tem o papel de reconhecer as diferenças como realidade social que precisa ser articulada com o princípio da igualdade).

⁸¹ Ver, por exemplo, TRF-5ª. Região, MAS No. 98630-CE, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Élio Siqueira, 16.11.2007 (estendendo direitos previdenciários ao companheiro homossexual sob o argumento de que o direito deve sempre procurar regular as transformações sociais de forma mais efetiva possível tendo em vista os objetivos inscritos no texto constitucional); TJRS, AC No. 598362655, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 01.03.2000 (mencionando os objetivos anti-subordinatórios presentes na nossa Constituição para justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis); TRF-4ª. Região, AG No. 59429/RS, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU 26.07.2000 (aplicando interpretação ampliada do conceito de companheiro para que se possa atingir a finalidade de promoção da igualdade material)

⁸² FRASER. *Redistribution or recognition?*, p. 23 – 26.

5.2 - O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Mas a discussão sobre a constitucionalidade dos programas de ações afirmativas levanta ainda uma outra questão relacionada com o problema dos mecanismos de interpretação da igualdade. Os críticos das políticas de inclusão racial apresentam um argumento importante ao afirmar que a raça não pode ser utilizada como um critério de tratamento diferenciado por não estar associada ao exercício de direitos. Essa afirmação exige então uma consideração dessas políticas a partir dos princípios geralmente utilizados para examinar a constitucionalidade dos atos estatais. Esse processo é particularmente relevante porque os tribunais são os órgãos que decidem em última instância a validade de políticas públicas. Devemos verificar então se essas iniciativas governamentais podem ser consideradas constitucionais ao serem submetidas a esse procedimento. Demonstraremos nesta seção que os programas de ações afirmativas são plenamente constitucionais quando analisamos os mesmos a partir do desenvolvimento do princípio da igualdade no constitucionalismo moderno.

O princípio da igualdade inscrito no texto constitucional brasileiro pressupõe o tratamento isonômico entre todos os indivíduos. Mas o mandamento constitucional da igualdade coloca o aplicador do Direito diante de um problema de considerável importância: as normas constitucionais que prescrevem o tratamento isonômico entre os cidadãos não estabelecem nenhum método de aplicação ou interpretação do princípio da igualdade. Tendo em vista a sua natureza comparativa, parte-se do pressuposto de que as pessoas devem ser tratadas da mesma forma porque são iguais em um determinado aspecto. Mas a premissa segundo a qual pessoas similarmente situadas devem ser tratadas de forma similar parece problemática porque os indivíduos são iguais e diferentes em vários aspectos. Deve-mos levar em consideração o fato de que a atividade legislativa pressupõe uma constante diferenciação entre classes de indivíduos, pois as instituições estatais precisam criar várias políticas públicas que procuram atingir grupos específicos. Os tribunais precisam então adotar um parâmetro capaz de determinar aquelas hipóteses nas quais o tratamento diferenciado entre classes de indivíduos é justificado. Isso só se torna possível quando o tratamento diferenciado está baseado em diferenças relevantes entre as pessoas. Essas diferenças só podem ser erigidas como fatores de discriminação quando existe uma

relação racional entre elas e o objetivo estatal que a norma pretende atingir.⁸³ Mas todas as formas de tratamento diferenciado estão de certa forma racionalmente relacionadas com um interesse estatal. A noção de razoabilidade surge então como um princípio que tem a função de estabelecer um parâmetro para a avaliação da legitimidade dos interesses estatais ao indicar que as instituições não podem estabelecer tratamento diferenciado entre indivíduos que estão igualmente situados tendo em vista uma determinada característica. As diferenças entre as pessoas só se tornam relevantes quando existe uma congruência entre elas e o interesse público que está sendo perseguido. Por exemplo, homens e mulheres serão submetidos a tratamento distinto apenas quando o gênero dos indivíduos pode ser apontado como uma característica relevante tendo em vista um objetivo estatal. O reconhecimento da igual dignidade entre homens e mulheres surge então como um limite ao poder regulador estatal, servindo como um parâmetro para o julgamento dos objetivos dos atos governamentais.⁸⁴

Tendo em vista a centralidade desse princípio para o controle de constitucionalidade das leis, torna-se necessária então a criação de critérios que sirvam como guia para a atuação dos tribunais. A utilização desses critérios de interpretação do princípio da igualdade tem importância fundamental para a atividade do poder judiciário, pois cabe aos juízes determinar se as classificações presentes nos atos governamentais estão em harmonia com o mandamento da igualdade. A classificação é um processo inerente à atividade governamental; o legislador está sempre estabelecendo classificações que procuram promover algum interesse estatal. Esse processo implica necessariamente o tratamento diferenciado entre os indivíduos em função de um determinado fator, criando assim uma classe ou grupo de pessoas que possuem uma característica comum. O princípio da igualdade demanda então que indivíduos similarmente situados sejam tratados de forma similar.⁸⁵ A exigência de tratamento isonômico entre os membros de uma classe está fundamentada em uma noção de justiça identificada com o preceito

⁸³ Ver, por exemplo, STF, ADI No. 489-1-600/RJ, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Octavio Galotti, DJ 28.08.1998 (indeferindo ação direta de inconstitucionalidade porque a norma garantindo contagem de tempo de serviço em dobro para pessoas que ocupam o cargo de secretário de estado não confronta o princípio da isonomia); TRF-1ª. Região, AC No. 9601361952-2/2, Órgão Julgador: Relator: Francisco de Assis Betti (afirmando que o princípio da isonomia formal não tem caráter absoluto. As diferenças entre de funções entre funcionários públicos pode ensejar salários diferentes entre os mesmos); TRF-2ª. Região, EI No. 1997.02.01.37994-6, Órgão Julgador: 4ª. Seção Especializada, Relator: Luiz Paulo do Silva Araújo Filho, 29.05.2008 (considerando como relevante a diferença entre alunos de instituições públicas civis e alunos de instituições militares porque os últimos recebem formação superior paralela à formação militar, o que os possibilita a seguir carreira militar após a formação superior); TRF-1ª. Região, AC No. 1999.34.00.29345-2, Órgão Julgador: Relator: César Augusto Beassi (argumentando que a Constituição garante o acesso a cargos públicos a todos os brasileiros, mas que o poder público tem o poder de estabelecer requisitos que sejam compatíveis com a especificidade do cargo em questão)

⁸⁴ BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 215 – 217.

⁸⁵ MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 9 – 11.

da igualdade formal. Todos os homens devem ser tratados igualmente porque todos eles são seres igualmente racionais e autônomos. A norma jurídica deve ser universal, pois ela deve dirigir-se a todas as pessoas que possuem a característica definidora de uma determinada classe de indivíduos criada pela norma jurídica. Ela também deve ser pautada pelo princípio da generalidade, o que requer a inclusão quantitativa de todos os membros da classe criada norma jurídica e exclusão de todos que não pertencem a ela. Essa exigência de universalidade e generalidade indica o caráter individualista do princípio da igualdade formal: a isonomia formal identifica a noção de justiça com o tratamento simétrico de todos os indivíduos que pertencem a uma mesma classe.⁸⁶

A doutrina brasileira adotou um princípio instrumental de interpretação da igualdade baseada na análise de três elementos intimamente correlacionados: a análise do critério de tratamento diferenciado, a correlação lógica entre esse critério e o objetivo da legislação e também a consonância dessa correlação lógica com os princípios fundamentais da nossa ordem constitucional.⁸⁷ Essa formulação clássica do princípio da razoabilidade leva em consideração algumas questões essenciais no processo de interpretação da igualdade que devem ser cuidadosamente analisados. O princípio da razoabilidade exige que a eleição do fator de *discrimen* seja suficientemente ajustada ao objetivo da legislação para que se possa evitar a inclusão ou exclusão arbitrária de membros de uma determinada classe. Uma norma jurídica não violará o princípio da igualdade quando obriga ou faculta todas as pessoas pertencentes a uma classe designada pela legislação e exclui todas as pessoas que não são afetadas pelos critérios definidores dessa classe. Para que o mandamento do tratamento igualitário entre todos os indivíduos possa ser atendido, a norma jurídica deverá determinar de forma precisa todos os elementos necessários para a caracterização adequada dos membros de um determinado grupo.⁸⁸

A doutrina brasileira entende que quaisquer diferenças existentes nas pessoas ou quaisquer situações jurídicas podem ser utilizadas como forma de tratamento diferenciado. Essa afirmação está baseada no fato de que a violação do princípio da igualdade não decorre apenas da utilização de uma determinada característica como fator de tratamento discriminatório, mas sim da relação entre essa característica e objetivo da legislação em questão. Vemos então que a existência de uma pertinência lógica entre o critério diferenciador e a finalidade da legislação pode ser apontada

⁸⁶ MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 26 – 28.

⁸⁷ MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 21.

⁸⁸ MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 28 – 29.

como o principal aspecto do processo de verificação da adequação da norma jurídica ao princípio da igualdade. Sabe-se que as normas jurídicas procuram regular circunstâncias concretas por meio dos princípios que estruturam o sistema jurídico. Como a atuação estatal deve estar submetida aos princípios constitucionais, as normas criadas pelo poder estatal devem sempre utilizar meios justos para se alcançar determinadas finalidades estatais legítimas.⁸⁹ Quaisquer normas jurídicas que diferenciam indivíduos ou situações para regulá-las segundo fatores que não guardam uma relação racional com um objetivo estatal legítimo violam o princípio da razoabilidade. A conexão lógica entre o fator de discriminação e o objetivo da relação determina, portanto, a validade da regra submetida ao controle de constitucionalidade. Isso significa que a inconstitucionalidade não resulta simplesmente da utilização de determinadas características, mas sim da existência de uma relação arbitrária entre essas categorias e o objetivo perseguido pelo ato estatal.⁹⁰ Um ato estatal pode violar o princípio da igualdade pelos seguintes motivos: ele pode deixar de incluir todos os membros de uma classe, ele pode incluir pessoas que não pertencem a uma classe e ele pode utilizar uma forma de classificação expressamente proibida pela legislação, classificação que não guarda qualquer relação com um interesse público. Vemos então que a exigência da existência de uma diferença relevante para a justificação de um tratamento diferenciado entre pessoas similarmente situadas está então relacionada com a necessidade de precisão da correlação entre fator de discriminação e o interesse estatal.

O processo de interpretação da igualdade requer também a consideração da legitimidade dos interesses estatais perseguidos pela norma jurídica; cabe às cortes determinar a constitucionalidade do objetivo que a autoridade governamental procurou alcançar com a utilização de uma classificação. Esse exercício requer a análise do problema que a norma jurídica pretende resolver e uma avaliação do custo social da utilização de um critério de tratamento diferenciado. Nem o legislador nem o juiz podem determinar com certeza o grau de congruência entre um fator de tratamento diferenciado e um interesse estatal. O estabelecimento de políticas públicas requer inúmeras generalizações que podem não guardar uma relação empírica com a realidade social. Não se poderia implementar uma política pública se as instituições estatais fossem obrigadas a provar que todos os membros de uma determinada classe possuem um determinado traço. Os tribunais podem chegar à conclusão que a utilização de um fator de discriminação é legítima porque o objetivo estatal ao qual ele está relacionado está constitucionalmente protegido. Um determinado tribunal pode concluir que o estabelecimento de

⁸⁹ BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 206.

⁹⁰ MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 37 – 38.

limite de altura atende um interesse estatal legítimo porque pessoas mais altas estão mais capacitadas para proteger a população. A inclusão de pessoas de baixa estatura poderia trazer sérios riscos para a segurança pública e a proteção da mesma certamente constitui um interesse estatal constitucionalmente protegido. Algumas pessoas de baixa estatura podem ser mais qualificadas do que pessoas mais altas, mas o aplicador do direito conclui que a altura é uma diferença suficientemente relevante para restringir o acesso de um certo grupo de pessoas a um cargo público.⁹¹

Algumas decisões recentes dos tribunais brasileiros tratando de problemas associados à questão de políticas redistributivas refletem os limites da aplicação exclusiva do princípio da igualdade formal no processo de controle de constitucionalidade. Esses tribunais utilizam uma postura claramente procedimental baseada apenas na idéia da igualdade como limite ao poder de classificar indivíduos. Como a raça não tem qualquer relação com o exercício de direitos, ela não deve ser utilizada como parâmetro para as políticas públicas. Os tribunais que declaram a inconstitucionalidade dos programas de ações afirmativas argumentam que esses programas violam o princípio da igualdade formal porque não existe uma relação racional entre a eleição da raça como critério diferenciador e o objetivo de se garantir as mesmas condições de acesso à educação a todos os brasileiros. Eles afirmam que as ações afirmativas são inconstitucionais porque elas elegem a raça como critério de diferenciação quando o texto constitucional claramente proíbe o uso dessa característica como fator de discriminação.⁹² A arbitrariedade de tal classificação decorre do fato de que o acesso ao ensino superior não deve ser facilitado a um grupo apenas pela sua condição racial, pois as condições de acesso à universidade são igualmente abertas a brancos e negros.⁹³ As diferenças sociais entre brancos e negros, alegam esses tribunais, não são reflexo de discriminação racial, mas sim da persistência de problemas relacionados à classe social. Essas diferenças não justificam a adoção de políticas de ações afirmativas porque o

⁹¹ Ver, por exemplo, STF, RE No. 140.889-8/MS, Órgão Julgador: 2ª. Turma, Relator: Celso de Mello, DJ 15.12.2000 (mantendo decisão de instância inferior que reconheceu a razoabilidade de se exigir altura mínima para o cargo de delegado da Polícia Federal, pois tal exigência está racionalmente relacionada com as funções do cargo).

⁹² Ver, por exemplo, TRF-1ª. Região, AI No. 2005.01.00.027079-2/BA, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Souza Prudente, 27.05.2005 (afirmando que o uso de raça nos programas de ação afirmativa viola o princípio da igualdade); TRF-5ª. Região, AI No. 61893, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Paulo Gadelha, 24.08.2006 (alegando que a Constituição proíbe a utilização de raça como critério de tratamento diferenciado nos programas de ação afirmativa); JF/RS, 7ª. Vara, MS No. 2005.70.00.003627-4/Curitiba, Juiz: Mauro Spalding, 21.02.2005 (argumentando que não existe uma relação racional entre raça como critério diferenciador e o objetivo de se selecionar os melhores candidatos para o vestibular).

⁹³ Ver, por exemplo, TRF-1ª. Região, AI No. 2005.01.00.027079-2/BA, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Souza Prudente, 27.05.2005 (afirmando que brancos e negros devem ser tratados da mesma forma no que diz respeito ao acesso à universidade); JF/RS, 7ª. Vara, MS No. 2005.70.00.003627-4/Curitiba, Juiz: Mauro Spalding, 21.02.2005 (alegando que negros e brancos possuem as mesmas chances de ingressar na universidade, o que elimina a necessidade de se implementar programas de ação afirmativa).

acesso à universidade deve estar baseado no critério da meritocracia. Esses tribunais alegam ainda que tais políticas agridem a imagem do Brasil como uma democracia racial, desestabilizando as relações raciais no país.⁹⁴

A postura dos tribunais que utilizam uma postura puramente procedimental para analisar políticas de redistribuição revela um grande problema associado à metodologia tradicional de aplicação do princípio da igualdade. Os tribunais brasileiros geralmente consideram os fatores de discriminação como categorias que possuem uma natureza unidimensional. Essa posição ignora a diversidade interna existente nos critérios utilizados para classificar os indivíduos e as consequências dessa diversidade para a avaliação do problema da igualdade. Ao considerar a raça apenas como uma realidade biológica, esses tribunais contribuem para a reprodução das desigualdades sociais, pois ignoram a importância social dessa categoria. Por outro lado, os tribunais que utilizam uma postura principiológica enfatizam a pluralidade interna existente nesses critérios de classificação. Conscientes das diferentes formas de pertencimento que os indivíduos possuem nas nossas sociedades complexas, esses tribunais afirmam que a consideração do critério de discriminação como uma categoria unidimensional compromete o processo de aplicação do princípio da igualdade. O exame da existência da relação racional entre raça e interesses estatais deve levar em consideração a possível pluralidade de elementos que constituem o critério de classificação em questão porque ele pode ser composto por uma série de direitos ou liberdades que merecem proteção jurídica.⁹⁵ A noção de raça tem um caráter eminentemente social: ela é uma criação social que sempre teve como objetivo a justificação do poder econômico nas mãos de um determinado grupo racial. A presença da discriminação racial decorrente da tentativa de se garantir privilégios sociais a um grupo racial específico, o que acarretou o empobrecimento da

⁹⁴ Ver, por exemplo, TJMG, ACP No. 1.000.00.327572-4/000(1), Órgão Julgador: Corte Superior, Relator: Corrêa de Martins, 03.12.2003 (afirmando de que não se pode utilizar raça para beneficiar um determinado grupo em um país com altas taxas de miscigenação); JF/RS, 7ª. Vara, MS No. 2005.70.00.003627-4/Curitiba, Juiz: Mauro Spalding, 21.02.2005 (alegando que os programas de ação afirmativa maculam a imagem do Brasil como uma democracia racial); JF/SE, 1ª. Vara Federal, MS No. 2004.85.006438-3, Juiz: Ricardo César Mandarino Barreto, 01.03.2005 (afirmando que o sistema de cotas viola o princípio da igualdade formal e ofendem a identidade nacional de um povo que sempre conseguiu apreciar a diversidade das raças);

⁹⁵ Ver, por exemplo, STF, ADI 3300 MC – DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09.02.2006 (classificando a orientação sexual como uma categoria composta de outros direitos e observando que o direito à livre expressão da orientação sexual é um direito personalíssimo que deve ser protegido pelo sistema jurídico inclusive sob a forma de reconhecimento dos casais gays como entidades familiares); TJRS, AC No. 7000548812, Órgão Julgador: 7a. Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, 25.06.2003 (reconhecendo uma união homoafetiva como união estável e indicando a existência de relação íntima entre orientação sexual, identidade pessoal e direito à privacidade); TJRJ, AC No. 2003.001.32.610, Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível, Relator: Cláudio de Mello Tavares, 11.02.2004 (afirmando que a utilização da raça como critério de diferenciação legítimo quando aplicada às políticas de ação afirmativa e observando que a noção de raça não pode ser analisada separadamente de outras categorias como classe social e gênero); JF/RS, 10ª. Vara, AC No. 96.0002030-2, Juiz: Roger Raupp Rios, 09.07.1996 (argumentando que a noção de orientação sexual inclui o direito de livre expressão da orientação sexual, o direito de escolha de parceiro íntimo e o direito a identidade pessoal).

população afro-descendente. Esse processo tornou as categorias de raça e classe social intimamente associadas. Apesar de funcionarem como fatores independentes, essas duas categorias se associam em muitas instâncias para perpetuar a hierarquia racial. Ao desconsiderar a pluralidade interna presente na noção de raça, os tribunais brasileiros abrem espaço para a manutenção da subordinação social da população afro-descendente ao argumentar que as instituições estatais não podem utilizar a raça como um critério de classificação.⁹⁶

6 - POLÍTICAS RACIAIS E INTERESSES ESTATAIS

6.1 - POLÍTICAS RACIAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tendo em vista as análises desenvolvidas nas sessões anteriores, nós voltaremos nossa atenção mais uma vez aos três problemas centrais postos pelo debate atual sobre a constitucionalidade das políticas de inclusão racial. Tivemos oportunidade de observar que os críticos dos programas de ações afirmativas classificam essa forma de política pública como inconstitucional porque elas supostamente violam o princípio da igualdade formal. Essa posição decorre de uma perspectiva de interpretação do texto constitucional de caráter liberal-individualista, entendimento fundado na premissa de que a igualdade deve ser vista primordialmente como um limite ao poder regulador estatal. Tal interpretação do preceito constitucional da igualdade mostra-se claramente inadequada por algumas razões de grande importância. O princípio da igualdade formal é apenas uma forma de igualdade presente no nosso texto constitucional, concepção de isonomia que convive com pelo menos outras duas formas de igualdade. Mesmo sendo um elemento chave do nosso texto constitucional, esse preceito constitucional adquiriu outras significações em função da correlação do mesmo com outras normas constitucionais. Uma perspectiva hermenêutica puramente individualista está baseada na separação estrita entre as diferentes dimensões da igualdade.⁹⁷

Tal posição contraria uma postura que tem sido adotada tanto pela literatura jurídica como também pela jurisprudência: a idéia da unidade dos direitos fundamentais. Esse princípio possui um caráter claramente emancipador ao exigir das instituições estatais ações concretas para a garantia de tratamento igualitário de todos os indivíduos perante as normas jurídicas. Isso requer

⁹⁶ Para uma análise das relações entre raça e classe social ver Carlos Hasenbalg, *Discriminação e desigualdade racial no Brasil*, 2005, p. 96 – 129 (analisando as relações entre classe social e raça e demonstrando como essas duas variáveis operam independentemente). Uma crítica severa à noção formal de raça pode ser encontrada no artigo de Neil Gotanda, intitulado *A critique of “Our Constitution is color-blind”*. *Stanford Law Review*, v. 44, p. 2 -72.

⁹⁷ Ver nesse sentido

a atuação positiva das instituições estatais, o que demonstra a correlação necessária entre igualdade formal e material. Vemos então que os programas de ações afirmativas não podem ser classificados como uma violação do princípio da igualdade porque a compreensão atual desse preceito constitucional não está ligado apenas à uma concepção negativa da atuação das instituições estatais. O tratamento formal perante as normas jurídicas demanda uma equidade de condições sociais que só podem ser alcançadas por meio da atuação das instituições estatais. Como essas iniciativas estatais pretendem garantir exatamente essa igualdade de condições, eles não podem ser caracterizados como uma violação da igualdade.⁹⁸

A perspectiva liberal defendida pelos opositores dos programas de ações afirmativas também enfrenta um outro problema relacionado à questões hermenêuticas. Os diferentes paradigmas constitucionais estão baseados em princípios interpretativos bastante diversos. Tivemos oportunidade de observar que o constitucionalismo liberal tinha um caráter claramente formalista, consesquência do entendimento de que as normas encerravam em si mesmas limites ao processo interpretativo. Mas o atual paradigma constitucional está baseado no papel central dos princípios no processo de interpretação das normas constitucionais. A Constituição Federal não pode ser vista apenas como um conjunto de normas independentes. Elas só fazem sentido pleno quando correlacionadas com os princípios que estruturam a nossa ordem constitucional.⁹⁹ A consideração do papel desses princípios no processo de interpretação tem um papel de fundamental importância no exame da constitucionalidade das políticas públicas. Esses princípios estão logicamente correlacionados com os objetivos do texto constitucional, servindo como substrato para a realização dos mesmos. O princípio da igualdade formal e o princípio da igualdade material cumprem um papel instrumental no processo de realização dos direitos fundamentais e sociais. Isso significa que as políticas estatais devem ser analisadas em função da sua capacidade para realização dos objetivos do nosso sistema constitucional. Tendo em vista o

⁹⁸ Ver nesse sentido TJRJ, AC No. 2005.001.27.062, Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível, Relator: Cláudio de Mello Tavares, 09.11.2005 (argumentando que as cotas para negros são constitucionais porque brancos e negros não têm as mesmas chances de se ingressar nos cursos superiores, fato que justifica a implementação de políticas públicas que garantam a igualdade de oportunidades); TJAC, AC No. 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.09.2007 (afirmando que o sistema jurídico tem o papel de reconhecer as diferenças como realidade social que precisa ser articulada com o princípio da igualdade); TRF-1ª. Região, SS No. 2005.01.00.056612-8, Relator: Mário César Ribeiro, 01.08.2005 (afirmando que o Princípio da igualdade deve ser interpretado considerando as diferenças efetivamente existente entre os indivíduos, posto que não há mais espaços para uma ideologia jurídica que compreenda a isonomia em termos puramente formais e abstratos).

⁹⁹ Ver nesse sentido TRF – 4a. Região, AC No. 2000.71.00.009347-0/RS, Relator: João Batista Pinto Silveira, 08.08.2005 (afirmando que a Constituição é um sistema de princípios que devem ser interpretados de forma ampla para aperfeiçoar as regras constitucionais de forma a se garantir a cidadania; TJSP, AC No. 552.574-44-00, Órgão Julgador: 8ª. Câmara de Direito Privado, Caetano Lacastra, 12.03.2008 (argumentando que a atividade jurisdicional exige que o juiz utilize uma interpretação sistemática porque a Constituição traz princípios abertos, indeterminados e plurisignificativos, cujas normas dependem de uma correlação entre todas as normas).

papel central do princípio da justiça social no sistema jurídico brasileiro, os programas de ações afirmativas podem ser claramente classificados como legítimos porque eles procuram garantir condições acesso aos instrumentos necessários ao pleno gozo da cidadania.¹⁰⁰

Podemos perceber o caráter emancipador do texto constitucional brasileiro quando examinamos a correlação entre as diversas categorias de direitos presente naquele documento legal. O atual paradigma constitucional está baseado na correlação entre as diferentes classes de direitos, sendo que elas concorrem para a realização uma da outra. Se os direitos políticos possibilitam a participação dos cidadãos no processo decisório, os direitos sociais fornecem as condições para a participação consciente dos mesmos no processo político. O caráter emancipador está atestado ainda pelo lugar central do princípio da justiça social no nosso ordenamento social. Tal fato nos permite afirmar que as instituições estatais têm o papel de criar políticas públicas que promovam a igualdade entre os diferentes grupos sociais, o que só pode ser alcançado a partir de iniciativas que tratem diretamente os problemas que afetam os grupos minoritários. Políticas públicas que pretendem criar igualdade de oportunidades para todos os grupos sociais são consequência normal do processo de diferenciação do direito. As políticas de ações afirmativas podem ser caracterizadas como uma decorrência desse movimento, pois procura resolver problemas sociais que não foram adequadamente revolidos pelas políticas de caráter universal. Vemos então que essas iniciativas de inclusão racial não representam uma violação da igualdade tendo em vista o desenvolvimento desse princípio ao longo do constitucionalismo moderno.¹⁰¹

Os programas de ações afirmativas podem ser justificados a partir de uma perspectiva inclusiva como também a partir de uma perspectiva compensatória. O texto constitucional estabelece a erradicação das disparidades sociais como um objetivo central do nosso sistema jurídico; o mesmo documento legal também estabelece o bem-estar de todas as pessoas como uma meta a ser atingida. Essa norma jurídica pode ser interpretada como um mandamento para a implementação de políticas compensatórias porque a eliminação das disparidades sociais requer também a criação de mecanismos que procuram eliminar práticas discriminatórias. A população negra brasileira tem sido vítima de diferentes formas de atos racistas que começam no plano individual e se estendem ao plano institucional. Os negros foram escravizados por mais de trezentos anos e conheceram todas as formas de discriminação racial após a abolição da escravatura. A exclusão do mercado de trabalho e a falta de acesso a oportunidades educacionais

¹⁰⁰ GOMES. *Revista de Informação Legislativa*, p. 149 – 152.

¹⁰¹ FERNANDEZ. *Igualdad y derechos humanos*, p. 32 – 33.

concorrem para a criação de uma situação de discriminação estrutural. Tais práticas racistas beneficiam diretamente os brancos porque garante a eles acesso preferencial a oportunidades sociais. Os programas de ações afirmativas podem ser vistos então como uma pequena compensação para os negros brasileiros.¹⁰²

As normas constitucionais mencionadas no parágrafo anterior, bem como outros preceitos constitucionais, servem como base para justificar as ações afirmativas como uma política de caráter inclusivo. O texto constitucional brasileiro reconhece a importância do pluralismo social, preocupação que deve ser entendida também como a garantia de participação de todos os grupos sociais no processo de deliberação política. O acesso à educação pode ser visto como um direito de fundamental importância porque é um requisito para a integração social em diferentes planos. Ela não apenas garante acesso ao mercado de trabalho, como também possibilita a criação de um número maior de representantes de diversos grupos sociais que podem participar de forma eficaz do processo decisório. A representação de representantes de todos os grupos raciais nas instituições estatais contribui para a eliminação do racismo institucional porque essas pessoas são mais conscientes das necessidades de seus grupos. Programas de ações afirmativas nas instituições de ensino superior e nas processos de seleção para cargos públicos podem ser justificados também em função da observação dos princípios da inclusão social e do respeito ao pluralismo.¹⁰³

6.2 - POLÍTICAS RACIAIS E INTERESSES ESTATAIS

Os princípios constitucionais têm um outro papel de considerável relevância: a determinação da legitimidade dos interesses estatais. Nós observamos que os tribunais sempre recorrem a alguns princípios interpretativos para examinar a constitucionalidade das políticas públicas. O princípio da razoabilidade está fundamentado na idéia de que uma norma jurídica será considerada constitucional na medida em que exista uma relação racional entre um fator de tratamento diferenciado e um interesse estatal legítimo. A consideração do papel dos princípios dentro do

¹⁰² Cf. KENNEDY. *Harvard Law School*, p. 1330.

¹⁰³ Ver nesse sentido TRF-1ª. Região, AC No. 1999.38.00.036330-8/MG, Órgão Julgador: 5ª. Turma, Relator: Selene Maria de Almeida, DJ 19.04.2007 (afirmando que as políticas de ações afirmativas procuram garantir o mesmo acesso às oportunidades aos membros da raça negra, política necessária para se alcançar a justiça social); Ver nesse sentido TRF-4ª. Região, AI No. 2008.04.00.017059-7/RS, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, 29.05.2008 (As ações afirmativas são definidas como políticas voltadas à concretização da igualdade de oportunidades e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Assumem uma postura pedagógica, não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, que visam a propagar nos atores sociais a observância do princípio da pluralidade e da diversidade do convívio humano contidos na política de compensação e reparação de grupos sociais historicamente marginalizados, por meio da valorização social, econômica, política e cultural dos mesmos durante um período limitado de tempo).

nosso sistema constitucional tem um papel central no processo de determinação da legitimidade dos interesses estatais. A consideração do interesse estatal compreende o exame daquelas atividades que procuram promover as diferentes dimensões da igualdade entre os indivíduos presentes dentro do nosso texto constitucional. Vários mandamentos constitucionais expressam deveres que obrigam as instituições estatais; as normas de caráter programático podem ser apontadas como um exemplo mais explícito. Essas normas constitucionais vinculam as instituições governamentais juridicamente; isso significa que esses órgãos tem o dever de implementar políticas para a eliminação das disparidades sociais. Decorre daí que a consideração da razoabilidade dos atos estatais não pode ser examinada a partir de um ponto de vista estritamente procedimental. O princípio da constitucional da igualdade não se restringe apenas ao estabelecimento de limites ao poder estatal, sendo também uma exigência de atuação das instituições estatais. Como a eliminação da marginalização social é um interesse estatal legítimo e os negros estão historicamente condenados a uma situação de marginalização social, os programas de ações afirmativas podem ser considerados como políticas públicas que atendem perfeitamente ao princípio da razoabilidade.¹⁰⁴

Os programas de ações afirmativas estão em pleno acordo com o caráter emancipador do princípio constitucional da igualdade porque é uma forma de política pública que atende aos ideais de redistribuição e reconhecimento. Os programas de ações afirmativas permitem que negros adquiram experiência educacional e profissional em uma proporção significativamente maior do que aconteceria na ausência dessas iniciativas. Tal fato gera uma série de benefícios que tendem a ser reproduzir no tempo como o acúmulo de experiência profissional que pode ser passada a outros membros do grupo racial beneficiado, a criação de uma classe média negra capaz de passar as vantagens materiais para geração futuras, a criação de inspiração profissional para crianças de grupos minoritários e também a eliminação gradual de estereótipos raciais. O crescimento de uma classe média negra permite a participação de negros em processos decisórios que afetam negros, o que ajuda a eliminar os problemas associados ao racismo institucional. Todos esses benefícios dessa forma de política pública podem ser classificados como interesses estatais legítimos porque trazem benefícios a um imenso contingente populacional.¹⁰⁵

¹⁰⁴ O artigo 3o. da Constituição Federal determina: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁵ KENNEDY. *Harvard Law Review*, p. 1329.

Os programas de ações afirmativas são condenados por muitos porque eles supostamente comprometem o princípio da meritocracia. Essas iniciativas estatais seriam inconstitucionais porque as instituições educacionais têm um interesse legítimo em selecionar os candidatos mais gabaritados para as instituições de ensino. Uma afirmação como essa merece algumas considerações importantes. As instituições estatais devem realmente adotar critérios adequados para distribuir bens sociais escassos como vagas nas universidades públicas. Vários princípios devem ser observados no processo de distribuição de oportunidades que são escassas. Se as instituições de ensino superior devem selecionar candidatos qualificados, elas devem também distribuir essas oportunidades àqueles alunos que poderão contribuir de forma mais adequada à população. Os programas de ações afirmativas adotados no Brasil tem alcançado sucesso por formar alunos que possuem desempenho acadêmico de alto nível, sendo que muitos deles têm performance superior aos alunos admitidos por meio do processo convencional. Não podemos deixar de levar em consideração também o fato de que a meritocracia pressupõe a existência de condições materiais que facilitam o ingresso nas instituições de ensino superior. Ela não se resume ao empenho pessoal; esse deve ser acompanhado de oportunidades materiais. O argumento da meritocracia parece pouco convincente porque as condições materiais da classe média branca continua sendo contruída a partir da exclusão social da população negra. Se a escolha das pessoas mais capacitadas pode ser classificada como um interesse estatal que deve guiar as políticas públicas, a construção de condições materiais que ofereçam igualdade de oportunidade para todos também tem pode ser classificado como um interesse ainda mais relevante.¹⁰⁶

6.3 - POLÍTICAS PÚBLICAS E TEORIAS RACIAIS

Mas a classificação das políticas raciais como um interesse estatal legítimo requer ainda algumas considerações sobre a importância social da raça no nosso país. Os críticos dos programas de ações afirmativas sempre argumentam que tais iniciativas são inerentemente problemáticas porque não existem grupos raciais no Brasil. Eles também afirmam que não houve racismo institucionalizado no nosso país; possíveis diferenças entre brancos e negros decorrem de problemas sociais. Esses argumentos carecem de fundamento porque eles não levam em consideração as formas particulares do racismo no Brasil. O racismo opera tanto no plano individual como também no plano institucional, sendo que elas se reforçam mutuamente.

¹⁰⁶ BOXILL. *Blacks and social justice*, p. 147 – 173.

Vários estudos sociológicos demonstram que essa forma de racismo estão amplamente presentes na realidade brasileira. A influência da ideologia da democracia racial na nossa sociedade impediu por décadas quaisquer iniciativas governamentais que tratassem especificamente os problemas relativos às desigualdades raciais. O problema do acesso à educação pode ser citado como um exemplo clássico. A escola permanece um ambiente hostil para muitas crianças negras, grupo social que apresenta um rendimento escolar inferior em função de práticas discriminatórias presentes no ambiente escolar. Profissionais negros devidamente qualificados são constantemente preteridos em função da discriminação racial, processo responsável pela reprodução da estratificação racial existente no nosso país. A conjugação entre práticas discriminatórias informais e a ausência de políticas que não consideram a experiência social diferenciada da população negra concorre para a reprodução do racismo institucional. O processo constante de reprodução do ideário da democracia racial concorre para a permanência da subordinação social dos negros porque ela está fundamentada na idéia de que políticas universais podem promover a igualdade racial.¹⁰⁷

A operação constante dessa forma de racismo no nosso país pode ser apontada como uma razão pela qual as instituições estatais devem implementar políticas de inclusão racial. O racismo não opera entre nós apenas no plano individual; ele também atua dentro das instituições toda vez que as autoridades não levam em consideração os problemas enfrentados pela população negra. A falta de uma política educacional voltada diretamente para a inclusão da população negra produz um impacto racista ao manter a desigualdade de acesso a oportunidades educacionais e profissionais. Defender políticas universalistas dentro de uma realidade brutalmente desigual significa contribuir para a manutenção de uma ordem social racista. O processo de diferenciação do direito demonstra claramente que a equalização das oportunidades sociais só se torna possível a partir de iniciativas governamentais que procuram resolver problemas gerados pela desigualdade de acesso a oportunidades. Os programas de ações afirmativas podem ser vistos então como uma importante arma de combate ao racismo institucional ao propor programas de inclusão da população negra. A maior presença de negros ocupando posições dentro das instituições serve

¹⁰⁷ Ver nesse sentido TJRJ, AC No. 2003.001.32.610, Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível, Relator: Cláudio de Mello Tavares, 11.02.2004 (classificando a utilização da democracia racial como uma forma de estratégia ideológica que procura mascarar a discriminação racial perversiva na sociedade brasileira); TRF-4ª. Região, AI No. 2008.04.00.017059-7/RS, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, 29.05.2008 (“Aliás, o pressuposto liberal de que os indivíduos devem ser abstratamente tratados como iguais não passaria de uma mera ficção. A concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições. O postulado substancial da igualdade é um dos fatores fundamentais para a concretização da democracia econômica e social”)

também para combater imagens sociais que associam negros com inferioridade social, processo que legitima o acesso exclusivo dos brancos a oportunidades educacionais e profissionais. Essa falsa interpretação da realidade social brasileira também está relacionada com o constante uso social da raça como classe social. Os críticos das políticas raciais constantemente afirmam que as desigualdades sociais são produto de discriminação social, argumento que mascara as práticas racistas presentes no Brasil. As diferenças entre negros e brancos no nosso país decorrem da existência de discriminação racial sistemática. Tal correlação pode ser apontada como um dado fundamental da operação do racismo institucional no Brasil.¹⁰⁸

7 - CONCLUSÃO

Este artigo procurou identificar e analisar os principais argumentos presentes no atual debate sobre a implementação de programas de ações afirmativas nas instituições de ensino superior. Os participantes dessa discussão geralmente recorrem a uma série de premissas que podem ser classificadas como duas formas de narrativas raciais distintas. Os atores sociais que condenam essas iniciativas governamentais empregam uma narrativa racial baseada na correlação entre a ideologia da democracia racial e o princípio da igualdade formal. Aqueles que apoiam políticas de inclusão racial classificam a raça como um mecanismo de exclusão social plenamente operante na nossa sociedade, o que justifica a implementação de políticas públicas que procuram promover a integração social dos afrodescendentes. Após analisar essas diferentes perspectivas segundo os princípios que norteiam o nosso texto constitucional, nós chegamos à conclusão que os programas de ações afirmativas não violam o princípio constitucional da igualdade. Esses programas promovem uma série de interesses estatais constitucionalmente protegidos, entre eles a eliminação da marginalização da população negra e a erradicação do racismo institucional. Os argumentos apresentados por aqueles que condenam essas iniciativas estatais decorrem de uma série de teses sociológicas e jurídicas que não encontram suporte nos estudos desenvolvidos nos últimos vinte anos. Esses mesmos argumentos também não são referendados pelos princípios jurídicos que informam o nosso texto constitucional, preceitos que pressupõem uma interpretação integrada do texto constitucional. Chegamos à conclusão que essa forma de narrativa racial pode ser classificada como uma estratégia de grupos de interesses que pretendem perpetuar o ciclo de exclusão social da população negra que sempre caracterizou a história nacional.

¹⁰⁸ GOMES. *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*, p. 12 – 35.

8 - BIBLIOGRAFIA

- ANDREWS, George Raid. *Afro-Latin America, 1800 – 2000*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- AZEVEDO, Tales de. *Democracia racial: ideologia e realidade*. Petrólis: Vozes, 1976
- ANDERSON, Terry H.. *The pursuit of fairness: a history of affirmative action*. New York: Oxford University Press, 2004.
- BANTON, Michael. *Racial theories*. New York: Cambridge University Press, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOXILL, Robert. *Blacks and social justice*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1998
- BURDEAU, George. *Les libertés publiques*. Paris: LGDJ, 1972.
- CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARMICHAEL, Stockly. *Black power: the politics of liberation*. New York: Vintage Books, 1972.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen, 2006.
- ESKRIDGE, William. Some effects of identity-based social movements on constitutional law in twentieth century. *Michigan Law Review*, v. 100, p. 2062 – 2403, 2001.
- EZORSKY. Gertrude. *Racism and justice: the case for affirmative action*. Ithaca: Cornell University Press, 1991.
- FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Dominus, 1965. 2v.
- FERNANDEZ. *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.
- FRASER, Nancy. *Redistribution or recognition? A political-philosophical debate*. New York: Verso, 2003.
- FEAGIN, Joe. *White racism, the basics*. New York: Routledge, 2001
- GOLDBERG, David Theo. The semantics of race. In BULMER, Martin & SOLOMOS, John. *Racism*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HANNAFORD, Ivan. *Race: the history of an idea in the west*. Baltimore: John Hopkins University, 1996.
- HANCHARD, Michael. *Orpheus and power. The movimento negro of Rio de Janeiro and São Paulo, Brazil, 1945 – 1988*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004.
- FRANKLIN, John Hope. *From slavery to freedom: a history of African Americans*. New York: Knopf, 2001.
- KENNEDY, Randall. Persuasion and distrust: A comment on the affirmative action debate. *Harvard Law School*. Cambridge, v. 99, 1985.
- KLARMAN, Michael. *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*. New York: Oxford University Press, 2004.

- MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales. Teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
- MELLO, Antônio Celso Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MONTAGU, Ashley. The concept of race in the human species in the light of genetics. In: BERNASCONI, Robert & LOTTY, Tommy. *The idea of race*. Indianápolis: Hackett, 2000.
- MILLER, Marylyn Grace. *The rise and fall of the cosmic race: the cult of mestiçagem in Latin America*.
- NETTO, Menelick de Carvalho. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, jul./dez, p. 25 – 44, 1998.
- PHILLIPS. *Which equality matters?*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- RANDY. Diversity in corporate America. In: CURRY, David. *The affirmative action debate*. New York: Basic Books, 1999
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.
- SAGUÉS. Elementos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SCHARCZ. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e a questão da raça no Brasil, 1870 – 1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
- SUNTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. New York: Oxford University, 2001.
- TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003.
- TURRA, Cleusa & VENTURI, Gustavo. *Racismo cordial: a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. Rio de Janeiro: Ática, 1995.