

RENATO FERREIRA

**DA CONTRAÇÃO À INCLUSÃO: POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO
DA ANTIDISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Orientador: Prof. Dr. Pablo Gentili

**Rio de Janeiro
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS E
FORMAÇÃO HUMANA**

RENATO FERREIRA

Da contravenção à inclusão: políticas públicas e o direito da antidiscriminação racial

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Aprovada em: 30 de novembro de 2009.

Banca examinadora

**Prof. Dr. Pablo Antonio Amadeo Gentili (orientador)
Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

**Prof. Dr. João Feres Júnior
Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro**

**Prof. Dr. Daniel Sarmento
Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

**Rio de Janeiro
2009**

DEDICATÓRIA

à Francisca, Lourdes, Renatinho e Lorena por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que, ao longo desta caminhada, contribuíram de algum modo para materialização deste trabalho.

Irmãozinho, nós não podemos permitir que os omissos decidam a caminhada.

Frei David.

RESUMO

O Direito combate a discriminação racial para proteger a igualdade. Por isso faz surgir um conjunto de normas que compõem o direito da antidiscriminação racial. O mesmo é composto por duas arenas normativas: leis anti-racistas e ações afirmativas. Neste trabalho analisamos a trajetória das principais leis e políticas públicas deste sistema.

Palavras Chave: Racismo. Direito e Políticas Públicas Antidiscriminatórias. Leis anti-racistas. Ações Afirmativas.

ABSTRACT

The law combats racial discrimination in order to protect equality. As such, it gives rise to a set of norms that comprise anti-discrimination law. Anti-discrimination law encapsulates two normative areas: anti-racist law and affirmative action. This work analyzes the trajectory of principal laws and public policies of the system.

Keywords: Racism. Law and Public Policy-discrimination. Anti-racist laws. Affirmative Action.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
1	O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO RACIAL	13
1.1	Objetivo e justificativa do trabalho	13
1.2	Premissas teóricas quanto ao tema proposto	15
1.3	A igualdade no contexto da discriminação direta e indireta	20
1.4	O conceito do direito da antidiscriminação racial	23
1.5	O direito da antidiscriminação no contexto das relações raciais no Brasil	24
1.5.1	<u>Avanços e desafios do direito da antidiscriminação racial</u>	27
2	O DIREITO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL DIRETA: LEIS ANTI-RACISTAS E A IGUALDADE FORMAL	30
2.1	Introdução	30
2.2	A formação sócio-histórica e o marco legal das leis anti-racistas	31
2.2.1	<u>A lei Afonso Arinos</u>	31
2.2.2	<u>A lei Caó</u>	34
2.2.3	<u>A Injúria Racial</u>	37
2.3	Aplicabilidade das leis anti-racistas: igualdade formal x racismo institucional	38
2.4	Os impactos da discriminação direta: restrição aos direitos fundamentais	45
2.5	As políticas pela efetividade das leis contra o racismo intencional	48
2.5.1	<u>O Disque Racismo</u>	49
2.5.2	<u>A Delegacia de Combate ao Racismo</u>	51
2.6	Conclusão	54
3	A FORMAÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO INDIRETA	56
3.1	Introdução	56
3.2	A formação do direito da antidiscriminação indireta: visibilidade e enfretamento do drama racial	57
3.2.1	<u>A constatação da correlação entre discriminação e desigualdade social</u>	58
3.2.1.1	A comprovação da discriminação racial indireta	65
3.2.1.2	Desigualdades e o uso das estatísticas como indício probatório da discriminação	68
3.2.2	<u>A importância da abertura da Constituição de 1988</u>	74
3.2.3	<u>O Movimento Negro na construção do direito da antidiscriminação</u>	77
3.2.3.1	A Marcha Zumbi	80
3.2.3.2	A Conferência de Durban	82
3.2.3.3	As Ações dos Pré-Vestibulares Comunitários	84
3.3	Conclusão	87
4	MARCO LEGAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL INDIRETA	90
4.1	Introdução	90
4.2	Ações Afirmativas oriundas do direito internacional	93
4.3	Ações afirmativas oriundas do direito pátrio	97
4.3.1	<u>Tipologia das ações afirmativas no ensino superior</u>	101
4.4	A reação institucional às ações afirmativas	105
4.4.1	<u>Argumentos contra e a favor das ações afirmativas</u>	107
4.4.2	<u>A auto-identificação nas políticas afirmativas</u>	112
4.5	Conclusão	115
5	AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO INDIRETA	117
5.1	Introdução	117
5.2	A lei de cotas e o peculiar embate jurídico no Rio de Janeiro	119
5.3	O sistema de cotas da UFPR em questão no TRF da 4ª Região	126
5.4	Outras normas contra a discriminação indireta na educação superior	129
5.5	O plano de metas da UNB à espera da Corte Suprema	131
5.6	Argumentos, justificativas e desafios na arena jurídica	134
5.7	Pode o Judiciário criar uma política afirmativa?	137
5.8	O sistema de cotas como direito da antidiscriminação: igualdade material x racismo institucional	144
6	CONCLUSÃO	147
	REFERÊNCIAS	150

DA CONTRAÇÃO À INCLUSÃO: POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL

Só há duas soluções nesse combate pela dignidade do povo negro: a educação e a ação transformadora das instituições (COMPARATO, 2008).

INTRODUÇÃO

O advento das políticas públicas de ação afirmativa reaproximou o Direito das Relações Raciais fazendo com que o estudo jurídico sobre o fenômeno da discriminação passasse a ser abordado sob nova perspectiva. Esse novel interpretativo é fruto de uma longa trajetória de ativismo e vem ressignificando a compreensão acerca da relação entre discriminação racial e desigualdade social, ensejando que o Estado e sociedade tomassem em conta a necessidade de criar políticas públicas específicas para promover a cidadania de negros e de negras do Brasil.

Hoje se solidifica o entendimento de que a luta deve ser contra o racismo em sentido amplo, ou seja, é preciso punir discriminações injustas e também erradicar as desigualdades advindas de seus efeitos. Nesse sentido, o direito da antidiscriminação racial evoluiu, passando a ter duas perspectivas: além de compreender as chamadas leis anti-racistas, também contempla as ações afirmativas. Contudo, por conta da grande polêmica em torno dessas medidas de inclusão, hodiernamente, muitas análises têm investigado essas políticas sem levar em consideração que elas são a continuidade da mesma luta contra o racismo, tendo em vista sua sintonia com a antidiscriminação no esforço pela afirmação dos Direitos Humanos.

A polêmica acerca da legitimidade das políticas afirmativas, por vezes, tem ensejado uma perspectiva isolada sobre a temática Direito e Relações Raciais, mas antes da primeira lei que instituiu o sistema de cotas, já havia normas contrárias à discriminação racial. Esses esforços se complementam e devem ser estudados em conjunto.

É justamente com base nesse entendimento que desenvolveremos nossa pesquisa: um estudo de sistematização das normas antidiscriminação racial, em sentido amplo, no Brasil.

Constatamos há necessidade de se colocar as leis anti-racistas e as políticas afirmativas sob a mesma perspectiva de luta contra a opressão racial. Dessa forma, analisamos conjuntamente, os aspectos mais relevantes dessas normas. Estudamos, portanto, a trajetória do Direito da Antidiscriminação Racial no Brasil, da contravenção à inclusão, ou seja, desde quando ele se iniciou, sendo composto apenas por leis que visavam coibir, com penas brandas, as práticas discriminatórias, até os dias de hoje, em que a tônica de suas normas e políticas públicas é promover a inclusão social dos negros e das negras.

Como visto, o direito da antidiscriminação racial compreende duas arenas normativas, (leis anti-racistas e ações afirmativas) neste trabalho analisaremos a formação sócio-histórica, o marco legal e a forma com a qual o Poder Judiciário se relaciona com essas duas arenas. Para isto, dividimos o presente trabalho em 5 capítulos, além desta introdução e de uma conclusão.

O primeiro capítulo estabelece algumas premissas teóricas necessárias ao desenvolvimento do tema. Elas serão recorrentes durante todo o estudo. Além disso, nesta parte é possível conceituar o que se está entendendo como o Direito da Antidiscriminação Racial no contexto do princípio da igualdade e também descrever, de forma pormenorizada, o objetivo e a justificativa do presente estudo.

No segundo capítulo apresenta-se uma investigação conjunta sobre a formação sócio-histórica, o marco legal e a forma com a qual o Judiciário aplica essas leis anti-racistas. Assim abordamos os mais destacados argumentos encontrados na literatura sobre cada uma dessas leis. Trouxemos ainda avaliações sobre antigos e novos casos de racismo, revisando as pesquisas e acrescentando uma análise sobre os organismos e demais políticas públicas criadas para dar concretude a essas normas, especificamente, o Disque-Racismo e as Delegacias de Combate à Discriminação.

Necessário ainda dizer que para investigar a forma com a qual o Poder Judiciário se relaciona com o direito que combate a discriminação racial, observamos como os magistrados vêm aplicando às normas aos casos de racismo. Assim, pesquisamos

sentenças e demais decisões, além de alguns estudos sócio-jurídicos que, ao analisarem inquéritos policiais e diversos processos judiciais, nos forneceram análises robustas sobre o papel do Judiciário na execução de tais postulados.

Ressaltamos que as leis anti-racistas foram analisadas num capítulo, pois, há muito existem investigações sobre elas, especialmente, referindo-se à forma com a qual o Poder Judiciário as aplica. A contribuição maior de nosso estudo nesta parte - além de abordá-las como leis que compõem a evolução do direito da antidiscriminação - é estabelecer uma relação entre a falta de concretude dessas leis e o impacto disto para os direitos fundamentais.

No terceiro capítulo analisamos apenas a formação social e histórica das normas que compõem a outra arena do direito da antidiscriminação, ou seja, as ações afirmativas. Nesta parte trouxemos as tensões afetas ao desenvolvimento desse debate, as contradições em questão e os atores sociais vistos como fontes materiais da construção desse direito.

No quarto capítulo pesquisamos o marco legal das ações afirmativas. Descrevemos quais são as principais leis afetas ao tema, buscando compreender principalmente suas tipologias, configurações e limitações, estabelecendo algumas considerações sobre o impacto dessas medidas onde elas mais se desenvolvem, ou seja, no ensino superior.

No quinto capítulo desenvolvemos um estudo sobre como o Judiciário vêm interpretando as políticas afirmativas. Analisamos algumas importantes decisões jurídicas, acerca da legitimidade dessas normas, a fim de saber quais os principais argumentos que envolvem essas políticas e quais justificativas têm prevalecido nas decisões dos tribunais.

A investigação sobre o direito da antidiscriminação, como veremos, pode ganhar contornos sociológicos, antropológicos, dentre outros, contudo, por conta de ser esta dissertação um trabalho que coteja o direito, as políticas públicas e as relações raciais, daremos um foco maior na análise sobre como o Poder Judiciário interpreta o direito edificado contra a discriminação racial (as leis anti-racistas e as políticas de ação afirmativa).

Acreditamos que estamos contribuindo para a sistematização de um campo de investigação atualmente em evidência, mas estudado geralmente de forma dividida. Existem alguns estudos sobre as leis anti-racistas e hodiernamente proliferam as teses, artigos e demais publicações sobre as políticas de ação afirmativa. Nosso desafio, portanto, é unir essas duas perspectivas, dar a elas a mesma abordagem, propor que ambas constituem um continuum de atuação jurídica contra a força do racismo, pois, num sentido geral, elas protegem contra a discriminação e seus efeitos. Buscaremos aqui dar convergência, sinergia às duas perspectivas dessa temática, estabelecendo desde logo que ambas são capítulos do mesmo livro cujo título é Direito e Relações Raciais: eis aí, se afirmando, a arena onde desembocam e se digladiam as principais tensões vividas por nós nesses últimos anos.

CAPÍTULO 1 - O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL

1.1 – Objetivo e justificativa do trabalho

As primeiras leis do direito da antidiscriminação racial tipificaram condutas e atribuíram a elas uma reprovação penal. Já hoje, também proliferam no ordenamento jurídico outras normas que buscam combater os efeitos da discriminação, mormente as desigualdades raciais. Tomando essas duas arenas, onde foram desenvolvidas as medidas de combate ao racismo (leis anti-racistas e normas de inclusão racial), nós analisaremos, especificamente, três de seus aspectos importantes: sua formação sócio-histórica, seu marco legal e a forma com a qual o Poder Judiciário lhes interpreta.

Para desenvolver este tema estabeleceremos um diálogo multidisciplinar entre o direito, as políticas públicas e as relações raciais. Como se observa, estamos diante de um objeto desafiador, eis que pioneiro em muitos dos seus aspectos. Essa peculiaridade, como se verá, enriquecerá nosso trabalho, pois, pode acrescentar indagações pertinentes no debate sócio-jurídico acerca do tema.

A justificativa dessa pesquisa se dá por conta das tensões em torno da questão racial na sociedade brasileira. Contudo, esse debate ultimamente tem levado mais em conta as políticas de ação afirmativa (veja a repercussão das cotas junto à academia, à mídia, aos movimentos sociais, etc.) Via de regra, as narrativas, felizes ou não, inserem essas políticas na busca pela igualdade material. A partir de então a investigação sobre isonomia formal é esquecida e as análises feitas parecem querer exaurir, na discussão sobre o conteúdo material, todas as tensões afetas à temática da igualdade, o que torna por vezes incompletas, essas análises sobre o fenômeno da discriminação e do direito edificado para combatê-la.

Já assentamos ser a antidiscriminação uma proteção da igualdade impondo tanto a proibição de discriminações intencionais como a promoção de políticas para a redução das desigualdades relacionadas, principalmente, à discriminação indireta. Por isso, defenderemos aqui que estas duas dimensões jurídicas precisam ser desenvolvidas sinergeticamente, para a convalidação do Estado Democrático de Direito.

Alguns estudos já vêm contribuindo com esse debate oferecendo análises muito felizes sobre as ações afirmativas e o Direito, geralmente, tendo como base a comparação do caso Brasil x EUA¹. Já o nosso trabalho, por conta do objetivo, não poderá estabelecer tal narrativa. Não faremos uma comparação entre esses dois países no contexto das relações raciais. Contudo, como os EUA possuem grande desenvolvimento doutrinário sobre o tema, será impossível desprezar alguns conceitos e demais contribuições advindas de sua experiência. Mas não será nosso objetivo discorrer sobre o debate estadunidense ou mesmo citar autores daquele país para justificar nossas narrativas. O objetivo maior é dialogar com a doutrina brasileira (para identificar como este debate está se desenvolvendo por aqui) recorreremos, por certo, a autores estrangeiros somente quando for necessário².

Entendemos que é chegada a hora buscar respostas que se colocam para além da interpretação comparativa, levando em consideração os impactos da adoção de ações afirmativas, por exemplo, junto aos Poderes que constituem a República. Isso é significativo até para começarmos a estabelecer cada vez mais uma narrativa própria, brasileira, nos estudos sobre as normas contra o racismo.

Fora do campo jurídico, por exemplo, alguns trabalhos também procuram se desenvolver por estudos que abordaram os aspectos quantitativos e o rendimento acadêmico dos estudantes cotistas (ARRUDA, 2007 e SCHWARTZMAN, 2008). Outras análises levam em consideração os embates ocorridos na opinião pública³.

Esse trabalho trata-se, em último plano, também de um esforço de sistematização do tema afeto ao Direito na sua convergência com as políticas públicas e as relações raciais. Assim, embora tenhamos o Judiciário como parte da análise investigativa, não se trata de uma dissertação jurídica, por conta de entendermos que nosso objetivo comporta o desenvolvimento de uma abordagem multidisciplinar sobre o fenômeno do direito da antidiscriminação.

Notadamente, os postulados presentes na Constituição de 1988 também dão ensejo à investigação proposta na medida em que a Carta Política, ao mesmo tempo em

¹ Nesse sentido, Gomes (op. cit.), Medeiros (op. cit.) Cesar (2004), Madruga (2005), Sarmiento (2006), Rios (2008) e Feres; Neto (2008).

² A opressão racista pode variar e adquirir contornos específicos de acordo com a formação social e histórica de cada povo. A base é a mesma, ou seja, a luta anti-racista. Mas nos Estados Unidos, por exemplo, os negros constituem em média 13% da população. Diferentemente do Brasil. Lá o racismo promoveu uma grande resistência consciente e bem definida contra a discriminação e não tem contra isto o argumento da mestiçagem, etc.

³ Vide pesquisa do Instituto Data Folha ocorrida no ano de 2008 sobre a opinião pública acerca do racismo.

que repudiou o racismo, determinou ao Estado o dever reduzir as desigualdades, possibilitando um duplo atuar referente ao direito da antidiscriminação racial, pois, discriminações intencionais devem ser combatidas e as desigualdades precisam ser reduzidas.

1.2 - Premissas teóricas quanto ao tema proposto

O Estudo afeto à temática das Relações Raciais, tradicionalmente, causa muitas incompreensões por conta de alguns conceitos, recorrentes a este debate, serem mal compreendidos. Por isso, de plano é necessário fazer uma introdução definindo de forma precisa termos sem os quais se torna impossível avançar na discussão. Portando, apontamos abaixo, de acordo com a doutrina mais abalizada, os sentidos dos conceitos que mais serão utilizados por nós durante todo este trabalho. Não temos a pretensão de exaurir todas as questões afetas a estes significados, buscamos apenas descrever pontualmente os que julgamos importantes para este trabalho. Por certo, outras “expressões chave” também deverão aparecer, mas serão devidamente tratadas ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

O primeiro conceito relaciona-se à expressão **raça**. O termo raça refere-se ao emprego de diferenças fenotípicas como símbolos de distinções sociais. Os significados e as categorias raciais são construídos em termos sociais e não biológicos HANCHARD (2001). Nesse sentido, termo raça não pode ser aplicado a seres humanos. Isto porque os seres humanos constituem uma só espécie num continuum de variações da aparência, sem que estas sejam importantes para a convivência ou reprodução dos mesmos.

No mesmo sentido, o Projeto Genoma, com o objetivo de decifrar o DNA humano, constatou que não existem genes exclusivos de uma única população e nem grupos em que todos os membros tenham a mesma variação genética. Não há, portanto, diferenças significativas entre os grupos étnicos para justificar a dissociação dos seres humanos em raças distintas (MADRUGA, 2005).

Esse entendimento influenciou nas decisões de vários ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no famoso caso Siegfried Ellwanger⁴. Veja a declaração do Ministro Celso de Mello:

a noção de racismo - ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração - não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

No mesmo sentido foi a conclusão da Ministra Hellen Gracie:

Portanto quando se fala em preconceito de raça e quanto a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la – em que já sabemos não os há – mas na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e nos desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação⁵.

O termo raça possui designação sócio-política e cultural amplamente reproduzidas no senso comum. Assim a idéia de raça não é apenas um marcador de diferenças fenotípicas, mas também de status, da classe e do poder político permanecendo no imaginário popular permitindo que o fenótipo das pessoas seja relevante como atributo para a fruição e distribuição de direitos e oportunidades.

Para Aníbal Quijano (2007) a idéia de raça é o mais eficaz instrumento de dominação social inventado nos últimos 500 anos, sendo imposta como parte da dominação colonial da Europa e de acordo com a raça foram distribuídas as principais novas identidades sociais e geoculturais do mundo (Índio, Negro, Asiático, Branco e Mestiço) implicando no processo de democratização de sociedades e Estados, e da própria formação de Estados-nação modernos.

Como nos alerta Winant (2001) “A raça tem sido fundamental na política e na cultura globais há meio milênio. Continua a expressar e a estruturar a vida social não só

⁴ Processo de Habeas Corpus número 8242-4/RS. Siegfried Ellwanger publicou artigos com conteúdos anti-semitas e foi processado por racismo pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul. A principal tese da defesa era de que como os judeus não representariam uma “raça”, propriamente dita. Nesse sentido, as condutas de Ellwanger não poderiam ser consideradas como racistas. Após longa tramitação, o processo chegou até o Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, decidiu ser a prática de racismo possível contra judeus.

⁵ É importante ressaltar que a decisão dos ministros se baseou naquilo que as Ciências Sociais vêm consolidando a respeito do termo raça. Nesse sentido, a manifestação do Tribunal se coaduna com o entendimento dos intelectuais descritos acima.

nos planos vivencial e local, mas em termos nacionais e globais (...). A raça moldou a economia moderna e o Estado nacional. Permeou todas as identidades sociais, formas culturais e sistemas de significação existentes”.

Finalizando a discussão é importante ter em conta que quando se está diante de uma política de inclusão para negros e indígenas, por exemplo, o termo de raça está relacionado não a sua concepção biológica, mas sim a sua dimensão histórica, cultural e sociológica e é somente nesta perspectiva que seu uso se justifica.

O termo **identidade** tem caráter político unificador com vistas a valorizar, dar visibilidade às questões afetas ao direito de resistência, ou a consciência de um grupo. Analisando os sujeitos como históricos e culturais e não como biológicos ou raciais, detectamos no Brasil diversos processos de identidades culturais, por conta do pluralismo que existe não só entre os negros e brancos, mas também em relação aos outros povos que constituem o País. É a partir da resistência dos sujeitos que se forma a consciência acerca dessas identidades culturais. Reivindicar uma identidade é reivindicar poder. No caso, uma identidade negra remete à luta política por sua valorização, ela refuta o ideal de identidade mestiça que moldou, pela democracia racial, a unidade nacional legitimando o *status quo* (Munanga, 2006). Por outro lado, essa assertiva, de certo modo, remete ao problema de querer reivindicar todos os não brancos como negros, o que causa transtorno em se tratando de políticas públicas de ação afirmativa, por conta de existirem pessoas pardas que não se identificam e nem podem ser enquadradas como negras. Voltaremos a este assunto no quarto capítulo quando tratarmos dos argumentos contrários e favoráveis às políticas de cotas.

Outro termo importante é o **racismo**. Para nossa pesquisa, o racismo, em sentido estrito, são as condutas criminosas previstas nos artigos da lei 7716/89 (chamada lei Caó que analisaremos mais adiante) Assim racista é quem comete o crime de racismo. Por outro lado, o racismo também é tido como um conjunto de práticas que usam a idéia de raça com o propósito de desqualificar socialmente e subordinar indivíduos ou grupos, influenciando as relações sociais (SEYFERTH apud TEIXEIRA, 2006) ⁶.

⁶MUNANGA Op. cit. p.08 assenta que: “Por razões lógicas e ideológicas, o racismo é geralmente abordado a partir da raça, dentro da extrema variedade das possíveis relações existentes entre as duas noções. Com efeito, com base nas relações entre “raça” e “racismo”, o racismo seria teoricamente uma ideologia essencialista que postula a divisão da humanidade em grandes grupos chamados raças contrastadas que têm características físicas hereditárias comuns, sendo estas últimas suportes das características psicológicas, morais, intelectuais e estéticas e se situam numa escala de

Assim, utilizaremos também a expressão racismo em sentido amplo, para designar o conjunto de práticas, desigualdades e percepções que, mesmo não contemplados pela referida lei, são construídas e derivam de epítetos racistas⁷.

O racismo institucional é designado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD Brasil, 2009) “como fator que se revela através de mecanismos de instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam o fim da desigualdade entre negros e brancos”. Segundo o referido Programa, estudar esse tipo de racismo é, por exemplo, procurar respostas para o fato de a mortalidade infantil entre crianças negras ser maior que a de crianças brancas, mesmo que estas provenham de famílias com o mesmo padrão de renda⁸.

Conceito semelhante é o desenvolvido por Sampaio (2005) para quem o racismo institucional é entendido como “o fracasso coletivo das organizações e instituições em prover um serviço profissional e adequado às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem racial”. Para esse autor o racismo institucional ainda se revela por meio de processos atitudes e comportamentos discriminatórios resultantes do preconceito da ignorância da falta de atenção ou de estereótipos racistas que colocam pessoas negras em situação de desvantagem política, econômica e social.

Para a “*Comission for Racial Equality*”, o principal organismo inglês no combate à discriminação, o racismo institucional significa “a incapacidade coletiva de uma organização em prover um serviço apropriado ou profissional às pessoas devido à sua cor, cultura ou origem étnica”. Para essa Comissão pode-se detectar esse tipo de conduta em processos, atitudes e comportamentos que contribuem para o preconceito não intencional, ignorância, desatenção e estereótipos racistas que prejudicam minorias étnicas⁹.

valores desiguais. Trata-se de uma crença na existência das raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural. (...) De outro modo, o racismo é essa tendência que consiste em considerar que as características intelectuais e morais de um dado grupo, são conseqüências diretas de suas características físicas ou biológicas.”

⁷ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – (2009) assim dispôs: “consideram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica de cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia)”

⁸ Disponível em www.pnud.org.br. Consultado em 20.04.2009.

⁹ Esta Comissão é um órgão público não departamental criado pelo Reino Unido para incentivar uma maior integração e melhorar as relações entre pessoas de diferentes grupos étnicos; utilizar seus poderes legais para ajudar a erradicar a discriminação racial e assédio; trabalhar com o governo e as autoridades públicas para a promoção da igualdade racial

Roger Raupp Rios¹⁰ assevera ser a discriminação institucional ligada à superação da idéia de intencionalidade. Com base na doutrina estadunidense, ele afirma que tal fenômeno “são fatores afetos à dinâmica social do ambiente organizacional e das ações sociais nos quais estão inseridos os indivíduos”. Ele assenta ainda que a discriminação institucional liga-se à dinâmica social (ao invés de acentuar a dimensão volitiva individual) ocorrendo independentemente da vontade dos indivíduos¹¹

Outra diferenciação importante a ser feita é entre **preconceito e discriminação**. O termo preconceito, como uma idéia ou julgamento pré-concebido, está ligado a um conteúdo negativo, sentimento de superioridade em relação ao grupo ou pessoa diferente. Uma pretensão à propriedade de certas áreas da convivência humana e privilégios. Medo ou suspeita de que um grupo inferiorizado aspire às prerrogativas sociais ou econômicas do grupo dominante (BENTO, 1992). O preconceito designa percepções mentais negativas em face de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções (RIOS, 2008).¹²

O preconceito trata-se de uma cogitação, de foro íntimo, mais afeto à consciência individual e, nesse sentido, não pode sofrer sanção. Contra o preconceito são necessárias medidas de cunho educativo que alterem, transformem as percepções ou consciências negativas erradamente construídas.

Lembremos que a educação, como um dos principais espaços de sociabilização, é fator primordial neste debate, pois, na escola podem ser desenvolvidas diversas estratégias de combate ao racismo, desde o ambiente escolar até a sociedade de maneira geral. Neste sentido, a lei 10639/03¹³ tem grande importância por tornar obrigatório o

em todos os serviços públicos; apoiar organizações locais e regionais, entidades patronais e em todos os sectores, nos seus esforços para assegurar a igualdade de oportunidades e boas relações raciais; aumentar a conscientização do público sobre a discriminação racial e a injustiça e para conquistar o apoio aos esforços para criar uma sociedade mais justa e igual. Vide www.equalityhumanrights.com. Consultado em 11.04.2009.

¹⁰ Op. cit. p. 135.

¹¹ Ainda para este autor “As teorias sociológicas da discriminação nos Estados Unidos apresentam duas perspectivas: a tradicional, centrada em comportamentos discriminatórios perpetrados por indivíduos ou pequenos grupos, e a institucional, preocupada com a gênese da discriminação a partir da dinâmica social, do ambiente institucional e das organizações sociais em que os indivíduos se inserem (...). Tais perspectivas, apesar de divergentes, em teoria, não são excludentes na realidade. Elas sublinham diferentes dimensões do fenômeno discriminatório”. (op.cit. pág. 135).

¹² Op. cit. p.15.

¹³ Essa lei fez alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Art. 1. O art. 26-A da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. § 2o Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.

estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena, valorizando e ampliando o debate sobre a discriminação na escola, sobre os aspectos negativos contidos nos livros infanto-juvenis, além de reconstruir, sob outros paradigmas, a contribuição das culturas e dos povos formadores da sociedade brasileira¹⁴.

Já a **discriminação**, como assevera Rios¹⁵ “designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos”. A Convenção Internacional Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial estabelece que a discriminação pode ser direta ou indireta e designa um ato, uma ação que infringem direitos reduzindo, inclusive, o espectro de oportunidades das pessoas.

Estas são as diferenciações mais gerais reputadas como relevantes para o desenvolvimento do trabalho. Contudo, devido à importância que a discriminação possui para a temática Direito e as Relações Raciais, necessitamos abordar, de forma mais analítica, alguns dos seus desdobramentos quando relacionados ao princípio da igualdade.

1.3 - A igualdade no contexto da discriminação direta e indireta

As desigualdades não refletem atributos congênitos de tais ou quais grupos, mas sim construções socialmente produzidas, racionalmente explicáveis, e, em alguma medida, controláveis pela ação do Estado (ROUSSEAU, Apud SILVA JR, 2002:101).

O princípio constitucional da igualdade é o coração do Estado Democrático de Direito¹⁶, nele, isonomia formal e material hão de pulsar sinergeticamente (qual sístole e

¹⁴ A formação desenvolvida na escola pode contribuir para compreensão da dinâmica das relações raciais e com isso ajudar na transformação dos processos de exclusão social. O ambiente escolar representa uma importante ferramenta no combate ao racismo e seus efeitos e também pode desmascarar a invisibilidade e o silêncio de práticas discriminatórias naturalizadas, dentre elas o estigma de superioridade e inferioridade que, desde muito cedo, se revelam nas atitudes das crianças. Neste sentido, veja Cavalleiro (2001), Munanga (2005), Oliveira (2006) e Gomes (2007).

¹⁵Op. cit. pág. 15.

¹⁶ Segundo Torres (2003) o Estado Democrático de Direito concilia o Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade para questão financeira, com novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais. Já Silva (2003:112) assenta que “o Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, mas não como simples reunião formal desses respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do “status quo”.

diástole), por um lado, coibindo discriminações injustas e, por outro, expandindo a justiça social. Esse duplo pulsar circula por veias normativas distintas no ordenamento jurídico e depende da efetividade para manter saudável nosso complexo organismo institucional.

A metáfora acima serve para sistematizar aquilo já sedimentado na doutrina e na jurisprudência brasileira no contexto da igualdade, ou seja, que esse princípio possui duas dimensões lhe dando concretude: a dimensão formal e a material¹⁷.

A dimensão jurídico-formal da igualdade se desenvolveu primeiro. Fruto das revoluções do século dezoito, especialmente a francesa e a norte-americana, ela enseja, através do postulado “todos são iguais perante a lei”, a coibição de distinções e privilégios, devendo o aplicador, fazê-la incidir de modo neutro sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Já em sua dimensão material, a igualdade ganha força com as lutas socialistas do início do século XX. Consignado primeiramente nas constituições do México (1917) e na Constituição da Alemanha (1919), esse postulado igualitário designa o abandono à neutralidade clássica do Estado ensejando que situações desiguais sejam tratadas de modo dessemelhante evitando a perpetuação das desigualdades existentes nas sociedades (GOMES, 2001).

De fato, as desigualdades acompanham a evolução da humanidade, mas é somente com a modernidade, do mundo ocidental, que elas ganham relevância como problema das relações sociais. A confluência de quatro revoluções (Reforma Protestante, Iluminismo, Revolução Industrial e Política na Inglaterra e, depois na França) impôs a necessidade de se estabelecer a igualdade formal entre os seres humanos. Assim as desigualdades deixam de ser uma questão menor e se tornam objeto fundador do pensamento social e centro das grandes questões que afligem a humanidade (CATTANI, 2003).

Por outro lado, igualdade, tradicionalmente, não representa uma antítese à desigualdade já que as legislações, ao tratarem do princípio da isonomia, estabeleceram uma relação entre esta e à proibição de discriminações injustas. Dessa forma, como

¹⁷ Torres (op. cit.) sustenta uma oposição entre igualdade material e formal. A igualdade material ensejou as políticas do Welfare State, mas com a mudança desse para o Estado Democrático a igualdade formal passou a prevalecer. Para além dessas duas concepções de igualdade ele nos traz a idéia de igualdade de chances e a de resultados. Nesse sentido, a igualdade de chances ou de oportunidades seria a igualdade na liberdade informando a idéia de mínimo existencial que visa a garantir as condições mínimas para o florescimento da igualdade social. Já a igualdade de resultados compõe a idéia de justiça e sua obtenção depende do nível de riqueza do País e da reserva da lei.

asseverou Hédio Silva Junior¹⁸ “igualdade e discriminação se estabeleceram, portanto, como palavras antônimas, exprimindo conceitos antagônicos, contraditórios, antitéticos”. A essa constatação se chega após a leitura das constituições republicanas. Historicamente elas afirmavam a isonomia de todos perante a lei, sem distinções de sexo, raça, etc., afirmando, portanto, que o simétrico da igualdade, para a ordem jurídica, não seria a desigualdade, mas sim a discriminação injusta.

Neste sentido, temos ainda o magistério daquele jurista paulista:

Destarte, igualdade denotaria não fazer distinção, não discriminar, do que resulta, pelo ângulo da gramática, que o substantivo abstrato igualdade equivaleria ao substantivo concreto negado não-discriminação, donde se deduz que o princípio da igualdade seria densificado por um conteúdo essencialmente negativo, uma obrigação negativa, abstencionista, passiva: não discriminar¹⁹.

Assentada esta premissa, avancemos para o fato de que para cada direito deve existir uma garantia, haja vista que sem a possibilidade de coerção do Estado, o direito positivado (no caso igualdade) pode não passar de declaração solene. Como formas de proteção dos direitos das pessoas, as garantias, são direitos, e ainda meios processuais necessários para assegurar tais postulados. Vale dizer, sem garantias processuais a proclamação de direitos fundamentais se revela insuficiente eis que desprovidas de efetividade (CASTRO, 2005).

Com efeito, José Afonso da Silva (2007) assevera ser a igualdade um direito que implica como garantia a “não discriminação”.²⁰ Na linha do que afirma o mestre, se quiséssemos aferir a completude da igualdade jurídica, seja em relação à raça, gênero, procedência nacional, etc., deveríamos aferir não somente o grau de desigualdade, mas também o fenômeno que envolve as normas contrárias às discriminações injustas.

Ao correlacionarmos, portanto, a igualdade com a discriminação veremos que a isonomia, como afirmamos, é compreendida em sua dimensão formal ou material e a discriminação (também “bi dimensionada” pela Organização das Nações Unidas) em direta ou indireta. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

¹⁸ Op. cit. p. 104.

¹⁹ Idem.

²⁰ Aponta ainda o autor que “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens” (Op. Cit. pág. 411).

Discriminação Racial assim conceituou a discriminação explicando as suas dimensões, vejamos:

Discriminação racial significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica **que tem por objetivo**²¹ “ou efeito” anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.²²

A discriminação direta está contida acima na expressão “que tem por objetivo”. Ela surge de atos concretos, condutas discriminatórias com a intenção de restringir direitos. Neste caso, percebe-se o animus, a consciência, a vontade de querer discriminar injustamente. Já a discriminação indireta se compreende da expressão “ou efeito” da citada Convenção. Revela-se por condutas não intencionais aparentemente neutras, mas norteadores de consequências discriminatórias²³. Esse tipo de discriminação não se fundamenta em atos concretos, muitas vezes se revela por condutas omissivas e passou a ter mais ênfase na medida em que as práticas discriminatórias intencionais foram sendo proibidas.

Por este raciocínio, se cotejarmos a dupla dimensão da igualdade com a dupla dimensão da discriminação, observaremos a busca pela igualdade formal relacionada ao combate à discriminação direta, na medida em que essa (ao afirmar: “todos são iguais perante a lei”) não tolera discriminações injustas, intencionais. Já a luta pela igualdade material (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade para produzir mais igualdade) enseja ações pela redução das desigualdades materiais cristalizadas, sobretudo, pelos efeitos da discriminação indireta independentemente de sua intencionalidade.

1.4 - O Conceito do direito da antidiscriminação racial

O direito, quando se envolve com as relações raciais, faz surgir um campo normativo que chamamos de direito da antidiscriminação racial. Ele decorre justamente

²¹ Registre-se que a parte sublinhada de acordo com a referida Convenção, aplica-se à discriminação direta. Já a parte entre aspas tem a ver com a discriminação indireta.

²² Decreto nº 65.810 - de 8 de dezembro de 1969.

²³ Neste sentido é o entendimento de Gomes (2001) e Rios (2008).

da necessidade de proteger o princípio da isonomia nos ordenamentos jurídicos ensejando uma série de normas e políticas contrárias à discriminação. Na mesma esteira, temos o pensamento de Rios²⁴ ao afirmar que, no direito estadunidense, por exemplo, o compromisso com a eficácia jurídica do princípio da igualdade levou ao exame das diversas situações de discriminação e a consequente criação de um campo de conhecimento denominado de *anti-discrimination law* ou direito da antidiscriminação.

Dessa forma, o direito da antidiscriminação é compreendido como o conjunto de normas para proteger, garantir, dar eficácia jurídica à igualdade coibindo as discriminações e seus efeitos. Assim uma salutar compreensão sobre a concretude da isonomia jurídica, exige que lancemos nossos olhares sobre o fenômeno do direito da antidiscriminação, sua formação sócio-histórica, seu marco legal, impactos, desafios, desdobramentos e demais questões.

Ressaltamos que, o direito da antidiscriminação como um conjunto de normas protetoras da igualdade (formal e material) também possui duas dimensões (direta e indireta). Vale dizer: no contexto da igualdade, o direito da antidiscriminação direta é composto pelo conjunto de normas proibidoras de discriminações intencionais (leis que tipificam e estabelecem sanções às condutas discriminatórias - como a lei 7716/89), já o direito da não discriminação indireta é composto por postulados que reduzem os efeitos da discriminação, sobretudo, quando está é não intencional.

A partir destas premissas e avançando para o escopo deste trabalho, podemos dizer: o direito da antidiscriminação racial é composto pelo conjunto de normas que visam coibir o racismo em sentido amplo, seja ele manifestado de forma direta (intencional) ou indireta (não intencional), individual ou institucional.

1.5 – O direito da antidiscriminação no contexto das relações raciais no Brasil

O fenômeno da discriminação, seus impactos, desdobramentos e demais efeitos, não ocupou lugar de relevo no direito brasileiro. Tradicionalmente, o debate sobre o princípio da igualdade capitaneia todas as tensões acerca das questões afetas à isonomia. Daí o entendimento de que, entre nós, os casos concretos são submetidos à compreensão

²⁴ Op. cit. p.14.

acerca do conteúdo jurídico (formal e material) de tal princípio e assim se chega às conseqüências jurídicas pertinentes²⁵.

Afirmamos que o surgimento das políticas afirmativas, mormente das cotas no ensino superior, lançou novos olhares e desafios sobre o fenômeno do Direito com as Relações Raciais e, conseqüentemente, trouxe novas formas de análise sobre as questões afetas à igualdade e a discriminação.

As pesquisas realizadas sobre o tema, hodiernamente, vêm desenvolvendo narrativas sobre as políticas de inclusão no contexto da promoção da igualdade material. Contudo, a temática, Direito da antidiscriminação racial, é algo mais amplo e não se exaure nas análises sobre as ações afirmativas. Por isso a necessidade de abordarmos, em sentido amplo, as normas de combate ao racismo e seus efeitos.

Como asseverou Rios:²⁶

O direito da antidiscriminação acrescenta elementos, princípios, institutos e perspectivas para a compreensão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade e de suas conseqüências. De fato, o direito da antidiscriminação, visualizado como campo específico da reflexão e da prática jurídicas, volta sua atenção, desde o início, para o fenômeno da discriminação, suas modalidades, seus principais desafios e questões. Ele descortina dinâmicas persistentes de discriminação (direta e indireta) e formula respostas jurídicas concretas (desde a censura jurídica e reparação direta, até as ações afirmativas).

Não há, no encontro destas duas abordagens do princípio jurídico da igualdade – a tradicional, mais estática; a da antidiscriminação, mais dinâmica - contradição ou disputa. A meu ver, o direito da antidiscriminação fornece ao direito constitucional (com repercussões em todos os ramos do ordenamento jurídico) categorias e instrumentos em favor da força normativa da Constituição, desvelando, concretizando e desenvolvendo potencialidades e efeitos ora esquecidos, ora pouco desenvolvidos, pertinentes à compreensão corrente do princípio jurídico da igualdade²⁷.

Partindo das premissas acima, constatamos em nossa história republicana o direito da antidiscriminação racial construído paulatinamente por legislações nacionais e por

²⁵ Rios, op. cit. p. 14.

²⁶ idem p. 13.

²⁷ Este autor ainda sustenta que “Uma comparação imediata entre a compreensão do princípio jurídico da igualdade no direito estadunidense e no direito brasileiro poderia sugerir, à primeira vista, que nossa doutrina e jurisprudência pouco fizeram diante da discriminação. Muitos fatores contribuíram para este déficit, dentre os quais, sem dúvida, é de se enumerar a persistência de uma mentalidade autoritária e conservadora, bem como a terrível “naturalidade” com que convivemos com a desigualdade e a exclusão, não só econômica, como também social, racial e sexual. Todavia, se é verdade que, do ponto de vista teórico, a dogmática jurídica da igualdade está bem mais estruturada e trabalhada pelos norte-americanos, não se pode ignorar que, mesmo sem dispormos do mesmo corpo conceitual e de tão intensos debates, nosso país tem-se colocado, especialmente após 1988, questionamentos profundos e vitais acerca do preconceito, da discriminação, da igualdade, da diferença, da inclusão e da solidariedade” (op. cit. p. 14).

normas internacionais ratificadas pelo Brasil. Primeiramente estabelecemos normas de combate ao racismo intencional, mas estas repercutiram mais de forma simbólica na sociedade. Com uma breve análise feita sobre a evolução das leis contra a discriminação, constatamos que já a partir da Constituição Republicana de 1891 se exigia, ao menos formalmente, tratamento isonômico negando, por exemplo, a distinção com base em raça. Contudo, nenhuma legislação foi feita para dar efetividade a este princípio. Mesmo com a primeira Carta Política abolindo as discriminações, não houve medidas para a efetividade de seus mandamentos.

As normas advindas do direito internacional, decorrentes das Convenções anti-racistas instituídas pelas Nações Unidas pós Segunda Guerra Mundial, desde aquela época, já apontavam para necessidade de combater as duas formas de discriminação racial. Contudo, mesmo ratificadas pelo Brasil, as determinações neste sentido, seguiram sem efetividade até a Conferência de Durban (2001), como veremos mais adiante²⁸.

Por conta do Brasil não cumprir os mandamentos internacionais sobre ações afirmativas, só nos era possível investigar um lado da força anti-racista, geralmente, enfocando suas limitações. Concretamente, apenas podíamos dizer sobre a existência de leis repressoras da discriminação racial, mas não nos era possível falar das normas de inclusão. Assim, sequer podíamos comparar nossas experiências com a de outros povos com o histórico de escravidão negra como pilar de sua formação histórica, social e econômica.

Nesta esteira, os juristas, em geral e o direito, no particular, durante muito tempo, foram assombrados por uma letargia cognitiva que não lhes permitia aprofundar as questões atinentes ao nosso sistema de repressão à discriminação (como a sua falta de concretude e demais contradições). Nesse sentido, o direito no Brasil é, dentre as áreas das Ciências Sociais, a que menos contribuiu com esta temática. Ele sofreu, como nenhuma outra área científica, os influxos do “mito da democracia racial” a tal ponto de permitir-se, durante anos, “enfrentar” a discriminação racial apenas com normas brandas desprovidas de efetividade. Talvez seja esse o maior sintoma dos efeitos daquele mito sobre as Ciências Jurídicas.

²⁸ Este ponto será mais desenvolvido no terceiro capítulo.

Mas como o direito é instrumento para o enfrentamento da injustiça, tais contradições, mantenedoras do referido imobilismo, estão sendo superadas pela afirmação dos Direitos Humanos impulsionando novas formas de combater o fenômeno da discriminação. Isto dá dinamismo à questão e traz mais luz ao debate. Hoje sabemos que somente num estado democrático de direito se pode alcançar o conteúdo democrático da igualdade, pois, o surgimento de tal substância é diretamente proporcional ao desenvolvimento sinérgico e efetivo das formas de proteger a isonomia e requer o enfrentando das discriminações injustas não importando como elas se manifestem.

1.5.1 - Avanços e desafios do direito da antidiscriminação racial

Se as desigualdades injustas são construções históricas e quotidianas provenientes de atores individuais e coletivos produtos e produtores de relações sociais diversificadas, não se pode sucumbir diante de nenhuma delas, pois, se elas são múltiplas, por certo, as dominações também são (DUBET, 2003). No Brasil é comum alguns críticos rechaçarem determinadas situações desiguais e não se indignarem em relação a outras terrivelmente injustas. Há opressores, opressões e oprimidos de toda sorte ou azar protagonizando situações que foram naturalizadas e assim ainda não nos deram combustível suficiente para alimentar o motor de transformação social. A reação deveria partir dos próprios oprimidos, mas a banalização e as contradições nos roubaram até mesmo parte da força de uma consciência de grupo: pobres elegem ricos, mulheres elegem homens, negros elegem brancos, despossuídos da terra elegem ruralistas, etc.

Neste sentido, a lenta assunção do direito da antidiscriminação racial obedece a uma longa história de afirmação do ativismo político e só está sendo possível com o fenômeno das ações afirmativas (embora não se limitem a ela) e porque após a Constituição de 1988 houve um grande avanço e várias legislações passaram a ser instituídas, em diversas unidades federativas, para combater, de forma mais robusta, a discriminação²⁹. Aos poucos, as lutas históricas do Movimento Negro somadas a pesquisas importantes acadêmicas comprovaram ser insuficiente enfrentar o racismo apenas com normas de combate à discriminação direta. Isto representou uma enorme

²⁹ Para uma boa análise das leis de combate ao racismo no Brasil, veja Silva Jr. (1998).

evolução na forma tratar o problema, ensejando a adoção de medidas que, ao promoverem a redução das desigualdades raciais, passaram a combater os efeitos da discriminação indireta (não intencional).

Essa transformação, ainda em curso, também reflete novas formas de interpretar as relações raciais. De fato, as ciências sociais passaram a questionar as teses que tomam as desigualdades raciais como produtos de discriminações apenas individuais e passam a analisar a dimensão coletiva da discriminação ou o racismo institucional. Assim, sustentam a necessidade de enfrentar os mecanismos de discriminação inscritos na operação do sistema social, e que funcionam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos (SILVÉRIO, 2002).

Por certo, o debate em torno da temática racial, obscurecido na tradicional discussão sociológica e antropológica³⁰, está hodiernamente, cada vez mais próximo do campo do direito e é daí, como afirma Arroyo (2001), que decorrem os avanços mais significativos das demandas afetas à cidadania.

O fato de termos avançado neste campo, porém, significa apenas que podemos estar num processo de construção de uma grande vitória. Temos ciência, contudo, da difícil tarefa de avançar em relação a qualquer causa de minorias em nosso País. Neste sentido, atentemos para a forte oposição às ações afirmativas na mídia, no Congresso Nacional, nas universidades e em diversas cortes de justiça.

Um dos grandes desafios do direito contra a discriminação racial, no que tange às leis anti-racistas, é tornar-se mais efetivo. Por outro lado, há necessidade de conscientizar as pessoas, dentro e fora da academia, sobre a importância de criar ações afirmativas para combater o racismo institucional, principalmente para promover a igualdade, pois, as desigualdades não são apenas dados, são construções e muitas derivam de injustas ações e omissões cotidianas.

A afirmação das normas contra a discriminação obedece, como sabemos, a uma lógica por vezes tão contraditória e sinuosa quanto à cristalização do racismo, por isso, para que o direito da antidiscriminação racial se afirme é necessária a promoção de uma

³⁰ No Brasil, como aponta Silvério (op. cit.), “existiu e existe uma tentativa de negar a importância da raça como fator gerador de desigualdades sociais por uma parcela significativa dos setores dominantes”.

³⁰ Disponível em www.dhnet.org.br. Consultado em 20.08.2009

significativa reforma, sobretudo, nas instituições políticas e em nossos costumes e corações.

Nos próximos capítulos descreveremos a trajetória dessas normas antidiscriminatórias e das políticas públicas ou privadas que, ao longo de nossa história republicana, foram sendo adotadas para dar concretude à igualdade entre negros e brancos. Neste sentido, os esforços para o avanço da cidadania (como nos ensina Comparato desde a epígrafe deste artigo) devem ter como objetivo a eliminação da oligarquia política e econômica, que moldou o racismo na sociedade brasileira desde os primeiros tempos coloniais. Afinal, a história contada pelos excluídos nos mostra um descobrimento por esbulho, uma abolição inconclusa, uma república sem revolução e uma democracia sem participação popular. Superar este legado é um desafio para os Direitos Humanos.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL DIRETA: LEIS ANTI-RACISTAS E A IGUALDADE FORMAL

O fenômeno da discriminação no Brasil é incompatível com a idéia de criminalização, porque é tão absolutamente generalizado que a criminalização acaba banalizando-o (SILVA Jr. 2001)³¹.

2.1 - Introdução

Se quisermos compreender um importante lado do combate ao racismo deveríamos fazer uma análise sobre as leis criadas para reprimi-lo. Elas, geralmente, estabelecem a proibição de discriminações intencionais por motivo de raça, cor, etnia, religião ou origem. Como afirmamos mais acima, os preceitos que proíbem a discriminação direta se desenvolveram primeiro em nosso ordenamento jurídico, geralmente, tratar igualmente significava não permitir privilégios, reivindicando igual proteção entre os cidadãos e impor ao Estado o dever de editar regras gerais impessoais, não individuadas (SILVA Jr., 2002).

No combate à discriminação direta, portanto, a proteção da igualdade formal teve início com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, pois, em seu artigo 113, I proibia a distinções por motivo de raça³². A rigor a Constituição de 1891, ao asseverar que todos seriam iguais perante a lei, também ensejava a proibição das discriminações, contudo, essa norma se estabeleceu de modo genérico, não havendo atribuição específica à raça³³.

³¹Em entrevista “Política de inclusão do negro é a penal”. Concedida ao Jornal Folha de São Paulo em 2001.

Disponível em http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/seconri/a_politica_0907.htm. Consultado em 10.04.2009.

³²“Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.”

³³ Silva Jr. (2002) constata uma contradição na Carta Política de 1934, ao mesmo tempo em que proibia a discriminação com base em raça, essa Constituição asseverava que a entrada de imigrantes no Brasil deveria obedecer a critérios eugênicos.

Somente com a regulamentação trazida pela já revogada lei Afonso Arinos o Brasil começou a contar com uma legislação anti-racista³⁴. Uma norma desta natureza tem por objetivo o combate à discriminação intencional ou direta, tipificando condutas reprovadas socialmente a ponto de serem inclusas no estatuto penal brasileiro.³⁵

Neste capítulo iremos analisar os impactos e desdobramentos das principais leis anti-racistas entre nós, principalmente a forma com a qual o Poder Judiciário veio interpretando tais postulados. Para isto iremos utilizar pesquisas abalizadas feitas para verificar o grau de efetividade destas leis frente a sua aplicação pela justiça. A fim de corroborar esta narrativa também iremos citar alguns casos de racismo divulgados em jornais de grande circulação³⁶.

2.2 - A formação sócio-histórica e o marco legal das leis anti-racistas no Brasil

2.2.1 - A lei Afonso Arinos³⁷

Ela tem eficácia, mas não tem funcionamento formal, porque é muito raro, raríssimo, que ela provoque um processo que chegue à conclusão judicial. (...) A lei funciona mais um caráter jurídico. Uma vez verificada a infração penal, se a vítima apresenta queixa à polícia, habitualmente a coisa se resolve ali. Normalmente ou o agente, infrator, desfaz a razão da queixa ou se procura outro tipo de acomodação (...). É falso dizer que ela é ineficaz. Mas eu reconheço que ela não tem uma normalidade de aplicação penal (AFONSO ARINOS, apud FULLIN, 2002:22-3).

Como foi dito, a rigor em nossa história republicana, o Direito é tocado pelas relações raciais objetivamente a partir dos anos 50 com a entrada em vigor da lei 1390 de

³⁴ Ressalte-se que a Constituição de 1946 instituiu a proibição da veiculação de propaganda que difundisse o preconceito de raça e essas disposições foram repetidas na emenda constitucional de 1969.

³⁵ Como a responsabilidade penal não exclui a responsabilidade civil, a punição à discriminação racial pode ocorrer no juízo cível, concomitantemente ou independentemente, das conseqüências penais, contudo, neste artigo avaliaremos a efetividade que o Judiciário confere às leis penais de combate ao racismo.

³⁶ Tal metodologia se justifica, pois os trabalhos se baseiam em estatísticas, contudo, a percepção da discriminação direta esta intimamente ligada à existência de fatos discriminatórios, daí a importância de divulgar as matérias de alguns periódicos de denunciam alguns casos de racismo.

³⁷ Embora tenha sido revogada pela Constituição de 88 a lei Afonso Arinos esteve em vigor durante 37 anos cobrindo boa parte do período republicano e por isso sua investigação se faz necessária.

1951, a famosa lei Afonso Arinos. Essa norma veio regulamentar o postulado no artigo 113, I da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934³⁸ e durante quase 40 anos, apesar da baixa efetividade, foi tida como o único³⁹ instrumento sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio. Tratava-se de um sistema normativo que visava combater, como contravenção penal o “preconceito de raça ou de cor”.

De autoria do então deputado Afonso Arinos com a participação de seu colega Gilberto Freire, a lei foi proposta devido à discriminação sofrida pela coreógrafa Katherine Dunham e pela cantora Marian Anderson. Ambas afro-americanas e famosas foram impedidas de ingressar no Hotel Esplanada em São Paulo em 1950⁴⁰. Esse fato gerou um incidente internacional amplamente divulgado nos jornais da época. Tal repercussão abalou a imagem da “democracia racial brasileira”, fortemente ventilada nesse período e, é apontado por pesquisadores como a principal justificativa para a proposta da referida lei no ano seguinte ao incidente. Isso se confirma pela análise das condutas descritas nessa legislação, pois, elas visavam coibir situações como as enfrentadas pelas norte-americanas.

De um modo geral, a lei continha oito artigos e tipificava condutas como a recusa ao atendimento de pessoas negras em hotéis, clubes e lojas, proibia a recusa de negros em empregos públicos, privados e nas escolas. Em que pese ela tenha se tornado famosa e vigorado por mais de três décadas, essa legislação não atingiu seus objetivos, haja vista, os poucos casos de discriminação processados e a constatação de que nenhuma condenação ocorreu durante sua vigência⁴¹, fato reconhecido pelo próprio autor da lei como citamos acima.

Vários estudos apontaram, por razões diversas, a falta de efetividade da lei Afonso Arinos⁴². As causas para esse fracasso são resumidas da seguinte forma: a

³⁸ “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.”

³⁹ Ressalte-se que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em 1968, dentre outras, contudo, estas leis não eram de conhecimento público e não tiveram efetividade, falaremos disso mais adiante.

⁴⁰ Medeiros (2003) nos lembra também outros casos de grande repercussão ocorridos, como a proibição da entrada da antropóloga afro-americana Irene Diggs no Hotel Serrador no Rio de Janeiro em 1947. Era comum a ocorrência de casos semelhantes que, por envolverem negros brasileiros, não causavam grandes tensões na mídia.

⁴¹ O Geledés, Instituto da Mulher Negra localizado em São Paulo, ao criar o SOS Racismo (que é um atendimento às vítimas de discriminação racial) fez um levantamento e não encontrou nenhuma condenação com base na lei Afonso Arinos. Vide www.tvcultura.com.br/caminhos/04geledes/geledes1. Consultado em 15.04.2009.

⁴² Vide Eccles (1991), Silva (1994), Silva Jr. (2000), Fullin (2002), Medeiros (2003) e Julião (2008).

dinâmica das condutas tipificadas na lei era de difícil provação por conta, sobretudo, de o autor, geralmente, ter posição social superior a da vítima; a lei tipificava poucas condutas (não contemplando inúmeras situações de discriminação); o fato de ser tipificada como contravenção penal - vale dizer, infração de menor gravidade com penas muito brandas para esse tipo de conduta - e os entraves que as autoridades judiciais criavam para o processamento dos feitos (que não raramente tentavam fazer da vítima o autor da discriminação).

Esses fatores acabam por promover uma desmotivação das vítimas de racismo que assim não levam muitos casos às autoridades. Isto também é apontado por alguns pesquisadores como justificativa para a não efetividade da referida lei.

Silva (1994) aponta que a lei teve como pontos positivos o fato de, pioneiramente, descrever condutas racistas e também contribuir para reduzir discriminações raciais explícitas⁴³. Por outro lado, esse mesmo autor revela que após lei, a discriminação fora escamoteada por praticas como a exigência de boa aparência (no lugar dos anúncios discriminatórios) e da inexistência de vagas em escolas, restaurantes, hotéis, etc., (para não se dizer que o ingresso de negros era proibido). Somem-se a isto as reprovações em exames psicotécnicos e entrevistas que passaram a ser usadas como justificativa para a não contratação de afrobrasileiros no mercado de trabalho.

Merece uma análise mais acurada a atuação das autoridades judiciais para a não concretude desta lei. Tal constatação, presente nos estudos sobre o tema, nos revela a existência da pratica do que se convencionou chamar de “racismo institucional”, sobre esse assunto falaremos mais adiante, por ora registre-se que a postura das autoridades judiciárias se estabeleceu desde o início como um dos grandes entraves para a efetividade do combate ao racismo no Brasil.

⁴³ Acrescente-se que após a referida Lei, outras normas passaram a dispor sobre a temática racial. Como bem observaram Oliveira e Santos (2006) “A lei nº 2.889/56 definiu o crime de genocídio como o comportamento com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) dispôs em seu art. 53, alínea e, que constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção, previstos na legislação em vigor no País, inclusive, promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião, preceituando ainda que, no caso de tal prática, haverá a cominação de multa. A lei de imprensa prevê que “não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe” (art. 1º, § 1º da Lei 5.250/1967) e ainda tipifica a conduta de fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classes, cominando pena de um a quatro anos de detenção

2.2.2 - A lei Caó

A Constituição de 1988, ao estabelecer o racismo como crime, revogou a lei Afonso Arinos e com o objetivo de regulamentar o artigo 5º, inciso XLII⁴⁴ da Lei Maior foi criada a lei 7716/89, a chamada lei Caó (em homenagem ao seu autor, o deputado constituinte Carlos Alberto de Oliveira do Rio de Janeiro⁴⁵) que ampliou o número de condutas consideradas racistas. Na mesma linha da lei anterior, esse diploma legal também busca coibir condutas racistas do tipo: proibir pessoas negras de acessarem o mercado de trabalho, serem atendidas em estabelecimentos comerciais, serem matriculadas em estabelecimentos de ensino, dentre outras.⁴⁶

⁴⁴ “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”

⁴⁵ Durante os trabalhos da Constituinte, assim foi à justificativa dada pelo referido deputado para que o racismo passasse a ser crime: “passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois imperam no país diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva que afetam mais da metade da população brasileira, constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação da morte civil, urge transformá-la em crime”. (Conforme Silva, 1994: p, 134).

⁴⁶ Eis a referida lei na íntegra. LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989.

Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Nota: Assim dispunha o artigo alterado:

"Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor."

Art. 2º (Vetado).

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena: reclusão de um a três anos.

A lei avançou na técnica legislativa e usando expressões mais abrangentes⁴⁷ possibilitou que vários casos, antes não compreendidos, já que esbarravam no princípio da reserva legal⁴⁸, fossem considerados como crime⁴⁹.

No ano de 1997 a lei recebeu uma alteração que possibilitou punir a prática, a indução e a incitação de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, além de tipificar as condutas nazistas⁵⁰.

Em que pese alguns avanços sejam reconhecidos, os pesquisadores não poupam críticas à referida lei. Para uns, ela, na mesma forma da lei Afonso Arinos, seria apenas

Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.

Art. 17. (Vetado)

Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Art. 19. (Vetado).

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.459, de 13.05.1997)

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (Renumerado pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Art. 22. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 5 de janeiro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

⁴⁷ Expressões como “impedir por qualquer meio ou forma”, por exemplo, ampliaram a possibilidade de tipificar determinadas condutas como racismo.

⁴⁸ Esse princípio, estabelecido no primeiro artigo do Código Penal, revela que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal. Desta forma, se a conduta praticada não for exatamente descrita na lei penal, ela não pode ser enquadrada como criminosa.

⁴⁹ A título de exemplo, Eccles apud Medeiros (2003), nos conta um caso ocorrido em 1966 no qual um Tribunal absolveu o autor da contravenção por conta do mesmo ter se negado a alugar “um quarto residencial” para uma mulher negra. O anúncio do imóvel dizia que não seriam aceitas “pessoas de cor”, contudo, como a lei Afonso Arinos proibia tal prática em “relações comerciais”, tal fato, para a Justiça, não ensejaria conduta típica. A decisão assim absolveu o autor dizendo que “o direito criminal é um sistema fechado: onde há na lei um lapso ou omissão, esta não pode ser preenchida por uma interpretação judicial arbitrária ou por analogia ou por princípios gerais de justiça ou por costume. (Revista Forense, n. 363, p.213, 1966).

⁵⁰ A alteração foi feita pela lei 9459/97 sobre a qual falaremos mais adiante.

simbólica e funcionária como um sinalizador para que as pessoas tomassem precauções quando praticassem discriminação (SILVA, 1994). Para outros, o fato da Constituição ter estabelecido o racismo como crime inafiançável e imprescritível, torna a pena desproporcional se comparada a condutas mais graves, como o homicídio culposo (DELMANTO, 2002).

Alguns estudos que encontramos sobre a lei Caó apontam que ela, na mesma linha de sua antecessora, padece de falta de efetividade⁵¹. São poucos processos e condenações frente ao grande número de casos divulgados pela mídia. Analisando os processos judiciais, autores apontam situações inacreditáveis que revelam grande esforço das autoridades do sistema judicial para que o crime de racismo não fosse configurado⁵².

A lei descreve condutas que se coadunam com a discriminação direta de modo explícito. Para haver tal tipificação o agente deveria assumir uma postura francamente discriminatória, fato difícil de ser comprovado. As literaturas da sociologia, antropologia e até mesmo do direito geralmente descrevem a discriminação existente no Brasil com sendo velada e não explícita. Esse caráter sociológico, por si só, já comprometeria a efetividade dessa legislação.

Como se dava com a legislação anterior, outro fator apontado para não efetividade da lei é a postura negligente dos operadores do direito em relação ao devido processamento dos casos de racismo levados à justiça. Vale dizer, os casos de racismo explícito ocorrem em menor número e são de difícil comprovação, mas dentro deste universo, que não é insignificante, os operadores do direito, de um modo geral - influenciados pela “democracia racial”⁵³ - tendem a considerar a prática de discriminação algo “desimportante”. Dessa forma, eles entendem ser a penalidade dessa infração excessiva, desproporcional, e por conta disso, desqualificam o motivo racial das condutas, não aplicando a lei anti-racista (MEDEIROS, 2003).

⁵¹ Neste sentido, Vide Eccles (1991), Silva (1994), Silva Jr. (2000), Fullin (2002), Medeiros (2003) e Julião (2008).

⁵² Silva (1994) descreve um caso de uma mulher negra que não foi atendida num salão de cabeleireiro, levou o caso ao conhecimento das autoridades policiais que, estranhamente, em fase de Verificação de Procedência à Informação entenderam não ser o caso de discriminação racial.

⁵³ Como assevera Hanchard (2001) e Teixeira (2006), a teoria do sociólogo Gilberto Freire, descrita no livro Casa Grande e Senzala, foi essencial para o desenvolvimento da democracia racial. Em síntese ela se baseia numa ideologia de excepcionalidade racial que descreve o Brasil como uma sociedade sem antagonismos raciais onde o preconceito racial é limitado e a mestiçagem é valorizada e tida com riqueza para formação do estado nação. Esta formulação operou não somente entre os acadêmicos, mas, sobretudo, na Política, na Economia e também no Direito impedindo a superação das desigualdades raciais.

As pesquisas dos autores citados parecem revelar certo racismo institucional do Poder Judiciário nos processos relativos à lei Caó como um importante entrave à aplicação da mesma, ou seja, é fato que a desídia das autoridades judiciais na aplicação dos princípios e regras anti-discriminatórias tornou-se também uma barreira para a efetividade das leis anti-racistas no Brasil. Investigaremos com mais profundidade adiante, por aqui devemos ressaltar que existem casos de condutas explícitas que poderiam ser interpretadas como racistas, porém percebe-se uma grande negligência das autoridades judiciárias relutando em aplicar a lei conforme a vontade do constituinte.

A referida lei veio sofrendo alterações que incluíram outros grupos como passíveis vítimas de discriminação. Os projetos de lei federal sobre discriminação, conforme vêm sendo aprovados, estão transformando a Lei Caó - que tradicionalmente tratava somente da discriminação em relação às pessoas negras - num verdadeiro e amplo estatuto contra a discriminação⁵⁴.

2.2.3 - A injúria racial

Para ajudar a dar mais concretude na luta contra o racismo foi criada a lei 9459/1997 que promoveu uma alteração na legislação criminal acrescentando o parágrafo §3º ao artigo 140 do Código Penal criando a figura típica da injúria racial⁵⁵.

Esse tipo de injúria tem a pena qualificada e vem, para parte da doutrina, tendo efeitos mais positivos do que as leis anteriores, haja vista o grande número de casos processados na justiça. Essa norma, por um lado, tem se mostrado mais eficaz no combate à discriminação por conta do impacto negativo conferido à imagem dos agentes

⁵⁴ É o caso dos judeus, já contemplados com as alterações feitas pela lei 9459/97. Já os homossexuais e mulheres tentam, através do Projeto de lei 12206, alterar a lei Caó para que ela contemple também a discriminação contra estes grupos. Vejam-se alguns artigos do Projeto: Art. 2º A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: “Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.” Art. 3º o caput do art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.”

⁵⁵Essa alteração foi proposta pelo parlamentar Paulo Paim e assim estabelece: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição idosa ou portado de deficiência: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

na mídia⁵⁶. Por outro lado, os estudos já citados apontam que essa legislação passou a ser usada pelos profissionais do direito de forma intensa, na prática, para substituir a lei Caó.

Após a implementação da injúria racial (estabelece pena mais severa do que a injúria, contudo, a penalidade é menor do que a do crime de racismo) ampliou o número de casos de discriminação racial no judiciário. Segundo os pesquisadores citados, isso ocorreu também porque várias condutas racistas passaram a ser tipificadas como injúria racial. Significa dizer: em muitas situações, as vítimas sofreram racismo direto – previsto na lei Caó - mas essa conduta é desclassificada para uma capitulação em injúria racial, possibilitando ao infrator o direito à fiança, a responder ao processo em liberdade ou mesmo à suspensão condicional do processo nos termos da lei 9099/95.

2.3 – Aplicabilidade das leis anti-racistas: igualdade formal x racismo institucional

Minhas conclusões mais gerais são duas. Primeira, que a discriminação racial no Brasil anda de mãos dadas com o abuso da autoridade e com a arbitrariedade dos agentes sociais. (GUIMARÃES, 1999:92).

Guimarães (1999) fez uma análise sociológica sobre o processamento de vários casos de discriminação racial. A pesquisa examinou 31 boletins de ocorrência em Salvador, 275 queixas na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo e também 547 matérias de jornais relativas a 201 casos de discriminação racial que vitimaram 296 pessoas negras.

Para além de confirmar as constatações já referidas sobre as legislações anti-racistas, o autor ressalta ainda que, ao criminalizar de discriminação explícita, a legislação deixa de levar em conta o fato da discriminação no Brasil também ocorre por práticas mais veladas, muitas vezes de difícil comprovação⁵⁷. Por outro lado, ele também

⁵⁶ Vide os casos de racismo no futebol. Em 205 um jogador argentino teria xingado de macaco o atacante Gafite do Clube São Paulo. Tal fato repercutiu muito mal. O agressor, um jogador do clube Quilmes, foi preso e levado à delegacia só sendo liberado dois dias depois, quando o jogador brasileiro retirou a queixa. Da mesma forma, em junho de 2009 um jogador do Grêmio também teria chamado de macaco um jogador do Clube Cruzeiro. O mesmo foi levado à delegacia para prestar esclarecimentos após a acusação ter sido formalizada. Tais fatos tiveram grande repercussão midiática. Disponível em www.esporteoul.com.br. Consultado em 10.09.2009.

⁵⁷ Ele assevera que existe uma confusão nas autoridades policiais quanto à forma de interpretar as condutas racistas e as de injúria. Sustenta ainda que “a interpretação dada à Lei 7716/89 limitava-a ao combate da segregação racial explícita, caso pouco freqüente, e, portanto, só seria efetiva para coibir condutas grosseira e declaradamente racistas, deixando

assevera que, em muitos casos, as autoridades acabam tipificando como injúria racial, condutas que flagrantemente deveriam ensejar sanção mais grave, prevista na lei 7716/89.

Outra pesquisa realizada na Universidade Federal do Pernambuco quantificou o número de ocorrências de discriminação racial registradas nas delegacias da região metropolitana no Recife e constatou que, nos últimos sete anos, dos 160 casos de racismo registrados nas delegacias, apenas 3% foram julgados por esse mérito. Mais de 80% sequer se transformaram em inquérito policial. Para Sales Jr. (2006:229) autor da pesquisa, “existe uma hegemonia branca no sistema jurídico nacional que reproduz práticas e valores que mantêm a hierarquia racial da época da escravidão”. Ele aponta a existência de padrões de decisão (nos processos judiciais) que ampliam a incriminação e punição quando os réus são negros, ao mesmo tempo em que facilitam a impunidade para réus brancos. Dessa forma, nos casos de discriminação racial há uma forte tendência para a não-punição”⁵⁸.

Ainda segundo o pesquisador “o racismo é encarado como problema de expressão verbal ou um simples mal-entendido entre alguém que ofende e alguém que se ofende”. A pesquisa, na mesma linha dos demais estudos, aponta que a maior parte dos casos de racismo recebe classificação como injúria qualificada por motivo de raça. Isso ocorre, segundo ele, porque a única forma de comprovar o conteúdo racista da conduta é se ocorre uma expressão verbal que designe tal situação e, se ocorre tal expressão, ainda que a conduta seja prevista na lei Caó, o caso é tipificado como crime de injúria qualificada e não como racismo. Por isso as denúncias são mais enquadradas no tipo penal da injúria qualificada, não do crime de racismo.

Em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, Silva Jr. informa ter localizado 200 processos de racismo em curso em 24 capitais do Brasil, contudo alerta que:

escapar todas as formas mais sutis e não declaradas de segregar; (...) o modo como o racismo brasileiro atua tornava o texto da Lei não apenas inoperante, mas acabava por confundir as autoridades policiais, para quem crimes contra a honra eram sistematicamente confundidos como passíveis de enquadramento na Lei, enquanto os crimes raciais que o legislador esperaria combater por meios legais eram sistematicamente tipificados como ação penal privada, ou seja, como crimes contra a honra”.

⁵⁸A pesquisa foi feita por Sales Jr. em sua tese de doutorado “Democracia racial: o não-dito racista (2006). Publicado em www.scielo.br/pdf/ts/v18n2/a12v18n2.pdf. Consultado em 10.04.2009. O autor da pesquisa afirma ainda que: “a dor da vítima é tida como algo subjetivo, que exclui, marca e segrega, mas os casos são classificados como de baixo potencial ofensivo, e num sistema de justiça moroso, penoso e caro, muitas vítimas acabam abrindo mão do processo. “No Brasil, homicídios e torturas com vítimas negras não são tratados como racismo e há o “fetichismo lingüístico” onde se não há expressão verbal, a lei não caracteriza a intenção de ser racista”.

As ações civis de natureza indenizatória têm apresentado mais possibilidade de êxito, talvez pela resistência dos operadores do direito, que entendem que a pena de prisão seria muito vigorosa para um fato que julgam de menor importância. De 250 ocorrências de racismo na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo, nenhuma resultou em condenação. Na área criminal, a jurisprudência que tem sido firmada é desfavorável à punição dos acusados. Hoje, tenho dúvidas se estávamos corretos em exigir a criminalização do racismo na Constituição. O fenômeno da discriminação no Brasil é incompatível com a idéia de criminalização, porque é tão absolutamente generalizado que a criminalização acaba banalizando-o. Você tem um crime imprescritível, afiançável, punido com pena de reclusão, e um cotidiano que gera um descrédito na sociedade e nas vítimas em relação à aplicabilidade dessa lei. (SILVA Jr. 2001:03).

Esse autor ainda revela que nos processos-crime de racismo, a Justiça Criminal dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Bahia, registrava, em 1997, apenas 09 casos de condenação (desde julho de 1951, data da promulgação da Lei Afonso Arinos).

Piovesan e Guimarães (1998) atestam que a inefetividade da legislação anti-racista reflete as resistências do próprio Poder Judiciário em implementá-la, por razões de natureza ideológica (já que muitos ainda têm a falsa crença no mito da democracia racial brasileira) e, por vezes, pelo fato de ignorarem a existência do aparato normativo de combate à discriminação racial⁵⁹.

O que se observa, ao longo de nossa história republicana, é o aparelho repressor do Estado com algumas disfunções críticas inibidoras da materialização da vontade constitucional (para quem a prática de racismo se constitui em atitude tão reprovável a ponto de ser tipificada como imprescritível e inafiançável). Os estudos citados apontam muitos interpretes do direito sendo “sabotadores” da concretude das leis anti-racistas porque, muitas vezes, conferem ao fato mais grave (racismo) uma tipificação menos gravosa (injúria racial)⁶⁰.

Como exemplo, do que está sendo afirmado podemos citar o caso de um cidadão negro que é impedido de entrar num clube. Indignado com o fato, ele reclama e se

⁵⁹ Num caso que tomamos conhecimento junto ao escritório modelo da OAB/RJ, um auxiliar de enfermagem sofreu injúria racial da sua chefe. A mesma que o teria chamado de “crioulo crente”. Ele ainda foi demitido após se recusar a assinar uma advertência por suposta insubordinação. Após ingressar com ação penal privada, a juíza do juizado especial criminal, “permitiu” que o Ministério Público oferecesse, com base no artigo 89 da lei 9099/95, a suspensão condicional do processo. Mas se a ação era privada o dono da mesma é a vítima (querelante) e não o MP. Haveria ainda a necessidade do juízo, bem como do MP, perquirirem se a demissão derivou de conduta racista, o que poderia implicar na desclassificação do crime de injúria para um dos artigos da lei Caó. Contudo, o processo foi suspenso a pedido do MP nos termos do artigo já citado.

⁶⁰ Em muitos processos em que se apura o crime de racismo não há condenação do autor do fato, pois isto implicaria numa sanção grave. Ao invés disso, quando possível, as decisões judiciais aplicam penas mais leves, daí a mudança na tipificação da conduta, de racismo o fato passa a ser entendido como injúria racial.

envolve numa discussão com a pessoa que proibiu a sua entrada. No furor do bate-boca, o infrator acaba por proferir uma injúria racial contra a vítima. Levado o caso à delegacia, a conduta racista (de impedir a entrada de um negro no clube) desaparece e só o que se evidencia no boletim de ocorrência, ou no processo judicial é a injúria racial. Tal situação revela uma distorção no modo de adequar o fato à norma. No caso, o desenvolvimento das investigações deveria apontar a ocorrência de duas condutas autônomas (racismo e injúria racial) ou somente o crime de racismo, aplicando-se o princípio da consunção⁶¹. No entanto, a postura da autoridade policial, do promotor, dos juízes, muitas vezes é tecnicamente imperfeita, pois, contraria as regras de interpretação da norma penal⁶².

Buscamos assentar até aqui que historicamente existem algumas imperfeições no modo de interpretar e aplicar às leis contra as condutas racistas no Brasil. Tal fato poderia revelar que em alguns casos a lei não é devidamente aplicada por conta de certo racismo institucional do Poder Judiciário. Esse fato também é impeditivo para a efetividade do combate à discriminação racial⁶³.

A partir de agora poderemos discorrer melhor sobre o racismo institucional junto ao Judiciário, esse fenômeno sócio-jurídico que permite não dar a devida aplicação às leis anti-racistas. Vamos apontar seus efeitos e analisar as políticas públicas que vêm contribuindo para a sua redução.

Como já assentado no primeiro capítulo, o racismo institucional tem a ver com a influência que determinado comportamento social equivocado promove na atuação dos profissionais em determinado ambiente organizacional⁶⁴. Certos profissionais ao atuarem em suas funções acabam também por reproduzir condutas reprováveis, eis que eivadas de

⁶¹ O princípio da consunção é aquele segundo o qual a conduta mais ampla engloba, isto é, absorve outras condutas menos amplas e, geralmente, menos graves, os quais funcionam como meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime, ou nos casos de ante fato e pós-fato impuníveis (Greco, 2003).

⁶² No exercício da advocacia constatamos (em 2007) situação semelhante ao acompanhar o início de um caso no qual alguns funcionários de certo restaurante se recusaram a servir um grupo de estudantes cotistas da UERJ. Na delegacia o fato previsto no artigo 8º da lei Caó foi tipificado pela autoridade policial como injúria racial por conta de uma dos funcionários do restaurante também ter deferido expressões racistas contra os estudantes.

⁶³ Não existem muitas pesquisas que tenham analisado a interpretação do Judiciário nos casos de Racismo. Por isto citamos também algumas matérias publicadas em periódicos com o objetivo de ilustrar o que estamos sustentando aqui.

⁶⁴ Para fins do nosso estudo iremos perquirir a relação entre o racismo institucional e o Poder Judiciário, contudo, essa análise pode ser feita em outras áreas. Citemos como exemplo que uma pesquisa realizada em 2003 pelo Comitê Estadual de Prevenção da Mortalidade Materna do Rio de Janeiro constatou que 63% das mulheres vitimadas por morte materna no estado eram negras. Outra pesquisa feita pela Fundação Oswaldo Cruz em parceria com a Prefeitura do Rio de Janeiro com 10 mil mulheres revelou que durante parto normal 11,1% das mulheres negras não tinham recebido anestésico enquanto nas mulheres brancas o percentual é de 5,1%. Vide “Médica orienta mulheres negras a denunciarem discriminação racial nos hospitais” Disponível em www.agenciabrasil.com.br. Consultado em 09.03.2009.

vícios preconcebidos ou discriminatórios. Assim ocorre a perpetuação de situações de injustiças cristalizadas historicamente e de difícil transformação.

O Racismo tem forte conteúdo ideológico repercutindo nos pensamentos e ações. Como afirma Jurema Werneck (2002:18) “Não é difícil reconhecer que sua vigência (racismo institucional) influencie as relações entre todos os grupos a ele exposto, em especial nas relações entre os racialmente dominantes (os brancos) e os racialmente inferiorizados (negros e indígenas)”.

Esse comportamento pode ser explicado pela forte influência da “democracia racial” no “modus operandi” dos profissionais jurídicos. O aplicador do direito não atua em conformidade com o ordenamento, pois, parte do princípio de que a discriminação racial não é algo tão relevante, ou que o racismo não deveria ensejar penalidade tão rigorosa, tendendo nesse momento buscar “desracializar” o real motivo da conduta criminosa. Isto pode significar que atos condenáveis passem a ser “tolerados” e as ações anti-racistas, nesse sentido, perdem força na medida em que as autoridades partem do pressuposto da ausência de motivação racial nas condutas criminosas.

Atentemos para o fato de que tal fenômeno vem sendo denunciado por alguns intelectuais que mesmo não sendo da área jurídica descrevem de forma feliz os problemas ensejados por ele:

Mas para os juizes do direito, em geral, a transgressão desta etiqueta social é vista não com o que realmente é, ou seja, indício da motivação racial da discriminação perpetrada, mas como crime contra a honra (calúnia ou difamação). Esta interpretação é extremamente perversa não só porque desqualifica a motivação racial de uma ato que atenta contra liberdades fundamentais do cidadão (prisão, constrangimento ilegal ou lesão corporal), mas também porque enfraquece a possibilidade mesma de tipificação do incidente como crime contra a honra, pois, afinal, pode-se sempre alegar, como se tem feito repetidamente, que a designação racial de uma pessoa pela cor é apenas uma classificação objetiva de cor da pele (e não racial) ou uma forma corrente de tratamento. A crença dos juizes na democracia racial brasileira é às vezes explicitada em sentenças, geralmente num estilo romanesco de sublitteratura (...) (GUIMARÃES 1999:38).⁶⁵

Do mesmo entendimento não se aparta Carneiro apud Monteiro (2000) afirmando: “no plano da aplicação concreta da legislação conquistada pelos movimentos negros,

⁶⁵Esse autor, na mesma obra, assevera ainda que “É possível, por exemplo, que o juiz ponha mesmo em dúvida as palavras da vítima e de suas testemunhas, quando estas relatam a ofensa de policiais, preferindo acreditar que a vítima está manipulando sua condição de negro para invocar racismo e inverter a sua posição diante da lei”.

percebe-se que estas conquistas estariam destinadas ao rol das *leis que não pegam*". Ainda para esta pesquisadora, houve um forte processo de mobilização social durante a elaboração da Constituição de 1988. As reivindicações desencadearam conquistas importantes no plano político para os movimentos sociais, contudo, no aspecto do cotidiano a força do racismo, através do mito da democracia racial, acabaria por fazer o Judiciário limitar o problema racismo.

Com efeito, no Poder Judiciário o racismo institucional pode ser conceituado como a tolerância ou omissão das autoridades judiciais⁶⁶ em relação às condutas discriminatórias, pois isto acarreta no mau processamento dos feitos de racismo. De modo mais analítico, poderíamos dizer que esse tipo de postura encontra sintonia com a conduta descrita no artigo 319 do Código Penal, qual seja, a do crime de prevaricação⁶⁷.

O fato revelador é que quando o interprete diante de uma conduta racista deixa de aplicar a Constituição e Lei Caó, ele deixa de praticar dever de ofício para satisfazer sentimento pessoal, devendo estar incerto nos ditames do referido artigo. A "satisfação ao sentimento pessoal", da qual fala a lei, pode ser entendida aqui como a "desracialização" do motivo norteador da conduta racista, para dar conformidade ao que ele, aplicador da lei, influenciado pela "democracia racial", não entende ser racismo.

Por outro lado, ironicamente, observamos que se estaria, dessa forma, diante de uma "interpretação eufêmica da norma constitucional". Dos vários métodos de interpretação constitucional possíveis, a democracia racial brasileira criou o método "eufêmico", ou interpretação eufêmica revelando-se empiricamente nefasta, pois, produz um "modus operandi" jurídico que acaba por retirar do referido diploma legal a sua completude.

Por esse neologismo (interpretação eufêmica) conceituamos essa funesta maneira de interpretar as normas jurídicas de combate ao racismo. Essa interpretação retira da lei e da própria Constituição a potência reprovadora dada pelo constituinte à discriminação racial no Brasil.

⁶⁶ Tomemos aqui essa expressão em seu sentido amplo. Para o povo, agentes, detetives, delegados, advogados, promotores, defensores, juizes, todos são autoridades judiciais.

⁶⁷ "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa".

Tome-se como exemplo o que ocorreu no famoso caso “Simone Diniz”⁶⁸. O caso de Simone é emblemático para confirmar a narrativa que aqui está sendo exposta. Uma pessoa negra é discriminada (tem seus direitos fundamentais violados) busca o aparelho Judicial que é composto por um delegado que não atua corretamente o inquérito, um promotor que não promove a ação penal e opina pelo arquivamento do feito - por entender não ter havido crime de racismo. Some-se ainda a sentença do magistrado que, arquivando o caso flagrante de racismo, deixa de dar efetividade aos mandamentos da Constituição. Não se poder esquecer que todos esses profissionais ousaram interpretar a constituição e a lei anti-raicista retirando de ambas a sua força reprovadora contra o racismo. Dessa forma, na prática utilizaram o método interpretativo que nós já designamos como “interpretação eufêmica”.⁶⁹ O caso Simone Diniz foi levado, por uma entidade do Movimento Negro, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, por meio de relatório, considerou o Estado Brasileiro responsável pela prática de racismo institucional fazendo uma série de recomendações.

Não se está dizendo aqui que todas as condutas sejam necessariamente racistas e todos os profissionais do direito cometem prevaricação ao não tipificarem tais situações em acordo com a lei Caó. Os estudos citados nos mostram que na maioria dos casos ocorre o crime de injúria racial e assim é corretamente tipificado⁷⁰. Até porque, muitas vezes, a complexidade fática só permite a comprovação de tal conduta injuriosa. Neste

⁶⁸ No dia 2 de março de 1997 foi publicado no Jornal Folha de São Paulo, na parte de Classificados, nota através da qual se comunicava interesse em contratar uma empregada doméstica e informava-se a preferência por pessoa de cor branca. Tomando conhecimento do anúncio, a vítima, Simone André Diniz, ligou para o número indicado, apresentando-se como candidata ao emprego. Atendida pela pessoa encarregada para receber telefonemas das candidatas, ela foi indagada por esta sobre a cor de sua pele, de pronto Simone falou que era negra, sendo informada, então, que não preenchia os requisitos para o emprego.

⁶⁹ A conduta do empregador era a mesma descrita no art. 20, da lei 7715/89 (alterado pela lei 9459/97, Lei Caó) “Artigo 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. “Texto anterior: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.” Para mais informações sobre o Caso Simone Diniz veja-se o excelente artigo de Arantes “O caso Simone Diniz e a luta contra o racismo”. Disponível em www.publique.rdc.puc-rio.br. Consultado em 20.04.2009.

⁷⁰ Em dezembro de 2009, três estudantes de medicina foram presos, no interior de São Paulo, em flagrante espancando um senhor negro que estava indo de bicicleta para o trabalho. Com a pancada recebida nas costas, o trabalhador se desequilibrou e caiu da bicicleta. Nesse momento, os estudantes teriam vibrado gritando “ô, nego”. Por conta desta expressão, o juiz concedeu liberdade provisória entendendo que teria ocorrido injúria racial e não o crime de racismo. Ressalte-se que os estudantes agrediram o transeunte sem nenhuma razão, não houve desentendimento anterior, nem briga, etc. No caso, a expressão “nego” dita pelos jovens, deveria servir para corroborar a intenção racista por traz da conduta de espancar gratuitamente uma pessoa. Tal conduta poderia ser tipificada no artigo 20 da Lei Caó: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” Mas a expressão dita pelos jovens, para o juiz, ensejou injúria racial e não racismo, assim os jovens puderam ser postos em liberdade. Esta matéria foi publicada no Jornal Folha de São Paulo (14.12.09) com a Manchete “Juiz não vê racismo e manda soltar jovens em Ribeirão Preto.

caso, a própria tradição “garantista” na forma de interpretar as normas penais no Brasil justifica a tipificação da maioria dos casos como injúria racial⁷¹.

Por certo, o fenômeno que estamos identificando aqui é de outra natureza. Pelos estudos citados vemos muitos casos de racismo chegarem a ser processados no Judiciário como injúria racial, ou mesmo não serem processados (como no Caso Simone Diniz) porque os profissionais do direito - em desacordo com a Constituição e com os artigos da Lei Caó - preferem desconsiderar a intencionalidade racista na conduta. Ora, as condutas racistas existem, tanto é que foi feita uma lei prevendo tais situações. Se não fosse assim, não precisava da legislação para coibir o que não existe. E essa proibição não pode ser apenas simbólica vale dizer, de crime simbólico de racismo⁷². O problema é que quando o racismo ocorre, em boa parte das vezes ele não é tipificado, é como se não existisse.

Essa forma de mutilar a legislação anti-racista denominamos de interpretação eufêmica que revela certo racismo institucional entre os operadores do direito.

Assentada essa premissa sobre o papel do Poder Judiciário na perpetuação e cristalização da discriminação racial, resta-nos ainda, neste capítulo, fazer alguns apontamentos sobre o principal impacto do racismo institucional no âmbito jurídico, vale dizer, o descaso para com a violação dos direitos fundamentais.

2.4 - Os impactos da discriminação direta: restrição aos direitos fundamentais

Segundo Daniel Sarmento (2006) os direitos fundamentais exprimem valores nucleares de uma ordem jurídica democrática e devem irradiar para todos os campos do

⁷¹ Histórica e culturalmente, o garantismo surgiu como teoria e prática jurídica direcionadas à defesa dos direitos de liberdade. Por ser o poder do Estado o que mais restringe ou ameaça a liberdade pessoal, o garantismo se desenvolveu como garantismo penal. Assim, o garantismo penal, através da promoção dos direitos individuais, busca fortalecer o direito penal mínimo promovendo critérios racionais que deslegitimam o controle social repressor. Dessa forma se impõe limites ao direito penal nas sociedades democráticas, limitando o poder punitivo estatal. Tais pressupostos foram bem desenvolvidos pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli em sua clássica obra *Direito e Razão*. Vide também o Dicionário de direitos Humanos em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>.

⁷² A expressão simbólica aqui é empregada no mesmo sentido que em Neves (2005) que dá ênfase ao caráter negativo do simbólico para o aspecto normativo da Constituição. A hipertrofia da dimensão político-simbólica do texto constitucional ocorre em detrimento de sua eficácia jurídica. Assim a constitucionalização simbólica consistiria em uma superexploração do direito pela política de modo que a própria autonomia operacional do sistema jurídico estaria por isto prejudicada. Adverte o autor, contudo, que não se quer com isto negar o aspecto positivo do simbólico que serve até mesmo para a própria normatividade constitucional. A referência simbólica de algumas normas constitucionais (como a que torna racismo crime imprescritível e inafiançável) é ambivalente, pois, pode servir para um alto grau de ineficácia de determinada lei, ao mesmo tempo em que pode ajudar na mobilização social para concretização efetiva desses mandamentos.

ordenamento impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário⁷³. Nessa linha, os denominados direitos fundamentais dirigem-se a preservar os fundamentos de uma organização estatal. As organizações estatais revestem-se das mais variadas formas e valores, de acordo com a cultura de cada sociedade. Não se pode proclamar de forma drástica e imutável quais seriam os referidos valores, eles são produto da história política econômica e cultural de cada sociedade assentados numa Constituição (SILVA, 2004)⁷⁴. Ressalte-se ser cediço o entendimento de que a dignidade da pessoa humana, vértice informador de toda a ordem jurídica, se relaciona com os direitos fundamentais na medida em que esses, mesmo com intensidade variável, constituem explicitações da dignidade da pessoa, alias como bem asseverou Sarlet (2008: 88) “a dignidade da pessoa humana exige, pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações”.

Nesse diapasão, uma acertada análise sobre a discriminação é a que leva em conta o impacto desta sobre os direitos fundamentais do grupo discriminado, ou seja, em que medida tal fenômeno discriminatório impede as pessoas de fruírem certos direitos. Então devemos indagar quais direitos, em espécie, são acometidos pela discriminação racial? Vale dizer, quais direitos são mais solapados pela discriminação racial afrontando vertiginosamente a dignidade da pessoa⁷⁵.

Assentemos que o racismo pode reduzir a efetividade de uma série de direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, etc. Além disso, no campo psicológico a discriminação transforma a marca fenotípica em estigma que incrusta comportamentos, subjetividades, formas de sociabilidade e jogos de forças sociais como se fossem naturais (IANNI, 2004).

⁷³ Ainda de acordo com este autor, os direitos fundamentais, mesmo os de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação, mas não só deste como de toda a sociedade.

⁷⁴ Este autor ainda afirma que há grande confusão em torno do que sejam direitos humanos, direitos individuais, e direitos fundamentais, mas é certo que todos eles só podem ser considerados a partir da sua essencialidade – fundamentalidade - em relação ao que possam proteger. Os denominados direitos humanos decorrem da simples condição de pessoa humana, e destinam-se a assegurar as conseqüências dessa condição; interessam, portanto, a todos os indivíduos, independentemente de quaisquer circunstâncias: há conteúdo moral, ético, físico, humanitário, e outros, na consideração da pessoa humana. Os direitos individuais dizem respeito à cidadania, à participação na vida em sociedade, dos pontos de vista político, econômico, e social em geral. Volta-se a proteger os que exercem efetivamente a cidadania. Interessam, portanto, ao cidadão.

⁷⁵ “A dignidade da pessoa humana é o vértice de onde irradiam os direitos fundamentais, por conta disto, esses direitos são explicitações da dignidade da pessoa. Em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou alguma projeção dos direitos fundamentais”. Conforme assentado por Sarlet (op. cit. pág. 88).

Interessa saber, analiticamente, sobre quais direitos a discriminação racial tem se mostrado mais impactante nas relações sociais. Para isso, retomemos o diálogo com Antônio Sergio Guimarães em obra já referida. Esse autor ao analisar mais de 500 matérias, publicadas sobre racismo nos jornais de diversas cidades do Brasil, tenta situar como essa discriminação induz a restrição aos direitos das pessoas, ou seja, quais os principais direitos atingidos pelo racismo. Por sua pesquisa ele assenta que:

Nos casos que vamos analisar, esses direitos se resumem à igualdade de tratamento e de oportunidades nos seguintes âmbitos: 1) livre circulação em lugares públicos (ruas e estradas, seja a pé, seja através de transportes coletivos ou individuais, e áreas de condomínios residenciais; 2) no consumo de bens e serviços proporcionados por bares, boates, bancos, escolas, clínicas médica, lojas comerciais, salões de beleza, clubes recreativos, consulados, repartições estatais, etc., assim como bens e serviços afetados por indivíduos autônomos; 3) no emprego e no exercício profissional. Além destes casos de abuso dos direitos individuais acima tipificados, encontramos também nos jornais queixas de agressões físicas, verbais e simbólicas sofridas por negros nos mais diversos ambientes. Esses casos podem ser enquadrados no que os juristas chamam de direito à honra, pois se referem a conflitos de ordem privada nas relações sociais, rompimentos das regras de boa convivência que se cristalizam em ofensas raciais. (Op. Cit. p. 93)⁷⁶.

Com efeito, a restrição ao direito de livre circulação desemboca em constrangimentos como revistas, agressões físicas, prisões, restrição à livre circulação e habitação de negros em prédios residenciais de classe média⁷⁷. As discriminações ocorridas em estabelecimentos de consumo referem-se à recusa de atendimento, impedimento ou acesso de lojas, mau tratamento, agressões verbais e físicas, detenção ou revista em bancos, escolas, táxis, em clubes de lazer, boates, hotéis, supermercados, etc.⁷⁸

⁷⁶O trabalho estabelece ainda que as quatro divisões acima podem ser suba grupados da seguinte forma: em (1) casos que acontecem em espaços públicos sob autoridade pública; e (1.2) os que ocorrem em condomínios residenciais sob autoridade privada. Os casos do item (4) podem ser subagrupados em (4.1) os que ocorrem entre pessoas em situação simétrica de poder; e (4.2) os que ocorrem entre pessoas em posições assimétricas de poder”.

⁷⁷ Apenas para ilustrar isto, citamos a entrevista do cantor Chico Buarque na qual ele conta as discriminações raciais sofridas por seu neto, filho de uma de suas filhas com o cantor negro Carlinhos Brow. Chico narra ainda que o casal, por conta da discriminação, teve que se mudar para Salvador e deixar o apartamento em que residiam no bairro da Gávea na Zona Sul do Rio de Janeiro. Segundo ele a questão racial é muito mal resolvida no Brasil. Veja “Chico Buarque fala sobre racismo” no site www.genwi.com/play. Consultado em 20.04.2009.

⁷⁸ A pesquisa aponta que nas escolas os discriminados são os estudantes negros e os agressores são professores e diretores. Sendo que a agressão é sempre verbal acarretando a humilhação pública da vítima. Em outubro de 2008, após o sumiço de 10 reais na mochila de uma aluna, uma coordenadora pedagógica do Colégio Antônio Vieira em Salvador, resolveu indagar aos 4 estudantes negros (com 12 anos de idade) sobre o ocorrido. O fato de somente os 4 estudantes negros da turma terem sido inquiridos sobre o furto, revoltou a mãe de um deles, que divulgou o caso na imprensa acusando o colégio de racismo. O fato ficou muito conhecido em Salvador e está sendo apurado pela justiça. Vide Racismo em Colégio Particular. Disponível em www.aratuonline.com.br. Consultado em 14.08.2009.

Quando a discriminação ocorre na relação de emprego, as queixas se referem a agressões verbais, recusas de emprego, demissões e transferências injustificadas⁷⁹.

Constata-se também uma forte discriminação contra pessoas que professam sua fé por religiões como o candomblé e a umbanda⁸⁰. Em matérias publicadas em jornais de grande circulação no Rio de Janeiro foram apontados casos de discriminação contra membros dessas religiões. Os depoimentos das vítimas revelam casos de pessoas que foram demitidas do emprego, expulsas da sala de aula e até mesmo rejeitadas por suas famílias, após terem assumido que professavam tais religiões. O dado mais impactante, tanto da pesquisa quanto das matérias dos jornais, revela ser baixíssimo o índice de processos judiciais e também de condenações referentes a estes casos de discriminação.

Com efeito, essa restrição aos direitos fundamentais significa a redução injusta à dignidade da pessoa. Toda vez que ocorre tal discriminação, algum ser humano é reduzido em sua dignidade sendo colocado em plano de inferioridade e, por certo, isto lhe impossibilita de desenvolver de forma livre suas potencialidades. Com o passar do tempo, tais condutas institucionais se tornam um “habitus” cristalizado nas relações sociais impondo barreiras ao desenvolvimento da plena cidadania de certos grupos inferiorizados⁸¹.

Nessa linha, a proposição, epígrafe deste capítulo, afirma que a discriminação racial no Brasil anda de mãos dadas com o abuso da autoridade e com a arbitrariedade dos agentes sociais. Afirma ainda Guimarães que “o ideal de democracia racial não contempla o exercício efetivo das liberdades fundamentais”⁸². Tais constatações ensejam a atuação firme do Estado, por meio de políticas públicas específicas para romper com esse ciclo de atraso.

⁷⁹ Neste caso, o estudo aponta que a discriminação aparece quase sempre como abuso de autoridade que impede o ingresso, a promoção ou a permanência no emprego.

⁸⁰ Publicada no Jornal Extra (dia 28.01.2009) com a manchete “No trabalho, a religião é outra” essa matéria trazia vários casos de discriminação contra pessoas membros de religiões de matriz africana. Em matéria anterior o Jornal O Globo (matéria publicada no dia 20.11.2009) também apontava casos de discriminação não processados pela Justiça com a manchete “Religiosos pedem rigor contra a intolerância”.

⁸¹ O conceito de habitus foi desenvolvido pelo sociólogo francês Bourdieu (2003:64) com o objetivo de pôr fim à antinomia indivíduo/sociedade dentro da sociologia estruturalista. Em suma, relaciona-se à capacidade de uma determinada estrutura social ser incorporada pelos agentes por meio de disposições para sentir, pensar e agir já que o mundo social desenha, inscreve-se em uma natureza biológica e se torna um habitus, lei social incorporada.

⁸² Op. cit. p. 44.

Passemos de forma derradeira a analisar as políticas públicas que podem contribuir para a transformação salutar no combate ao racismo ensejando que a legislação anti-racista venha a ter mais efetividade.

2.5 – As políticas pela efetividade das leis contra o racismo intencional.

Toda norma jurídica possui, em maior ou menor grau, alguma eficácia, contudo é preciso saber se os efeitos potenciais da mesma realmente se produzem, já que o direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse de estudo (BARROSO, 2008). Nessa linha, entre a vontade de uma lei (principalmente, a que engendra uma transformação social colocando-se diametralmente oposta ao senso comum, ou “habitus”, estabelecido aqui como democracia racial) e a realidade que ela visa modificar, existe um abismo de inúmeras situações, sociais, culturais, históricas, etc., cristalizadas injustamente e de difícil transformação. Dessa forma, para que seja possível investigar a efetividade almejada por legislações dessa envergadura deve-se analisar, sobretudo, a concretude das políticas públicas criadas para tal finalidade. Vale dizer, cabe investigar quais medidas visam dar efetividade à vontade constituinte (combate ao racismo e a proteção dos direitos fundamentais) relativa à dignidade da pessoa humana.

Devemos, contudo, atentar para o fato de que o racismo deve ser combatido por todos, especificamente pelas autoridades judiciárias de órgãos especiais ou não. Desse modo, embora enfoquemos aqui a efetividade do combate ao racismo levando em consideração a atuação de certos organismos especiais como as delegacias de combate ao racismo e os “disque racismo”, não significa dizer que a repressão a esse crime seja atribuição exclusiva dessas instituições. O objetivo, por agora, é aferir os esforços dessas entidades e dar mais objetividade ao estudo com vistas a compreender melhor como se desenvolvem as políticas públicas de combate à discriminação racial, haja vista essas instituições especializadas - pelo histórico que têm - estarem em maior sintonia com o universo de atuação anti-racista.

2.5.1 - O Disque Racismo

Dentre as políticas de maior relevância no combate ao racismo intencional estão os serviços das entidades públicas e privadas que trabalham prestando solidariedade às vítimas de racismo. Seus nomes variam e além de “Disque Racismo” ou “SOS Racismo” (via de regra, quando um telefone é colocado à disposição das vítimas) podem ser designadas também como Centros de Combate à Discriminação Racial. Trata-se de um núcleo de assistência psicológica e/ou jurídica no qual as vítimas são devidamente encaminhadas às autoridades competentes para processamento dos feitos possibilitando dessa forma, uma maior efetividade do direito que combate à discriminação racial.

Segundo pesquisa realizada pelo instituto IBASE⁸³, no Brasil existem 65 instituições de apoio às vítimas de racismo. O estado que tem mais entidades é São Paulo, com 24 instituições. O levantamento apontou que essas instituições podem funcionar em sindicatos, partidos políticos, igrejas, grêmios, centros de pesquisa universitária, sendo que a maioria dessas entidades funciona em ONGs de proteção aos Direitos Humanos, contudo, também há núcleos que atuam em órgãos públicos do Estado ou Município.

O funcionamento dessas instituições é dinâmico. Uma equipe formada por profissionais de diversas áreas - como direito, psicologia, serviço social - presta auxílio às vítimas que entram em contato com a entidade. Após o atendimento as vítimas são encaminhadas às autoridades competentes⁸⁴ com o auxílio de advogados, o que por si só representa, em se tratando de Brasil, um tratamento mais condizente nas delegacias.

De acordo com informações do “Disque Racismo” do Rio de Janeiro, um dos mais antigos do País, dentre as denúncias recebidas, muitas estão relacionadas à discriminação que os seguranças de bancos e shoppings promovem contra pessoas negras (MONTEIRO, 2004).

É certo que o simples fato da vítima ter sido atendida pelo “disque racismo” não importa que ela tenha sucesso em sua pretensão por justiça. Já afirmamos acima: o racismo institucional junto ao Poder Judiciário compromete as condutas de uma série de

⁸³Vide “Instituto orienta como denunciar o racismo”, disponível em www.ibase.br/modules.php. Consultado em 10.03.2009.

⁸⁴ Segundo informações do “Disque racismo” junto à secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro, quando a vítima telefona para o Disque Racismo é feita uma entrevista, onde o atendente identifica o problema e encaminha para o órgão competente, ou agenda entrevista com sociólogo, psicólogo e advogado. Se o caso for passível de tramitação jurídica, é aberto um processo judicial. As informações estão publicadas no site do Governo do Estado. www.governo.rj.gov.br/indice. Consultado em 10.03.2009.

profissionais. Contudo, é inegável que atuação das entidades como o Disque Racismo é de suma importância (mesmo sem o devido apoio dos órgãos públicos) não só pela assistência prestada às vítimas, mas também por conta delas ajudarem a dar visibilidade coletiva à questão não permitindo que arbitrariedades fiquem no esquecimento. Não esqueçamos que foi por intermédio de uma instituição de combate ao racismo de São Paulo que o caso Simone Diniz se tornou conhecido e denunciado internacionalmente.

Como visto, a maioria das entidades que trabalham prestando assistência às vítimas de racismo funcionam em instituições privadas. Lamentavelmente são poucos os órgãos públicos que promovem tais políticas. Ainda assim, mesmo sem ter a estrutura e os recursos necessários, essas instituições reforçam a importância da prática do combate à discriminação racial. Para se ter uma idéia da relevância desse tipo de política pública específica para o combate à discriminação, o Disque Racismo do Rio de Janeiro que hoje, funciona junto a Secretaria de Ação Social e Direitos Humanos, já recebeu milhares de ligações entre denúncias e agendamentos para atendimento perfazendo mais de 40 ligações por mês, sendo que em média 30 seriam denúncias de atos discriminatórios e, destes, 25 vítimas comparecem ao atendimento⁸⁵. Ressalte-se que esse trabalho é fruto de uma reivindicação histórica do Movimento Negro que somente começou a ser materializada nos anos 90.

2.5.2 - A Delegacia de Combate ao Racismo

Uma política pública para ajudar no combate à discriminação racial é a Delegacia Anti-Racismo. Órgão estatal ligado à Secretaria de Segurança Pública de determinado Estado, essa instituição possui profissionais mais qualificados para o enfrentamento das peculiaridades que as infrações racistas ensejam. A delegacia também é fruto de uma reivindicação do Movimento Negro e o início de sua implementação ganhou força a partir dos anos 80 com instituições criadas primeiro no Rio de Janeiro e em São Paulo⁸⁶.

Atualmente não há mais este tipo de delegacia no Rio de Janeiro e, São Paulo possui apenas uma delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância (Decradi)

⁸⁵ www.governo.rj.gov.br/indice. Consultado em 10.03.2009.

⁸⁶ No Rio de Janeiro coube ao primeiro Governo Leonel Brizola (1982-1986) atender a reivindicação do Movimento Negro e criar uma delegacia de combate ao racismo.

atendendo não somente aos casos de racismo, mas também discriminações contra os homossexuais, judeus e nordestinos⁸⁷. Ressalte-se que é crescente o número de casos de discriminação contra homossexuais⁸⁸. Como dissemos, no Congresso Nacional tramita um projeto que pretende alterar a Lei nº 7.716/1989 tornando crime a discriminação contra homossexuais⁸⁹.

Outros Estados do Brasil já possuem delegacias com o objetivo de combater crimes motivados por qualquer tipo de discriminação⁹⁰. As delegacias têm o objetivo de promover procedimento investigatório mais técnico no que tange às infrações motivadas por racismos, intolerância, ou outro tipo de discriminação que, como já assentamos, são de difícil comprovação.

Ativistas do Movimento Negro defendem este tipo de iniciativa em casos de discriminação e denunciam um número extraordinário de reclamações de indivíduos que vão às delegacias comuns e são destratados por agentes da polícia. Alguns sustentam ainda que nas delegacias comuns há um número grande de ocorrências não transformadas em inquéritos, inquéritos não transformados em denúncias, denúncias que não resultam em condenação, havendo ainda pessoas condenadas por discriminação que nunca cumpriram a pena (SILVA Jr. 2001).

Em Belém do Pará, de acordo com os dados da Delegacia de Crimes Contra a Discriminação, 80% dos casos que chegam à unidade policial são relativos à raça, seguido de casos contra idosos e homossexuais. Para as autoridades, as campanhas e os esclarecimentos que o Movimento Negro faz na cidade são as principais causas das denúncias⁹¹.

⁸⁷ Por conta deste trabalho, enviamos um questionário à delegacia visando obter mais informações sobre o serviço prestado, contudo até agora não obtivemos resposta aos questionamentos.

⁸⁸ Vide “Gays vão à polícia contra discriminação em festa na USP”. Disponível em www.estadao.com.br/noticias. Consultado em 25.04.2009.

⁸⁹ Assim prescreve a ementa do projeto de lei nº 5.003-b, de 2001: “Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em www.congressoemfoco.ig.com.br/Noticia.aspx?id=19542. Consultado em 20.04.2009.

⁹⁰ Em pesquisa que realizamos em jornais, sites e revistas sobre notícias de casos de discriminação racial constatamos que além de São Paulo, o Estado do Piauí conta com uma delegacia contra a discriminação e de direitos humanos enquanto em Belém do Pará existe uma delegacia contra crimes de discriminação. Uma notícia vinculada na internet pela Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul sustenta que existe um projeto de lei para instaurar uma delegacia itinerante de combate a discriminação racial. Contudo, não há registro que tal iniciativa já tenha sido concretizada. Vide www.al.rs.gov.br/ag/noticias/2005/02/NOTICIA97826.htm. Consultado em 04.04.2009.

⁹¹ Disponível em www.orm.com.br/oliberal/interna/default.asp?modulo=251&codigo=358362. Consultado em 10.04.2009.

A despeito de toda a dificuldade tem crescido o número de processos envolvendo discriminação racial em todo o Brasil, porém, mesmo com um aumento significativo no número de denúncias, as autoridades da delegacia em Belém, por exemplo, afirmam que em oito anos de atuação da delegacia, somente um caso deu em cadeia para o infrator. As autoridades afirmam que é muito difícil comprovar a conduta e ocorrer o flagrante.

As delegacias de combate à discriminação promovem maior acuidade nas investigações, contudo não garantem que as condutas discriminatórias serão punidas. Vale ressaltar que, as delegacias estão da base de uma cadeia de impunidade que tem os tribunais em seu topo, geralmente, desclassificando boa parte das condutas discriminatórias⁹².

Por derradeiro destacamos que recentemente a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) anunciou que irá fomentar a criação de delegacias de combate a crimes raciais junto às Secretarias Estaduais de Segurança⁹³, o que se vier a ocorrer poderá contribuir para efetividade do direito da antidiscriminação. Ressalte-se que somente criar novas delegacias e dar suporte aos “disque-racismo” é insuficiente⁹⁴. É preciso haver uma mobilização junto ao Poder Judiciário para que sejam mais atentos às condutas discriminatórias. Essa mobilização deveria envolver não só os profissionais das delegacias, bem como promotores e juízes. Melhor seria oferecer aos profissionais um constante aperfeiçoamento além de remeter os casos a algum órgão para fins de pesquisa.

Em recente seminário internacional sobre o tema que participamos com juristas de todo o Brasil constatou-se a necessidade de uma reformulação do aparelho jurídico

⁹² Paixão e Carvano (2008) no Relatório Anual de Desigualdades Raciais, após fazerem uma pesquisa nacional sobre o julgamento dos casos de discriminação racial, apontam que, em primeira instância, o índice de condenações dos casos envolvendo discriminação racial chega a 49%. Mas muitas dessas condenações são reformadas em segunda instância onde o índice de condenações cai para 32,9%. Os processos pesquisados incluem as condenações na justiça cível.

⁹³ Ressalte-se que na Câmara dos Deputados existe também a proposta de criação de uma delegacia federal de combate à discriminação. A proposta resultou de um pedido da associação de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros. Em razão de o objeto ser matéria de iniciativa do presidente da república, o projeto foi encaminhado como indicação ao Ministério da Justiça. Disponível em www.direito2.com.br/acam/2004/dez/21/aprovada-sugestao-sobre-delegacia-contra-discriminacao. Consulta realizada em 12.04.2009.

⁹⁴ Atentemos para o fato de que na Câmara dos Deputados existe também a proposta de criação de uma delegacia federal de combate à discriminação. A proposta resultou de um pedido da associação de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros. Em razão de o objeto ser matéria de iniciativa do presidente da república, o projeto foi encaminhado como indicação ao Ministério da Justiça. Disponível em www.direito2.com.br/acam/2004/dez/21/aprovada-sugestao-sobre-delegacia-contra-discriminacao. Consulta realizada em 12.04.2009.

repressor das discriminações. Juristas de ONGs importantes como o Geledés afirmaram a enorme dificuldade de condenar alguém por conduta racista no Brasil⁹⁵.

Assentemos ainda que há necessidade também de uma divulgação maior de dados sobre os "Disque-Racismo", Delegacias de Combate à Discriminação, bem como sobre as condutas em processamento, punições e absolvições. Assim poderemos realizar análises mais precisas sobre impactos dessas políticas na luta contra a discriminação racial.

2.6 – Conclusão

As análises feitas até aqui revelam que os negros têm ainda um grande déficit em seu conteúdo formal de igualdade. Os mandamentos provenientes do direito da antidiscriminação direta ou intencional (presentes no ordenamento jurídico - desde a primeira Constituição Republicana (1891)⁹⁶ - e regulamentados a partir de 1951 com a lei Afonso Arinos) quase nunca guardam co-relação fática com o que é vivenciado pelos afro-brasileiros, sobretudo, devido ao racismo institucional do Judiciário que é a faceta mais reveladora da influência da “democracia racial” sobre o modo deste poder interpretar o ordenamento jurídico pátrio.

Tal fato acaba por negar a devida aplicação da legislação anti-racista e, por sua vez, em relação aos casos de racismo, impede a efetividade da igualdade formal. Mais do que isso, permite a perpetuação de condutas contrárias aos direitos fundamentais das pessoas negras reduzindo a cidadania.

Se de fato é verdade, como afirma Barroso (2005), que a efetividade significa a realização do Direito (o desempenho concreto de sua função social), os estudos apontados acima nos revelaram um direito da antidiscriminação racial (na parte em que deve combater as discriminações diretas) sem a devida efetividade. Dessa forma, o

⁹⁵O Seminário “O Judiciário debate a discriminação racial” foi realizado nos dias 23, 24 e 25 de março de 2009. O evento foi coordenado pela Escola de Magistratura Federal e pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental com o apoio da Fundação Ford e da Embaixada dos EUA no Rio de Janeiro.

⁹⁶O artigo 72 §2 descrevia: Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

princípio constitucional da igualdade formal tem dificuldade para se concretizar porque sua garantia de “não discriminação” é esvaziada pela própria interpretação jurídica.

Essa parte da pesquisa denuncia uma disfunção no modo de aplicar as garantias da igualdade, vale dizer, existe uma letargia cognitiva jurídica que impede a efetividade do direito da antidiscriminação intencional. Essa constatação põe a nu esse “ethos jurídico” limitado, ao menos no que tange a promoção do conteúdo formal da igualdade racial.

Ao cotejar a relação entre as normas de combate ao racismo e atuação do Judiciário, verifica-se aquele que mais deveria ajudar aos negros na conquista da cidadania fortalecendo a perpetuação da discriminação direta e do atraso, na medida em que contribui para não efetividade da vontade do constituinte, mantendo distantes o dever ser normativo e a realidade social.

Como afirmamos, o direito da antidiscriminação racial possui duas arenas que se complementam. Ao investigarmos a formação histórica, o marco legal e a forma com a qual o Judiciário aplica as leis anti-racistas, observamos algumas contradições e demonstramos o quanto é limitada a sua intervenção social na medida em que a Justiça, muitas vezes, reproduz institucionalmente os influxos racistas cristalizados pela democracia racial.

Como se observou até aqui, dentre as justificativas mais apontadas para a falta de efetividade das leis que combatem a discriminação direta, poderíamos ressaltar: o fato das mesmas sempre descreverem condutas discriminatórias explícitas não compatíveis com os contornos específicos que marcam, historicamente, a exteriorização do racismo no Brasil e o fato dos interpretes do Direito, em boa parte dos casos, desclassificarem as condutas manifestamente racistas tipificando-as como se fossem casos de injúria ensejando uma punição mais branda aos criminosos.

Por conta disso, as limitações advindas do combate ao racismo direto impulsionaram intelectuais e ativistas a buscarem novas estratégias de atuação para dar mais concretude à luta anti-racista. Essas estratégias relacionam-se com a promoção da igualdade material através das normas que combatem à discriminação indireta (ações afirmativas). Diante desta constatação, resta-nos seguir o percurso analítico proposto, por

esta pesquisa em relação às normas de inclusão instituídas para complementar a luta anti-racista.

CAPÍTULO 3 – A FORMAÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO INDIRETA

Por conseguinte, não há uma questão negra fora da formação social brasileira. Estudando o Brasil nas suas relações externas, nas suas relações internas, ontem e hoje, vamos localizar a questão do negro no Brasil. Não há uma questão do negro isolada da questão nacional. Não há uma análise do negro que se possa fazer de forma válida e com possível eficácia política que não aquela que veja o negro dentro da sociedade brasileira (MILTON SANTOS 2002:09).

3.1 – Introdução

A discriminação compromete a concretude dos direitos fundamentais dos negros tendo como um de seus efeitos a perpetuação das desigualdades. Por isso, as lutas para proteção da igualdade, direito fundamental, fizeram surgir um campo jurídico chamado de direito da antidiscriminação racial.⁹⁷

As leis que combatem a discriminação direta se demonstraram insuficientes para impedir todos os efeitos do racismo. Por isso ganha relevo, hodiernamente, a instituição de medidas para combater essas disparidades⁹⁸. Neste momento começaremos a abrir caminho para investigar o histórico da construção dessas políticas de inclusão racial. Portanto, neste capítulo, avaliaremos os principais fatores que acreditamos terem contribuído para consolidar no Direito Brasileiro a preocupação em combater esse tipo de discriminação.

De modo específico buscaremos compreender as ações afirmativas criadas para combater as desigualdades vistas como produtos da discriminação. Buscaremos também discorrer sobre as tensões e desdobramentos que derivam da justificativa para a adoção dessas medidas.

⁹⁷ No mesmo sentido, vide Gomes (2001) e Rios (2008).

⁹⁸ Como nos afirmou Rios (Op. Cit. p. 117) “a discriminação indireta é qualquer modalidade discriminatória que “se origina de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional”.

3.2 – A formação do direito da antidiscriminação indireta: visibilidade e enfrentamento do drama racial

A evolução na forma de combater o racismo demonstrou a necessidade de outras táticas para enfrentar a discriminação e duas constatações foram fundamentais neste processo: primeiro porque as leis anti-racistas, por tudo que já dissemos, se demonstraram insuficientes, para proporcionar um enfrentamento eficaz do problema. Segundo porque elas combatem imediatamente o racismo individual deixando um vazio quando a desigualdade provém de discriminações institucionais que se manifestam de forma coletiva, por vezes, não intencionalmente.

No final dos anos 70 novas formas de interpretar as relações raciais questionaram as teses que tomavam as desigualdades como produtos de discriminações apenas individuais e passaram a analisar a dimensão coletiva da discriminação ou o racismo institucional⁹⁹. Assim, afirmaram a necessidade de enfrentar os mecanismos de discriminação inscritos na operação do sistema social, e que funcionam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos (SILVÉRIO, 2002).

Por outro lado, mesmo com o grande avanço na conscientização social sobre a importância da igualdade (BOBBIO, 1992; DUBET, 2003), fato é que a desigualdade persiste e a discriminação como força por vezes involuntária, tem muito a ver com isso. Mesmo onde e quando não há vontade de discriminar, distinções ilegítimas nascem crescem e se reproduzem insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias (RIOS, op. cit. pág. 135). Nesse sentido, a discriminação se perpetua cristalizando desigualdades perante a neutralidade do Estado e das instituições.

Partindo das premissas acima, nossa hipótese é a de que três fatores, concorrentes entre si, contribuíram significativamente para edificar as normas de combate à discriminação indireta no ordenamento jurídico brasileiro: a constatação da correlação entre desigualdade e discriminação (sobretudo, através do uso de estatísticas sobre as disparidades sociais entre negros e brancos), a abertura dada à temática étnico-racial pela Constituição de 1988 e a mudança na atuação do Movimento Negro. Passemos a analisar cada um desses fatores.

⁹⁹ Aprofundaremos este ponto mais adiante.

3.2.1 – A constatação da correlação entre discriminação e desigualdade social

Um dos processos mais significativos para a construção das normas de combate à discriminação indireta foi e é travada no campo acadêmico. O Brasil vai do que se chamou de “pessimismo branco à democracia racial¹⁰⁰”, sem enfrentar o problema da persistência das desigualdades ou a relação entre essas e o racismo (acreditava-se, ou foi mais conveniente acreditar, que a discriminação institucional tinha sido vencida pela abolição). Somente quando se constatou essa vinculação – desigualdade/racismo direto e/ou institucional – é que se pôde avançar para reprimir seus efeitos, dentre eles a perpetuação das desigualdades. Abaixo explicitamos esta trajetória.

Após a abolição da escravatura estabeleceu-se no país grande pessimismo por conta dos descendentes de africanos constituírem a maioria da população¹⁰¹. Podemos resumir esse espectro que assombrava as elites brasileiras na fala de Nina Rodrigues, um dos intelectuais mais influentes da época, para quem:

A raça negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontestáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo (RODRIGUES, 1988 p. 07)¹⁰².

Essa foi a visão predominante à época, pois, os principais pensadores dos problemas brasileiros¹⁰³ eram profundamente influenciados pelas teorias racistas de evolucionistas europeus como Hebert Spencer, Gobineau e Lombroso (MEDEIROS, 2003)¹⁰⁴. Mesmo existindo nuances entre os autores brasileiros que foram influenciados por esses pensadores, o ponto de convergência em seus estudos é que todos tinham o negro como um problema nacional, fato significativo que marcou o início da nossa

¹⁰⁰ Medeiros (2003).

¹⁰¹ Segundo dados do IBGE entre 1850 e 1890 a população não branca (negros, indígenas e mestiços) era 59% enquanto a população branca constituía 41% da população. Por conta da chegada do grande número de imigrantes o percentual de negros e mestiços começa a cair e em 1940 esses representavam 37% da população ao passo que os brancos constituíam 63%.

¹⁰² Nina escreve sua clássica obra que se chama Os africanos no Brasil. A primeira edição do livro tinha o nome de “O problema da raça negra na América portuguesa” publicado em 1905.

¹⁰³ Comungavam dessa visão, dentre outros, Silvio Romero, Roquete Pinto e Oliveira Viana.

¹⁰⁴ O determinismo biológico acreditava na superioridade da raça branca, na inferioridade dos negros e indígenas e na degenerescência do mestiço.

república densificando o enorme pessimismo em relação ao futuro do Brasil, já que esses pensadores influenciaram os políticos e as políticas públicas adotadas na época¹⁰⁵.

Por outro lado, constata-se uma grande preocupação com a necessidade de formação de uma identidade étnica singular para o Brasil. Como afirma Munanga (2006 p. 54) “o que estava em jogo era saber como transformar essa pluralidade de raças e mesclas, de culturas e valores civilizatórios tão diferentes, numa única coletividade de cidadãos, numa só nação, num só povo”.

Esses pensamentos inspiraram políticas públicas importantes como a lei de imigração de 1904 que incentivava a ampla vinda de europeus para o Brasil¹⁰⁶ (a maior ação afirmativa da história, infelizmente, para além de fomentar o desenvolvimento capitalista, tinha como um dos objetivos promover o branqueamento da população) ao mesmo tempo em que proibia a entrada de africanos e asiáticos¹⁰⁷ e justificava a inércia pública em relação à situação paupérrima dos negros.¹⁰⁸

O pessimismo ao qual nos referimos permaneceu, ao menos em termos acadêmicos, hegemônico até década de 20. Mas com o Movimento Modernista Brasileiro, lançado na Semana de Arte Moderna de 1922, uma vertente cultural ganha relevo, sobretudo, promovendo uma guinada na forma de interpretar o Brasil. Buscando romper com a visão artística vinda da Europa, autores como Mário de Andrade e Oswald de Andrade agregaram valores positivos à formação cultural do País, exaltando brasileiro deixando para trás as idéias de inferioridade de outrora. Nesse sentido, as contribuições do negro e do indígena, para a formação do povo, são ressignificadas e passam a mostrar nossas qualidades e valorizar as nossas raízes (TEIXEIRA, 2006 p. 268).

¹⁰⁵Nessa linha, a primeira lei republicana sobre imigração data de 1904 e proibia a entrada de indígenas da África e da Ásia no País.

¹⁰⁶Como afirma Medeiros (Op. cit.), a restrição aos asiáticos foi retirada algum tempo depois e o Brasil pode receber muitos japoneses que migraram para o interior de São Paulo.

¹⁰⁷Veja-se nesse sentido a lei 601 de 1850 (Lei de Terras) que fomenta o estabelecimento de colônias estrangeiras ao mesmo tempo em que dificulta a aquisição de terras pelos escravos.

Essa visão culturalista¹⁰⁹ influencia a sociologia da época e teve em Gilberto Freire sua maior expressão¹¹⁰. O chamado “mestre de Apipucos”, no livro *Casa Grande e Senzala* e depois em *Sobrados e Mocambos*, rompe com o pessimismo que as ciências sociais tinham herdado do racismo científico e por uma nova epistemologia passa a interpretar as relações raciais com a crença numa mestiçagem promissora¹¹¹. O mito das três raças fundadoras passa a ser valorizado. A miscigenação, de problema, se transforma em algo positivo, dando base para formação do que se convencionou chamar mais tarde de democracia racial¹¹². Esse mito foi o que mais representou a imagem internacional de “harmonia racial” da sociedade brasileira¹¹³.

Por conta dos influxos nazifascistas, após a Segunda Guerra Mundial, órgãos das Nações Unidas começam a identificar e estudar países que, mesmo sendo formados por diferentes grupos culturais, servissem como modelos de convivência pacífica entre os povos que os constituíam. Neste contexto, a UNESCO financiou diversos estudos sobre

¹⁰⁹O culturalismo é uma vertente do pensamento antropológico que confere à cultura o primado da explicação ou da responsabilidade pela diversidade humana. Constitui-se por um processo de crítica ao evolucionismo, caracterizando-se, fundamentalmente, por duas rupturas: uma com o determinismo geográfico e outra com o determinismo biológico. Neste sentido, vide Consorte (2007). Na medida em que Franz Boas, o responsável por sua formulação, recusa as determinações do meio físico e as determinações raciais como responsáveis pela diversidade dos modos de vida humanos. É na cultura e no particularismo histórico que essa teoria vai buscar as fontes dessa diversidade.

¹¹⁰Freire fora profundamente influenciado pelo pensamento de Boas que tinha sido seu professor no Departamento de Antropologia da Universidade de Columbia. Já no prefácio de *Casa Grande e Senzala* ele relata: “Foi o estudo de Antropologia sob a orientação do professor Boas que primeiro me revelou o negro e o mulato no seu justo valor - separados dos traços de raça os efeitos do ambiente ou da experiência cultural. Aprendi a considerar fundamental a diferença entre raça e cultura; a discriminar entre os efeitos de relações puramente genéticas e os de influências sociais, de herança cultural e de meio. Neste critério de diferenciação fundamental entre raça e cultura assenta-se todo este ensaio”.

¹¹¹Esse livro teve o impacto de um manifesto cultural e político por sua contundente crítica ao racismo e pelo enfoque inovador da escravidão, da monocultura e do latifúndio, sob a ótica da cultura e da economia. Formulava, já no prefácio, sua ruptura com as teorias racistas e relatava sua conversão quase mística à abordagem culturalista ensinada por Franz Boas.

¹¹²A rigor não se pode atribuir o termo democracia racial a Gilberto Freire. Guimarães (2002) assim explica a origem do referido termo “Ao que parece o termo foi usado pela primeira vez por Arthur Ramos (1943), em 1941, durante um seminário de discussão sobre a democracia no mundo pós-fascista (Campos 2002). Roger Bastide, num artigo publicado no *Diário de S. Paulo* em 31 de março de 1944, no qual se reporta a uma visita feita a Gilberto Freyre, em Apipucos, Recife, também usa a expressão, o que indica que apenas nos 1940 ela começa a ser utilizada pelos intelectuais. Teriam Ramos ou Bastide cunhado a expressão ou a ouvido de Freyre? Provavelmente, trata-se de uma tradução livre das idéias de Freyre sobre a democracia brasileira. Este, como é sabido, desde os meados dos 1930, já falava em “democracia social” com o exato sentido que Ramos e Bastide emprestavam à “democracia racial”; ainda que, nos seus escritos, Gilberto utilize a expressão sinônima “democracia étnica” apenas a partir de suas conferências na Universidade da Bahia, em 1943”. Sobre isso veja Teixeira (Op. cit.) e Medeiros (Op. Cit.).

¹¹³Freyre substituiu o evolucionismo biológico reverberado por intelectuais importantes como Euclides da Cunha e Oliveira Viana por um evolucionismo culturalista, em que a raça era enfocada em termos psicológicos enquanto predisposição psicológica, capaz de atuar no processo de mestiçagem. Celebrava o cruzamento de raças e culturas, até então condenado pelos racistas e poligenistas, e destacava as contribuições dos negros e árabes para a brasileira, subvertendo a hierarquia racial e desafiando a pretensa superioridade dos brancos. Sobre isso veja Teixeira (Op. cit.) e Medeiros (Op. Cit.).

as relações raciais no Brasil. Foi nesta época que começa a ser refutada a hegemonia da tese sustentada por Freire¹¹⁴.

Os estudos feitos para a aquela entidade, ao contrário do que se esperava, sugerem uma desarmonia entre os grupos que constituíram a sociedade brasileira, dado as profundas desigualdades entre eles. Num desses estudos, Fernandes (1965)¹¹⁵ investiga o vínculo entre a raça e classe no processo de desenvolvimento sócio-econômico paulista. Ele abandona a perspectiva culturalista no modo de tratar as relações raciais e dá ao tema uma abordagem sobre as desigualdades entre brancos e negros, chamando a atenção para a precária situação social que se encontravam os últimos, mesmo 60 anos após a abolição. Dessa forma, ele promoveu o surgimento de um novo paradigma no trato com a questão racial (HANCHARD, 2001).

Após estudar as relações raciais no Brasil, assim asseverava Fernandes numa de suas passagens:

Na ânsia de prevenir tensões raciais hipotéticas e de assegurar uma via eficaz para a integração gradativa da população de cor, fecharam-se todas as portas que poderiam colocar o negro e o mulato na área dos benefícios diretos do processo de democratização dos direitos e garantias sociais. Pois é patente a lógica desse padrão histórico de justiça social. Em nome de uma igualdade perfeita no futuro, acorrentava-se o homem de cor aos grilhões invisíveis do seu passado, a uma condição sub-humana de existência e a uma disfarçada servidão eterna. Como não poderia deixar de suceder, essa orientação gerou um fruto espúrio. A idéia de que o padrão brasileiro de relações entre brancos e negros se conformava aos fundamentos ético-jurídicos do regime republicano vigente. Engendrou-se assim um dos grandes mitos de nossos tempos: o mito da democracia racial brasileira.

¹¹⁴ Gilberto Freire deve ser entendido como um homem buscando dar uma resposta ao pensamento hegemônico da sua época. Com todo brilhantismo intelectual que tinha conseguiu ser a expressão modernista mais relevante das ciências sociais, afirmando que o que fez a sociedade brasileira não tinha sido o Estado, nem a igreja, mas sim o patriarcado. Sua idéia de “meta raça” brasileira tornou-se, não sem razão, “arroz de festa” para os críticos da democracia racial, sobretudo, por conta das enormes contradições na sua idéia de mestiçagem promissora. Numa de suas passagens já no final da década de 70 (O escravo nos anúncios de Jornais Brasileiros do Século XX p. xxi) Freire reafirmava os pressupostos de Casa Grande e Senzala ao mesmo tempo em que atribuía à ausência de negros em espaços importantes de poder, quase oitenta anos após a abolição, ao que chamava de profundo preconceito que se estabeleceu contra os negros após o fim da escravidão. “Começos de uma integração ainda incompleta. E isto, principalmente, por ter sido o Treze de Maio uma lei a que não seguiu imediato esforço sistemático para essa integração através de uma objetiva preparação do negro livre para esse novo status. Para o status de brasileiros livres. Sem instrução. Desprezados por particulares, pelo Estado, pela Igreja. Párias. Párias dos quais foram descendendo quase sempre outros párias sem oportunidades para sua ascensão econômica, social, política, cultural. (...) Vítimas, por falta dessas oportunidades ou dessa valorização, de preconceitos que, parecendo, por vezes, de cor ou de raça, terão sido principalmente de classe ou de cultura: a discriminação contra descendentes de escravos e a discriminação contra analfabetos ou quase analfabetos ou expressões de uma subcultura considerada desprezível”.

¹¹⁵ A integração do negro na sociedade de classes. Esse livro, como bem explica SILVA (2007), também é resultado da pesquisa encomendada pela UNESCO com o objetivo de estudar o Brasil na perspectiva de um paraíso racial e, portanto, paradigma para países como EUA e África do Sul. Ocorre que o trabalho de Florestan provou exatamente o contrário.

A perspectiva desenvolvida por Fernandes é refutada pelos trabalhos de Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle Silva (1979, 1988). Feitos através de estudos independentes e complementares que analisaram os dados censitários de 1976 e 1980, este trabalho trouxe duas contribuições muito importantes. A primeira foi a de possibilitar a junção de pretos e pardos através do termo “não brancos”, tendo os brancos como referência¹¹⁶. Assim demonstraram o contraste polar relacionado a essas duas categorias, comprovando que as vantagens e desvantagens raciais se davam entre brancos de um lado e pretos e pardos de outro. A segunda contribuição foi a de desvendar os mecanismos e os processos geradores das desigualdades raciais no Brasil e inferir a discriminação (sistemática ou difusa) como grande responsável por estas disparidades (a partir da análise da disparidade de resultados sociais dos grupos de cor, controlada pelas variáveis relevantes). Como afirma o próprio Hasenbalg (2006):

Além do fator geográfico e das práticas discriminatórias, uma cultura racista está permeada de estereótipos e representações negativas de grupos minoritários (negros, mestiços, nordestinos, bolivianos etc.). Esses estereótipos culturais tendem a se autoconfirmar e acabam limitando as aspirações e as motivações, neste caso, das pessoas não-brancas. Em *Discriminação...*, apontava que práticas discriminatórias e estereótipos se reforçam mutuamente e levam a que muitos negros e mestiços regulem suas aspirações de acordo com o que é culturalmente imposto como o "lugar apropriado" para os não-brancos (...)

a tradição de pesquisa desenvolvida nos últimos 25 ou 30 anos dá forte sustentação à idéia de que os brasileiros não-brancos estão expostos a desvantagens cumulativas ao longo das fases do ciclo de vida individual, e que essas desvantagens são transmitidas de uma geração a outra. Em outros trabalhos resenhei boa parte desses estudos e aqui me limito a apontar os principais resultados.

Tratou-se de uma excelente contribuição possibilitou o entendimento de que a discriminação racial exercia um papel central na perpetuação das desigualdades sócio-econômicas entre brancos e negros, complementando, como afirma Hanchard (2001), a funcionalidade do mercado de trabalho e da economia capitalista.

Com efeito, a tese de Fernandes categorizou a raça como contingente no conflito de classes, não dando a essa um papel autônomo na construção e reprodução das desigualdades entre negros e brancos. Assim, ele entendia que a situação inferior do negro e o preconceito racial derivavam do antigo sistema escravista, sobrevivendo na

¹¹⁶ Esta opção metodológica, como explica Carvalho (2006) colocou os pardos ao lado dos pretos e refutou a tese de Carl Degler de que o mulato (pardo) conseguiria atenuar a discriminação racial distinguindo-se do preto.

moderna sociedade de classes, por conta da demora que se deu para estabelecer as novas relações sócio-econômicas em nosso “capitalismo dependente”¹¹⁷. Neste sentido, assevera ainda Teixeira que conforme o negro fosse se inserido no sistema de classes, com as novas relações de trabalho, trazidas pela modernização, aquelas situações de discriminação tenderiam a desaparecer.¹¹⁸

Por outro lado, a pesquisa de Fernandes não levou em consideração o poder do Estado na promoção do desenvolvimento capitalista e da formação sócio/racial. Afirma ainda Hanchard (2001) que o período posterior à abolição, foi moldado por grande intervenção estatal para favorecer a mão de obra européia e o branqueamento da população, o que acabou por manter a estratificação social advinda da escravidão. Essa característica é que nos fez afirmar, no outro capítulo, ser o processo de imigração (que chegou a ter empresas responsáveis pelo recrutamento de mão de obra italiana para ser enviada ao Brasil) a maior ação afirmativa que o País promoveu. Daí ter razão Lopes (2007) quando afirma ser o Brasil a pátria dos imigrantes¹¹⁹.

O que vem se assentando desde o trabalho de Hasenbalg e Silva é que o racismo não foi uma ideologia arcaica (patologia residual a ser resolvida pela integração do negro no sistema de classes). A discriminação racial, como explica Hanchard¹²⁰ “trata-se de uma realidade constante servindo para avaliar de modo significativo o alcance dos negros a direitos como educação, saúde, mercado de trabalho etc”.¹²¹

¹¹⁷ Deve-se fazer justiça a Florestan Fernandes, sua contribuição para o debate sobre esta temática não se limitou ao seu estudo. Como deputado Constituinte, ele chegou a propor que a Constituição de 1988, além de uma parte dedicada aos índios, tivesse outra intitulada “Do Negro”, no qual estabeleceria uma série de políticas para fomentar a cidadania deste grupo. Infelizmente a proposta de Fernandes não foi aprovada, mas ele dizia que a proposta era por conta da convicção que ele tinha da dívida do País para com os negros. Numa de suas passagens no livro “O Significado do Protesto Negro”, ele relata que muitas vezes tinha que parar para chorar, quanto estava analisando os dados sobre a condição de vida dos negros depois da escravidão, pois, tamanha era a constatação da cruel realidade racial que estava investigando. No exercício da advocacia contribuimos com a elaboração do Manifesto em Defesa das Cotas, entregue aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tivemos muita satisfação quando soubemos que a filha de Florestan, a professora Heloísa Fernandes, tinha sido uma das primeiras a demonstrar seu apoio àquele documento.

¹¹⁸ Op. cit. p. 272.

¹¹⁹ Afirma o autor em passagem publicada no Jornal O Globo na Coluna Opinião - 31/01/2006. “Na nova ordem, aqueles descendentes de africanos, mesmo os africanos livres, que possuíam algum capital, quase nunca o tinham obtido por via de sucessão hereditária. E foi graças a esse fator primordial, capital acumulado, que, a partir do século 20, a maioria dos filhos de imigrantes aqui chegados teve acesso, desde o curso elementar, aos melhores estabelecimentos de ensino, neles tecendo redes de amizade e parcerias importantes para a vida adulta, e através delas chegando, em vários níveis, aos núcleos de influência, poder e decisão.”

¹²⁰ Op. Cit. p. 50.

¹²¹ Ainda segundo este autor, tanto Freire (visão paternalista) quanto Fernandes (reducionismo econômico), embora em lados opostos na forma de analisar raça e classe, deram uma perspectiva limitada à discriminação racial.

Os principais estudos sobre as relações raciais, desde então, seguem essa linha, ou seja, comprovam a autonomia do racismo diante dos sistemas econômicos e políticos. Alimentados por estatísticas sobre desigualdade racial desenvolvidas por órgãos como o IBGE e o IPEA, as pesquisas denunciam a presença do racismo institucional como fator marcadamente significativo para a aquisição de bens e direitos na sociedade brasileira. Mais recentemente por conta da implementação das políticas afirmativas, trabalhos importantes corroboraram e desenvolveram a perspectiva iniciada por Hasenbalg e Silva por diversas narrativas. A título de exemplo podemos citar estudos como o Relatório Sobre Desigualdades Raciais no Brasil elaborado para ser apresentado na Conferência de Durban (2001), o trabalho de Henriques (2001), os Estudos do IPEA (2006, 2008) e o de Paixão (2008).

Os trabalhos desenvolvidos acima primam por analisar as desigualdades entre negros e brancos também como um desdobramento da discriminação racial (ou racismo institucional nas mais variadas áreas) não em sua forma direta, subjetiva, mas sim em sua dimensão indireta, objetiva. Nesse sentido, não importa a intenção dos agentes discriminadores, a doutrina que se constituiu e vem se desenvolvendo desde então, ao menos no campo da sociologia, antropologia e economia, (através da análise de dados comparativos entre negros e brancos - no acesso aos direitos sociais) constata e denuncia a permanência das desigualdades entre negros e brancos e com base nisso inferem que fatores discriminatórios também contribuem para esta desigualdade e uma “subcidadania” dos negros no Brasil.

Acrescentamos que Roberto Damatta (1987 e 1990) entende que a característica fundamental da “fábula das três raças ou racismo à brasileira está no fato de que ela permite conciliar uma série de impulsos contrários sem que se crie um pano para uma transformação profunda”. Segundo este autor, “essa conciliação possibilita, até hoje, discutir e conceber a acentuada desigualdade de negros e índios, sem perceber suas diferenciações específicas e, sobretudo, sem colocar em risco a posição de superioridade política e social dos brancos”.

Guimarães¹²² com base em Damatta (1990) sugere que a importância das diferenças de status (posições sociais) no Brasil tem se reproduzido desde a colonização,

¹²² Op. cit. pág. 25.

passando do sistema escravocrata para clientelismo rural ou urbano e depois para a industrialização. Tais posições sociais resistiram inclusive à mudança de sistemas políticos e isso só foi possível por conta de uma “ideologia organizada em torno do princípio de classificação hierárquica, sustentada em relações sociais baseadas em laços pessoais”.

Ressalte-se que a partir do trabalho de Hasenbalg e Silva, o estudo das relações raciais passou a utilizar também as estatísticas para comprovar a perpetuação das desigualdades e assim denunciar o peso da discriminação racial, sobretudo, nas relações coletivas como trabalho e educação. Isso fortaleceu a luta do Movimento Negro pela construção de políticas públicas para imediatamente reduzir as desigualdades raciais e mediatamente combater o racismo estrutural ou a discriminação indireta.

Essa tese aos poucos vem norteando a atuação do Estado Brasileiro no enfrentamento da questão (por normas contra a discriminação indireta) e é a que impulsiona hodiernamente, por exemplo, a adoção de políticas de cotas raciais no ensino superior¹²³. Contudo, atribuir que as desigualdades entre negros e brancos decorrem também da discriminação racial, remete a necessidade de comprovar o peso da discriminação, principalmente, a estrutural ou institucional, para a manutenção das desigualdades. Isso não é tão simples por conta de nossa tradição sócio-jurídica ter se desenvolvido com aparato normativo para combater discriminação direta (individual, calcada na comprovação subjetiva da culpa) e não possuir ainda traquejo com a necessidade da adoção de medidas para combater a discriminação como produto de uma estrutura socialmente racista ainda que não explicitamente.

3.2.1.1 – A comprovação da discriminação racial indireta

Feita a constatação de que o racismo tem muito a ver com o fato dos negros terem se mantido durante todo o período republicano nos estratos mais baixos da população, ainda resta enfrentar um dos maiores desafios para promover o combate a esse tipo de discriminação e assim conferir legitimidade às políticas públicas que buscam superá-la.

¹²³ Falaremos especificamente dessa questão mais adiante.

Como dissemos, a discriminação direta é intencional, normalmente operando-se no plano individual sendo possível a identificação do agente discriminatório e pudemos demonstrá-la no segundo capítulo através das pesquisas e dos casos citados. Já a discriminação indireta pode não acontecer de forma intencional desenvolvendo-se no plano coletivo tendo sua identificação e comprovação mais difíceis. Veja-se nesse sentido o entendimento do IPEA:

A discriminação racial também pode ser resultante de mecanismos discriminatórios que operam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos. A essa modalidade de racismo convencionou-se chamar de racismo institucional ou, ainda, de racismo estrutural ou sistêmico. A grande inovação que este conceito traz refere-se à separação das manifestações individuais e conscientes que marcam o racismo e a discriminação racial – tal qual conhecido e combatido por lei – e o racismo institucional, que atua no nível das instituições sociais. Esse último não se expressa por atos manifestos, explícitos ou declarados de discriminação mas atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes grupos raciais. Diz respeito às formas como instituições as funcionam, seguindo as forças sociais reconhecidas como legítimas pela sociedade e, assim, contribuindo para a naturalização e reprodução da hierarquia racial. Esses mecanismos de discriminação racial não apenas influenciam na distribuição de lugares e oportunidades. Reforçados pela própria composição racial da pobreza, eles atuam naturalizando a surpreendente desigualdade social desse país. Ou seja, o racismo, o preconceito e a discriminação operam sobre a naturalização da pobreza, ao mesmo tempo em que a pobreza opera sobre a naturalização do racismo, exercendo uma importante influência no que tange à situação do negro no Brasil” (IPEA, 2000:07).

Racismo estrutural ou institucional seria em suma um processo de acumulação de desvantagens históricas e cotidianas sofridas pelos afro-brasileiros. Esse fator se relaciona com a manutenção das assimetrias entre negros e brancos nos indicadores sociais. Não se pode dizer que este tipo de discriminação possui um peso absoluto sobre as desigualdades. Há por certo outras questões como mérito, mais esforço, oportunidades etc. Por outro lado, não se pode negar também a influência do racismo sobre estas variáveis. Significa que tanto negro quanto branco podem ter suas perspectivas de vida alteradas (negativa e positivamente) em função da cor. Branquidade e negritude são lados da mesma moeda, ação reação na trama das relações raciais.

Com vistas a superar as dificuldades probatórias relativas à discriminação indireta, doutrina e jurisprudência estadunidense desenvolveram algumas teorias objetivando legitimar normas e políticas públicas para combater os efeitos da

discriminação não intencional. Tal doutrina é chamada de “disparate impact” ou impacto desproporcional e foi assim sintetizada por Joaquim B. Gomes:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas (GOMES p. 25).¹²⁴

Por essa teoria, como se observa, uma determinada política ainda que tenha sido elaborada de forma desprovida de discriminação pode ser considerada discriminatória se seus efeitos apontarem para a perpetuação ou criação de assimetrias sociais entre grupos hegemônicos e tradicionalmente vulneráveis. Essa teoria abriu campo para outras formulações que identificam formas diferenciadas de discriminação e buscam certa proteção institucional contra seus efeitos. Nessa esteira, além de haver discriminação por impacto desproporcional, também pode haver a discriminação na aplicação do direito, que ocorre de duas formas: na primeira não há na norma adotada nenhum indicativo discriminatório; já na segunda forma, ocorre quando a norma, mesmo sendo neutra, tenha sido concebida de forma a prejudicar determinado grupo.

Pode haver também a discriminação de fato, dada devido à indiferença que certas autoridades têm ao não levarem em consideração as especificidades de determinados grupos marginalizados. As medidas adotadas com esse desdém acabam por perpetuar a condição socialmente desfavorável dos excluídos. Por fim, a doutrina identifica ainda a discriminação manifesta ou presumida que ocorre quando os efeitos dessa discriminação são flagrantes e incontestáveis.¹²⁵

Não há diferenças significativas entre essas modalidades de discriminação. Em todas elas verificamos que o uso das estatísticas tem sido utilizado por vezes, ao menos, como forte indício da reprodução de práticas discriminatórias.

¹²⁴ Esse tipo interpretação foi adotado pela Suprema Corte N. americana no caso *Griggs v. Duke Power Co.*, em 1970, no qual pessoas negras propuseram uma ação no Judiciário da Carolina do Norte, contra Duke Power Co, uma empresa que contratava e promovia poucos negros em seus quadros exigindo que eles se submetessem a determinados testes de inteligência. Para os autores da ação tal exigência era discriminatória objetivando manter a discriminação uma vez que os negros tinham recebido uma educação mais precária advindas de escolas segregadas e por isso dificilmente estariam aptos a serem aprovados em tais testes.

¹²⁵ Para maior análise dessas modalidades de discriminação indireta vide Gomes (op. cit. pág. 29)

Embora reconheçamos que não há nos EUA unanimidade em relação ao uso de disparidades estatísticas como forma de comprovação das referidas discriminações, sabemos existir naquele país uma ampla tradição jurídica nesse campo. Devemos reconhecer também que a discriminação direta marca uma longa história do direito naquele país. Por isso, pode ser menos complicado para o judiciário estadunidense, cômico desse histórico discriminatório explícito, entender que a discriminação indireta, seja qual for sua modalidade, possa continuar existindo devido ao fato de muitos atores sociais estarem ainda discriminando inconscientemente por conta de permanecerem presos a estigmas do passado.

Por outro lado, como assentou Rios (2008), nos dias de hoje as práticas discriminatórias não são reveladas de modo explícito apesar dos estudos apontarem para a perpetuação da discriminação. Nesse sentido, o uso de estatísticas pode ser muito útil ao menos como indício da existência de ocorrência de discriminação indireta e devemos nos valer de alguns indicadores sociais por cor ou raça de modo a aferir e sugerir que pode haver uma correlação entre desigualdade social e discriminação institucional.

3.2.1.2 – Desigualdades e o uso das estatísticas como indício probatório da discriminação

A principal importância para o uso de estatísticas não é só demonstrar desigualdades entre negros e brancos, mas também dar visibilidade à permanência dessas disparidades ao longo dos anos, inferindo que a permanência do racismo (quer ele seja direto ou indireto) tem muito a ver com isso. Assim se justifica a adoção de políticas públicas para combater estas desigualdades e os fatores que as mantêm. Como nos mostra Hasenbalg:

Nesses trabalhos foi enfatizada a funcionalidade da discriminação racial como instrumento de desqualificação de grupos sociais no processo de competição por benefícios simbólicos e materiais, resultando em vantagens para o grupo branco em relação aos grupos não-brancos (preto e pardo). Tentamos mostrar que preconceito e discriminação raciais estão intimamente associados à competição por posições na estrutura social, refletindo-se em diferenças entre os grupos de cor na apropriação de posições na hierarquia social. Novamente, esse enfoque diz respeito às desigualdades entre grupos sociais, o que Charles Tilly chamou de desigualdades categóricas, e não às desigualdades sociais em geral. (...) Ou seja, o racismo e a discriminação racial, tendo em conta

evidências empíricas, sejam elas recolhidas de dados quantitativos, sejam de observações participantes ou documentos, ainda é a explicação mais sólida para as disparidades de renda entre brancos e negros no Brasil

Com efeito, especificamente no Brasil, as referidas desigualdades decorrem de várias modalidades de discriminações e vêm sendo denunciadas com bases principalmente pelos indicadores sociais primários (de primeira geração) oriundos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - e amostras do Censo Demográfico de 1980 a 2000 (PAIXÃO e CARVANO, 2008). Ressalte-se que os indicadores trazidos pelo IPEA também apontam de forma muito contundente o desafio que representa a superação da discriminação racial indireta. Passemos a demonstrar alguns dados que corroboram as afirmações sustentadas aqui.

De acordo com dados do IBGE (2008) os brasileiros negros constituíam 50,6% população encontrando-se em situação profundamente desigual em relação aos brancos em todos os indicadores sociais¹²⁶. É preciso ponderar que para se chegar a tal número o IBGE com base nos indicadores econômicos, na linha da tese de Hasenbalg, une todos os que se declaram pardos aos pretos. Já afirmamos a controvérsia desta opção, por conta de existirem pardos mais próximos e mais distantes dos pretos. Contudo, trabalharemos com este dado por conta de ser o dado oficial.

Nem mesmo durante o desenvolvimentismo¹²⁷ (período que vai do final da década de 30 até meados dos anos 70, caracterizado pela aceleração do desenvolvimento econômico, sobretudo, através da industrialização) houve uma alteração significativa das desigualdades raciais, pois, se constata a baixa mobilidade social dos negros. Sobre isto, é significativo notar que o Brasil a partir da década de 30, sai de uma estrutura rural e em menos de 50 anos se projeta entre os Países mais industrializados do planeta, contudo, esse processo de crescimento não significou uma distribuição da riqueza entre os mais pobres, em especial entre os negros.

Um dado significativo revela que, em 1976, em torno de 5% da população branca tinha um diploma de educação superior aos 30 anos contra uma porcentagem

¹²⁶ De acordo com essa mesma pesquisa, os brancos constituem 48,4% da população e os amarelos e indígenas 0,9%.

¹²⁷ O avanço do capitalismo para os países periféricos encontrou no Brasil uma forma peculiar de desenvolvimento, onde a entrada de capitais externos era discutida como opção para acelerar o seu desenvolvimento. Neste período, o Brasil manteve uma das mais elevadas taxas médias de crescimento mundial. Essa estratégia contou com uma forte presença do Estado fomentando o desenvolvimento da economia. (SOUZA, 2003)

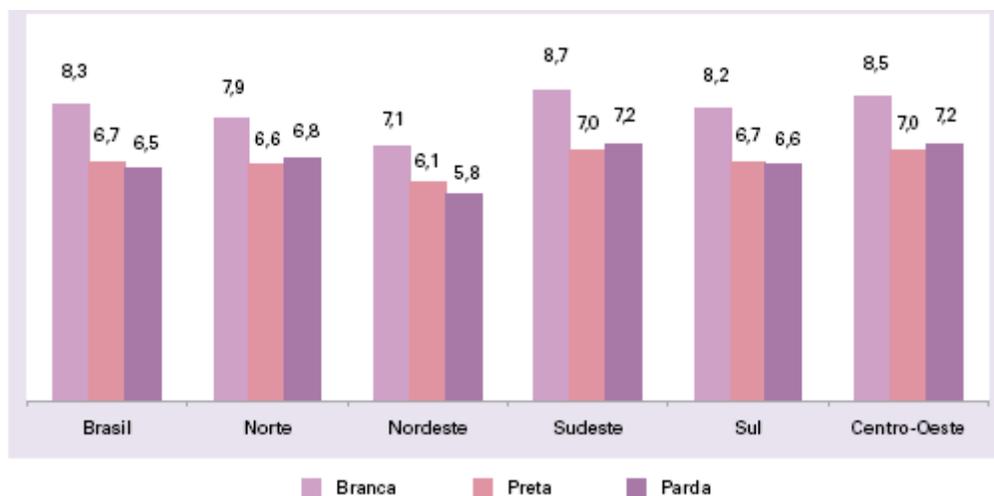
essencialmente residual para os negros. Já em 2006, algo em torno de 5% dos negros tinha curso superior aos 30 anos. O problema, para as desigualdades raciais, é que quase 18% dos brancos tinham completado um curso superior até os 30 anos. O hiato racial que era de 4,3 pontos quase que triplicou para 13 pontos (IPEA, 2008).

Os referidos dados do IPEA também são corroborados pelo Relatório Anual das Desigualdades raciais do Brasil (2007-2008) que para além de trazer comprovações sobre as assimetrias raciais na educação, saúde, mercado de trabalho etc., também desenvolve essa perspectiva relacionados ao Orçamento Geral da União, Comunidades de Remanescentes de Quilombos, bens tombados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, perfil de cor ou raça dos ocupantes dos três poderes republicanos. Tomemos do referido relatório alguns dados importantes para o que estamos querendo demonstrar.

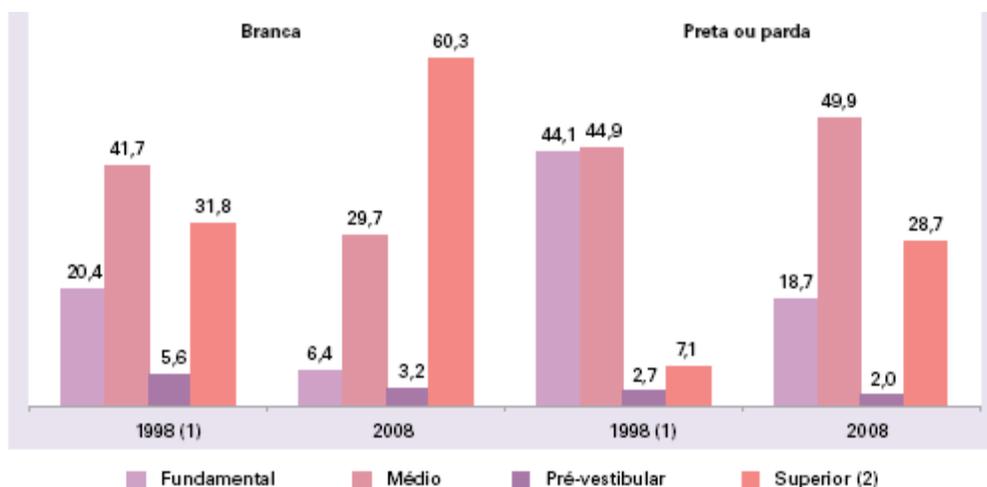
O referido Relatório em relação à educação das pessoas maiores de 15 anos, de 1995 a 2006, demonstra que o número médio dos anos de estudo de uma pessoa branca ampliou de 6,4 para 8,0 (aumento de 1,6 anos). Já entre os negros houve um aumento de 4,6 para 6,2 (aumento de 1,9 anos). Houve redução da desigualdade, muito embora a média de estudo dos negros ainda não tivesse atingido o necessário para concluir o ensino fundamental. Por outro lado, a redução entre os dois grupos é paulatina e se continuar neste ritmo somente em 17 anos se atingiria a igualdade entre estes grupos¹²⁸.

Os dados recentemente apresentados pelo IBGE em 2008 reafirmam o que fora demonstrado acima, ou seja, o País se desenvolveu em várias áreas, contudo, não há um significativo avanço na redução das desigualdades entre negros e brancos. Mais revelador é o tempo que será necessário para se alcançar a igualdade material. Vejamos o gráfico abaixo que também trata da questão educacional mostra a média de anos de estudo das pessoas com 15 ou mais anos de idade por cor ou raça segundo Grandes Regiões.

¹²⁸ Por outro lado, esses autores observam que entre 1996 e 2006 o número de estudantes brancos matriculados no ensino superior passou de 1,5 milhão para 4,03 milhões. Entre os negros, o número de alunos matriculados em 1996 era de 341,2 mil e passou para 1,76 milhões em 2006.



Segundo o IBGE, em de 2008 quando se verifica a média de anos de estudo da população com 15 ou mais anos de idade, percebe-se que as pessoas de cor branca apresentavam uma vantagem de quase dois anos (8,3 anos de estudos) em relação a pretos e pardos (6,7 e 6,5 anos). Chama atenção o fato de que, se comparadas com as informações das pesquisas anteriores, estas desigualdades são constantes ao longo dos anos (em todas as Regiões do País), destacando-se as disparidades encontradas nas Regiões Sul e Sudeste. Tal fato reforça a argumentação no sentido de que as políticas universais não reduzem as desigualdades com maior eficácia.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1998/2008.

(1) Excluída a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá. (2) Inclusive graduação, mestrado e doutorado

O gráfico acima também demonstra uma disparidade maior quando é feita a comparação entre negros e brancos (com 25 anos ou mais) que concluíram o ensino superior. Enquanto, no conjunto do País, 14,7% das pessoas de cor branca tinham concluído o nível superior, entre as pessoas de cor preta e parda a proporção era de apenas 4,7%, em 2008.

Observe-se que em 1998 a população de cor preta e parda obteve alguma melhora, longe de representar que esteja próxima de uma situação de equidade, sobretudo em relação às pessoas mais jovens. A pesquisa chama atenção para os valores encontrados no Nordeste, onde apenas 3,8 da população negra tinha concluído o ensino superior em 2008.

Por derradeiro, outro dado constatado por Petruccelli (2004), em relação ao ensino superior, revela que será necessários 25 anos para que o número de médicos negros seja proporcional ao percentual de negros na sociedade brasileira. Contudo, isso ocorreria se todas as faculdades de medicina reservassem 100% das de suas vagas para estudantes negros.

As desigualdades entre negros e brancos, portanto, também se explicam por conta de um processo de discriminação. Trata-se de uma estratificação social produzida e cristalizada durante séculos de forma tão sinuosa e contraditória quanto à própria histórica do país. As desigualdades raciais se perpetuam principalmente por conta de dois fatores essenciais concomitantes: o legado da escravidão, que reservou os negros uma “subcidadania” e a prática cotidiana de discriminação (direta e indireta) revelada no estigma daquilo que Joaquim Nabuco chamava de “a maldição da cor”¹²⁹.

Os dados são contundentes e revelam a perpetuação das desigualdades. Contudo, uma sociedade preche de “democracia racial” como a brasileira, observa-se uma ampla dificuldade em correlacionar este fenômeno à discriminação. A título de exemplo, podemos recordar o que foi dito no segundo capítulo, no qual se constatou a grande dificuldade para a efetividade das leis anti-racistas no combater ao racismo intencional. Lá constatamos que o problema não é apenas probatório, existe por vezes a comprovação, o que falta, contudo, é a vontade do judiciário em aplicar corretamente a lei. Mas já aqui, quando nos referimos às discriminações indiretas (institucionais) a ausência de uma

¹²⁹Vide Nabuco, O abolicionista. Disponível em www.dominiopublico.gov.br. Consultado em 20.05.2009.

intenção de discriminar ou de comprovação direta surge como impedimento para adoção de ações afirmativas. Dessa forma, a tarefa de reconhecer a discriminação indireta (não intencional) se torna ainda mais difícil e justamente por isso é que no Brasil o uso das disparidades estatísticas como indício de discriminação racial tem sido tarefa quase impossível.¹³⁰

Como já afirmamos, um dos maiores legados da forma com a qual se interpretou a discriminação foi a invisibilidade do drama racial no Brasil e sua relação com as desigualdades sociais. Não por mero acaso, o período pós-abolição da escravatura se constitui pela ausência de políticas públicas de integração para os ex-escravos e a população negra livre. Não obstante a isto, ainda se configurou pela adoção de iniciativas que contribuíram para que o horizonte verdadeiramente libertador dos ex-escravos ficasse restrito aos extratos sociais mais baixos (IPEA, 2006).¹³¹ Isso possibilitou a consolidação de um racismo estrutural que se caracteriza pela manutenção de processos nefastos de exclusão que legaram aos negros uma trajetória inconclusa em relação à cidadania. A ausência de efetividade das políticas públicas (seja proibidoras de racismo, seja de promoção da integração dos afro-descendentes) não permitiu a redução significativa de assimetrias abissais entre negros e brancos tornando a superação dessas desigualdades como um dos principais desafios republicanos para este início de século¹³².

Em todos os indicadores sociais há sensível assimetria entre negros e brancos, a permanência dessas disparidades 121 anos após a abolição da escravatura, para além inferir a discriminação racial com papel importante neste contexto, ensejam a atuação do

¹³⁰ O Ministério Público do Trabalho recentemente promoveu ações civis públicas contra alguns bancos alegando a existência de discriminação indireta contra mulheres e negros. A ação foi embasada por forte material estatístico elaborado pelo IPEA no qual se comprovou ampla disparidade de gênero e raça em diversos cargos dessas empresas. Contudo, as sentenças dos juízes trabalhistas foram unâimes em não aceitar o uso de estatística como meio de prova ou indício de discriminação.

¹³¹ Como afirmam Medeiros (2003) e Munanga (2006), este período é marcado por um grande pessimismo em relação ao futuro do Brasil. Por influência do pensamento racista europeu acreditava-se que o País não conseguiria atingir a civilização com o grande número de ex-escravos e índios existentes na população. O determinismo biológico asseverava a superioridade da raça branca e a degenerescência do mestiço influenciando de modo significativo os rumos das políticas adotadas a partir de então. Por um lado, passou-se a promover o desenvolvimento e o branqueamento da população com a vinda de imigrantes e por outro lado, deixaria os ex-escravos e seus descendentes lançados a própria sorte na medida em que eles não receberiam por parte do Estado nenhuma política pública para sua integração.

¹³² Para Comparato (1998), a persistência das profundas desigualdades sociais, entre os brasileiros, estaria associada ao desenvolvimento e reprodução de um caldo de cultura peculiar aos povos ibéricos, denotado por ele de individualismo anárquico. A característica principal desse individualismo anárquico seria um culto à pessoa em detrimento do grupo ou conjunto, impedindo formas de coesão social e de apreciação coletiva, em especial, de leis e normas jurídicas que pudessem orientar o conjunto da sociedade. “No fundo de cada brasileiro, de cada ibérico, se quiserem – isso herdamos dos nossos colonizadores –, existe esta convicção”.

Estado, pois, se a ordem das coisas é a desigualdade ela não pode conviver com a omissão institucional. Dessa forma sustentamos que diante de uma disparidade estatisticamente comprovada entre negros e brancos, em relação a determinado direito, a instituição na qual se constata aquela disparidade (inclusive órgão de Estado) deve ser obrigada a se manifestar sobre as razões de tais desigualdades e assim comprovar que não adota práticas discriminatórias e que seus processos seletivos (quando no caso do mercado de trabalho ou educação) não alimentam a cristalização daquelas desigualdades. Se tal comprovação não for demonstrada, a entidade deve ser obrigada a adotar programas de ações afirmativas para reduzir a disparidade combatendo o racismo institucional. Neste sentido, recorreremos mais uma vez a Hasenbalg (2006):

Diante de toda essa evidência acumulada na pesquisa sociológica e demográfica dos últimos tempos, o ônus da prova está com aqueles que tentam desfazer o elo causal entre racismo, discriminação e desigualdades raciais. Se as desigualdades raciais no Brasil não são produto de racismo e discriminação, qual é a teoria ou interpretação alternativa para dar conta das desigualdades constatadas?

Por tudo o que foi exposto, constatamos que as ações afirmativas ajudam na redução dessas desigualdades estruturais e vem se assentando na doutrina¹³³ e na jurisprudência brasileira o entendimento da necessidade de sua adoção, em conjunto com as políticas universalistas. Essas medidas, segundo Joaquim B. Gomes (2001:39).

são políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Constata-se que esses avanços levaram muito tempo para começar a operar efeito no mundo jurídico. Historicamente, como assentamos, os poucos estudos sobre direito e relações raciais sempre levaram em consideração a análise das leis anti-racistas no combate à discriminação direta. Como dissemos, o Direito Brasileiro começa a incorporar normas para combater a discriminação institucional a partir da Conferência de

¹³³ Conforme Silva (1994), Rocha (1996), Gomes (2001), Silva Jr. (2002), Mello (2003), Cezar (2004), Madruga (2005), Sarmiento (2006), Piovesan (2006) e Rios (2008), para citarmos às obras que reputamos mais expressivas.

Durban (2001). As ações afirmativas, portanto, se estabelecem por normas de inclusão racial que compõem a dimensão indireta do direito da antidiscriminação. Imediatamente elas reduzem as desigualdades, mas mediatamente combatem a discriminação indireta ou estrutural. Passemos a descrever de modo mais objetivo os outros fatores e agentes sócio-políticos que ensejaram a criação dessas políticas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.2 - A importância da abertura da Constituição de 1988

Além do uso de estatísticas para denunciar a persistência do racismo, ressaltamos que a afirmação das políticas de inclusão racial em nosso ordenamento se deve em muito a abertura que a Constituição de 1988 deu à temática das relações étnico-raciais e aos direitos fundamentais sociais.

Podemos destacar que a Constituição de 1988 contribui significativamente para a construção das normas de combate a discriminação de forma ampla. Com base na valorização dos povos que constituíram o Brasil, fato fundamental para o surgimento e preservação da democracia em nossa sociedade, ela marca um significativo avanço para a efetividade dos direitos fundamentais dos grupos tradicionalmente excluídos. Por diversos de seus dispositivos, a Lei Maior rompe com o *mito da democracia racial*, assegurando o direito à diferença, ao reconhecer e valorizar as especificidades étnico-raciais, sociais, religiosas e culturais dos povos que ajudaram a formar o Brasil¹³⁴.

Especificamente, nossa Carta Política representa avanço significativo no campo do Direito da antidiscriminação. No plano do combate ao racismo direto observa-se que a República deve promover o bem de todos sem preconceito de raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º IV)¹³⁵. No artigo 4º, VIII assinala-se o repúdio ao racismo; nas relações internacionais. O artigo 5º no inciso XLI estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e no inciso XLII, consagra a prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível. Atente-se ainda que o artigo 7º, XXX estabelece como direito dos trabalhadores a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por

¹³⁴ No mesmo sentido, vide O Manifesto em Defesa das Cotas (2008).

¹³⁵ Silva Jr. (2001) destaca que por esse artigo é possível perceber que preconceito é espécie do qual a discriminação seria o gênero.

motivo de cor. Por derradeiro, o artigo 227 consagra que a criança e o adolescente têm que ser postos a salvo de todas as formas de discriminação.

No mesmo sentido, o constituinte ainda protegeu as manifestações culturais indígenas e afrobrasileiras (215, §1º); assegurou a existência das datas comemorativas dos diferentes segmentos étnicos nacionais. Finalmente no artigo 242, § 1º assegura que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias que formaram o povo brasileiro. Ressalte-se ainda toda a proteção dada aos povos quilombolas (artigo 216 § 5º e 68 ADCT).

Em relação à igualdade, nosso sistema constitucional, priorizando os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, estabeleceu a isonomia, como já se afirmou, não somente em sentido formal, mas também em sentido material (art. 3º, inciso III). O constituinte, ancorado nos princípios fundadores da República, reconheceu o profundo quadro de injustiças que atrelam o país ao atraso e estabeleceu objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado por meio de ações que se consubstanciam em políticas públicas de promoção da cidadania.

Com efeito, a Constituição de 1988 é a principal fonte formal do direito¹³⁶ da antidiscriminação indireta na medida em que ela abriu campo para essa transformação (ainda em curso) instituindo mandamentos como, por exemplo, os do artigo 3º¹³⁷. Por toda a Carta Política vicejam princípios e regras impulsionando a criação de medidas para reduzir as desigualdades dando a entender que as políticas de inclusão são compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio¹³⁸. No dizer de Mello (2003) “não basta não discriminar. É preciso viabilizar as mesmas oportunidades. Há de ter-se como ultrapassado o sistema simplesmente principiológico. A postura, mormente dos legisladores, deve ser, sobretudo, afirmativa¹³⁹”.

¹³⁶Segundo Delgado (2002) o ordenamento jurídico compõe-se de fontes normativas, que são os meios de revelação das normas jurídicas nele imperantes, fontes do direito, portanto, designam a origem das normas jurídicas. As fontes formais são os meios de revelação da norma, os mecanismos exteriores pelos quais uma norma ingressa na ordem jurídica (uma lei, por exemplo). Já as fontes materiais do direito enfocam o momento pré-jurídico, momento anterior à existência da regra. Vale dizer, o conjunto de fatores (econômicos, sociais, políticos e filosóficos) que influenciaram para a criação de uma norma jurídica.

¹³⁷Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação”.

¹³⁸ Mais adiante voltaremos a este assunto demonstrando a abertura constitucional para a adoção das ações afirmativas.

¹³⁹ Ainda segundo Mello (2003) “As Constituições brasileiras sempre versaram sobre o tema da isonomia. Entretanto a igualdade permaneceu, ao longo dos anos, no campo simplesmente formal. É o que se depreende, por exemplo, da Carta de 1824, na qual apenas se remetia o legislador à equidade, ou da Constituição republicana de 1891, quando se

Essa postura afirmativa das instituições, por certo, são avanços possibilitados pela Constituição como conquistas da sociedade brasileira. Contudo, somente as lutas históricas dos movimentos sociais puderam abrir campo normativo para legitimar ações políticas mais eficazes com vistas a combater o racismo. O Movimento Negro, neste contexto, se constituiu como principal fonte material do direito¹⁴⁰ da antidiscriminação e, por conseguinte, do combate ao racismo institucional. As diversas entidades que o compõe atuaram durante muitos anos no sentido de pressionar o Estado a abandonar sua neutralidade clássica e a elaborar medidas de inclusão dos negros. Passemos a descrever, para fins do que nos cabe nesse trabalho, essa trajetória.

3.2.3 – A atuação do Movimento Negro na construção do direito da antidiscriminação

Lutar para que enquanto não for tomado gratuito o ensino em todos os graus, sejam admitidos estudantes negros, como pensionistas do Estado, em todos os estabelecimentos particulares e oficiais de ensino secundário e superior do país, inclusive nos estabelecimentos militares (NASCIMENTO - 1948 - apud SILVA, 2007:108).¹⁴¹

previu simplesmente que todos seriam iguais perante a lei. Na Carta popular de 1934, acresceu-se que não haveria privilégios por diversos motivos, ressalva esta retirada na Constituição outorgada de 1937, talvez por não se admitir a discriminação. Editaram-se, sob a égide dessa Carta, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código Penal de 1940, mostrando-se ambos os diplomas insuficientes para corrigir as diferenças. Já na progressista Carta de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade e rechaçaram-se propagandas preconceituosas, o que fez surgir indiretamente no cenário jurídico a lei do silêncio, inviabilizando-se de modo mais incisivo a repressão às manifestações de intolerância. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, começou-se a reconhecer a real situação do Brasil em relação ao problema, vindo à baila, em 1951, a primeira lei penal sobre a discriminação - tipificada, à época, como mera contravenção penal -, ressaltando-se, na justificativa do diploma, que a postura do Estado deve servir de exemplo ao cidadão comum, haja vista o racismo então verificado em carreiras civis, como a da diplomacia, e militares. Em 1964, o Brasil subscreveu a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, na qual definida a discriminação: "Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão". Na Carta de 1967, deu-se um passo a mais, ao constitucionalizar-se a punição do preconceito, mas as leis ordinárias continuavam insuficientes ao fim almejado. Com a Lei da Imprensa, em 1967, o racismo passou a ser crime, e a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968, dispôs que não seriam consideradas discriminação medidas especiais - e começamos a adentrar aqui o campo das ações afirmativas - "tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos". "Na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, repetiu-se o texto da Carta anterior, proclamando-se, pedagogicamente - e esse trecho encerra a principiologia -, que não seria tolerada a discriminação".

¹⁴⁰ Vide Delgado (2002:135).

¹⁴¹ Esse trecho foi escrito por Abdias do Nascimento no Jornal "O Quilombo". Periódico editado pelo TEN e aparece como umas das primeiras reivindicações por políticas de inclusão dos negros no ensino superior.

Nessa parte do estudo destacaremos as lutas do Movimento Negro que, somadas aos fatores já citados, mais contribuíram para a construção do direito da antidiscriminação indireta, combatendo o racismo institucional, ensejando a introdução das políticas de inclusão racial no ordenamento jurídico. Isso se faz necessário para que, no próximo capítulo, possamos compreender melhor a tipologia das normas de ações afirmativas que estão sendo desenvolvidas entre nós.

Com efeito, entidades dos movimentos sociais, via de regra, têm por escopo fazer com que suas causas sejam atendidas pelo poder público. Essas lutas se traduzem primeiro para viabilizar junto ao Estado a construção de políticas públicas que atendam aos seus anseios não por caridade, mas sim, por direito. Assim, a busca por consagrar essas reivindicações só se torna completa com a positivação destas demandas no ordenamento jurídico e pela construção de políticas públicas para dar eficácia a tais comandos normativos. Neste sentido, merece destaque a recente Campanha Contra a Intolerância Religiosa. Capitaneada por entidades do Candomblé e Umbanda. Esta iniciativa também conta com a participação de entidades de outras religiões. Numa recente passeata com milhares de pessoas no Rio de Janeiro, os ativistas exigiram o respeito às diversas manifestações religiosas que constituem Brasil¹⁴².

Conforme asseverou Santos (2005:183) “os movimentos sociais incluem desde as formas orgânicas de ação sociais, que lutam pelo controle do sistema político e cultural, até os modos de transformação e participação cotidiana de auto-reprodução da sociedade”¹⁴³. Nessa linha, cabe, primeiramente aos dominados, levantarem-se contra a opressão, a espoliação, ou quaisquer outras formas subjugação de sua dignidade. Essa reação contra-hegemônica pauta-se numa perspectiva comum e desenvolve por uma mobilização coletiva (MOURIAUX e BEROUD, 2005) configurando a consciência do grupo subjugado. Dessa forma, isto compreende a autonomia da liberdade humana,

¹⁴² Merece destaque também o ingresso das Mães de Santo no processo em que o Supremo Tribunal Federal julgará a constitucionalidade das políticas de cotas no ensino superior. O grupo está representado neste processo através do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental.

¹⁴³ Este autor também afirma que “a maior novidade dos novos movimentos sociais é que constituem tanto a crítica à regulação social capitalista, como uma crítica à emancipação social socialista, como foi definida pelo marxismo. Através da identificação das novas formas de opressão que ultrapassam as relações de produção e sequer são específicas delas, como a guerra, a poluição, o machismo, o racismo e o produtivismo; e da defesa de um novo paradigma social, mais baseado na cultura e na qualidade de vida do que na riqueza e no bem-estar material, os novos movimentos sociais denunciam, com uma radicalidade sem precedentes, os excessos de regulação da modernidade”. (Op. Cit. pág. 177).

consciente de suas possibilidades, a serviço das transformações sociais. A consciência contra a opressão significa opor-se às forças dominantes que entravam a liberdade e ameaçam os direitos de cidadania fundamentais.

A consciência dos negros, neste caso, representa o pensamento e a prática dos indivíduos e grupos que reagem à subordinação com uma ação individual ou coletiva, destinada a contrabalançar, transpor ou transformar as situações de assimetria racial (HANCHARD, 2001). Por isso coube ao Movimento Negro desenvolver sua consciência por uma longa trajetória de lutas pela igualdade racial no Brasil. Assim, o protesto contra a manutenção dos epítetos racistas “pós-escravidão” e a luta contra a cidadania inconclusa (em seus diversos aspectos), se estabeleceram como principal fonte de consciência dos negros, essa atuação foi se desenvolvendo e capilarizando suas potencialidades por todo o País ao longo de nossa história republicana. Na medida em que mais instituições do Movimento Negro vão se constituindo e se fortalecendo, as lutas e estratégias vão se solidificando e abrindo campo para avanços sociais. Esse fato se comprova desde a narrativa da imprensa produzida por algumas organizações que começaram a atuar no início do século XX (SISS, 2003).

Nas últimas décadas, essa consciência contra a discriminação se moldou de modo mais objetivo por conta de um grande número de entidades negras começarem a surgir em todo o Brasil ensejando a criação do Movimento Negro Unificado (MNU) em 1978. A partir dos anos 80 o Movimento Negro começa a romper objetivamente com o amplo consenso social sobre a existência de uma democracia racial no Brasil e concentra suas energias na denúncia contra o racismo direto, intencional. Tal fato se refletiu no processo de elaboração da Constituinte de 1988 consagrando na Lei Maior uma forte reprovação ao racismo¹⁴⁴.

Com o passar dos anos esse protagonismo das entidades implica em novos fundamentos, marcadamente pela presença de lideranças negras em espaços antes ocupados por pessoas brancas, fato que gerou conflitos a partir dos quais se desenvolveram novas formas de consciência dos negros. Ativistas do Movimento Negro começaram a ocupar espaços no Sindicalismo, no Movimento Feminista e entre os religiosos (PEREIRA, 2005). Por outro lado, muitas lideranças negras brasileiras

¹⁴⁴ Como já vimos, na Constituição de 1988 o racismo passa a ser crime, inafiançável e imprescritível.

receberam influência das lutas anti-racistas, de outros cantos do mundo, mormente dos EUA, da África do Sul e de outros países africanos que se tornaram independentes a partir da década de 70. Por isso nessa época começam a surgir secretarias de combate ao racismo em alguns Estados e Prefeituras do País. Esses órgãos governamentais eram constituídos com o propósito de produzir políticas públicas contra o racismo e desenvolver projetos de preservação e incentivo à cultura negra¹⁴⁵.

Aos poucos o Movimento vai ganhando sua maior força de reivindicação. As novas estratégias não buscavam só desmascarar o racismo (exigindo sua punição), mas também tende a denunciar a enfaticamente a desigualdade racial e a necessidade de sua superação via políticas públicas. Numa significativa transformação no modo de lidar com as relações raciais, o Movimento Negro passa a protestar dando ênfase ao abismo material entre brancos e negros exigindo que o Brasil venha a consolidar os compromissos internacionais assumidos¹⁴⁶.

Podemos eleger três principais processos que marcam essa mudança na forma de atuação do Movimento Negro (dois eventos e a atuação específica de algumas de suas instituições) contribuindo de forma importante para a construção das políticas de inclusão que ganham relevo hoje no ordenamento jurídico: a Marcha Zumbi dos Palmares contra o racismo, pela cidadania e pela vida (Brasília, 1995), a intensa participação na Conferência de Durban (África do Sul, 2001) e a atuação dos Pré-Vestibulares Comunitários. Os processos elencados aqui não excluem outros que, a seu modo, integram com mais ou menos força a luta contra a opressão racial.

3.2.3.1 - A Marcha Zumbi

A Marcha ocorreu em novembro de 1995 em Brasília e foi um marco em homenagem aos 300 anos da morte de Zumbi dos Palmares. Cerca de 30 mil pessoas de todo o Brasil participaram do evento que terminou com o encontro de sua comissão organizadora com o então presidente Fernando Henrique Cardoso no Palácio do Planalto.

¹⁴⁵ O primeiro Governo Leonel Brizola (1982-1986) no Rio de Janeiro instituiu uma secretaria para assuntos da questão negra que teve Abdias do Nascimento como secretário.

¹⁴⁶ Veja-se, por exemplo, a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Racial (1967) e as Convenções 111 da Organização Internacional do Trabalho.

Os ativistas entregaram um documento ao chefe do executivo no qual, para além de denunciarem o racismo, exigiam que o Brasil adotasse políticas de inclusão para combater às desigualdades raciais. O documento trazia dados sobre disparidades sociais relacionadas em relação aos negros e brancos no mercado de trabalho, educação, saúde, violência, etc.

Para superar as desigualdades, o documento propunha a instituição de políticas afirmativas na educação, cultura, comunicação, saúde, segurança pública, religião e na questão agrária¹⁴⁷. Fato interessante é que o documento também reivindicava a ampliação das relações do Brasil com os países africanos, sobretudo, os de língua portuguesa.¹⁴⁸

A marcha serviu para exigir, pela primeira vez, que o Governo Federal tomasse uma postura em relação a todos os dados de desigualdade racial que foram apresentados. Por isto, no primeiro semestre do ano seguinte o Governo lança o Programa Nacional dos Direitos Humanos (Decreto 1904/1996) que trazia uma série de propostas governamentais para a adoção de ações afirmativas¹⁴⁹. No segundo semestre daquele ano, durante o Seminário “Multiculturalismo e Racismo: o papel da ação afirmativa”, organizado pelo Ministério da Justiça, o então presidente Fernando Henrique, na palestra de abertura, volta a ter que enfrentar a questão. Reconhecendo a reivindicação do Movimento Negro, ele sugeriu que o Brasil buscasse “soluções mais imaginativas” para resolver os problemas raciais.¹⁵⁰

No mesmo ano o Governo criaria, por decreto, um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com “a finalidade de discutir, elaborar e implementar políticas para a valorização da População Negra”¹⁵¹. O grupo foi composto por representantes do Movimento Negro e por membros do Governo elaborando uma série de medidas contra a

¹⁴⁷ Vide documento da Marcha Zumbi dos Palmares, contra o racismo, pela cidadania e pela vida disponível em http://www.leliagonzalez.org.br/material/Marcha_Zumbi_1995_divulgacaoUNEGRO-RS.pdf. Consultado em 20.05.2009.

¹⁴⁸ Fato importante que sinaliza a aproximação do Brasil com os países africanos é a ampliação de vôos e do comércio bilateral, além da ajuda no desenvolvimento de pesquisas. Nesse aspecto, ressaltamos a construção da universidade Federal de Integração Luso-afro-brasileira (UNILAB), ainda um projeto, a ser desenvolvida no Estado do Ceará.

¹⁴⁹ Assim diz a proposta 191 do Programa: “Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afro descendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira”.

¹⁵⁰ Ressalte-se que o presidente não era nenhum neófito de plantão. Ele, quando aluno do curso de pós-graduação da Universidade de São Paulo, tinha desenvolvido trabalho sobre o negro no Rio Grande do Sul, sob a orientação de ninguém menos que Florestan Fernandes.

¹⁵¹ Publicado no Diário Oficial da União (edição de 21.11.95, p. 18618).

discriminação racial em diversas áreas¹⁵². O trabalho resultou num extenso e robusto documento. Para além de conceituar as ações afirmativas esse documento recomendava a instituição dessas políticas diversas áreas estratégicas como educação, saúde, cultura. Ressalte-se que tanto o documento da Marcha Zumbi quanto o documento do GTI sugerem a adoção das políticas afirmativas no ensino superior.

Apesar de toda atribuição que o decreto conferia ao GTI, infelizmente, as propostas feitas não foram levadas a prática. Tais reivindicações só iriam de fato impactar o Governo Federal no período do segundo mandato presidencial, por conta do “constrangimento” que ativistas do Movimento Negro causaram quando denunciaram, durante a Conferência de Durban na África do Sul em 2001, a inércia do Estado Brasileiro no combate às desigualdades entre negros e brancos.

3.2.3.2 - A Conferência de Durban

A Conferência Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa foi convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e ocorreu em Durban na África do Sul de agosto a setembro de 2001 configurando-se como um grande fórum para orientar os países na elaboração de políticas públicas de combate a todas as formas de discriminação¹⁵³. É fato que após a queda do Muro de Berlin a ONU vem realizando diversos fóruns elaborando diretrizes para a atuação dos Estados membros na promoção dos Direitos Humanos, especificamente, nas causas do meio ambiente, saúde, gênero, pobreza, dentre outros (CARNEIRO, 2002).

A Conferência estabeleceu uma agenda inovadora na forma das Nações Unidas tratarem a questão, por isso ela teve dois objetivos complementares. Por um lado, produziu uma Declaração Política na qual se conceituou a discriminação proclamando uma série de recomendações destinadas a erradicar todas as formas de discriminação

¹⁵² Destacamos que o Grupo continhas profissionais de elevado escolar na questão racial dentre eles Hélio Santos, Carlos Alberto Medeiros e Hédio Silva Jr.

¹⁵³ A Conferência reuniu mais de 2500 representantes de 170 países, incluindo 16 Chefes de Estado, cerca de 4000 representantes de 450 organizações não governamentais (ONG) e mais de 1300 jornalistas, bem como representantes de organismos do sistema das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos e públicos em geral. No total, 18 810 pessoas de todo o mundo foram acreditadas para assistir aos trabalhos da Conferência. Vide documento sobre a Conferência elaborado pela Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Portugal em 2008 (disponível em www.gddc.pt consultado em 20.05.2009).

racial e a intolerância. Por outro lado, estabeleceu um Programa de Ação no qual se descreveu em detalhe uma série de medidas para viabilizar os compromissos consagrados na Declaração Política. Tal iniciativa se deve a constatação de que tradicionalmente os países corroboram as declarações da ONU, contudo, não levaram a efeito nenhuma medida para buscar dar concretude a esses compromissos. Veja-se o caso do Brasil e dos demais países Latino americanos com relação aos Pactos dos Direitos Humanos, mais especificamente, a convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Racial (1967).

No plano internacional a Conferência foi marcada por duas fortes polarizações, a primeira por conta de ONGs e membros de delegações oficiais acusarem Israel de prática discriminatória contra os palestinos, o que acarretou no abandono da delegação daquele país que obteve o apoio dos Estados Unidos. Outra grande tensão se deveu ao fato dos países centrais do ocidente, também ameaçarem abandonar a Conferência caso os trabalhos apontassem para uma condenação ao colonialismo (CARNEIRO, Op. Cit. p. 04). Ou seja, as questões mais controversas prenderam-se com a abordagem de fenômenos históricos como a escravatura, o tráfico de escravos e o colonialismo, bem como com a questão do Oriente Médio. Os países colonizados queriam o reconhecimento de que o tráfico de escravos foi um crime de lesa humanidade e que, portanto, ensejaria pleitos internacionais por reparação, sobretudo, para os povos africanos, o que por razões óbvias não agradou aos países mais ricos.

Ainda que não tenha sido um pleno sucesso em relação aos seus objetivos internacionais, a Conferência teve o mérito sincronizar as agendas de diversos países por uma luta comum contra a discriminação racial, fator que impactou sobremaneira as relações de diversos Estados no modo de lidar com as desigualdades.

Em relação ao Brasil a Conferência serviu para que o Movimento Negro provocasse certo “constrangimento público internacional” ao denunciar a ausência de políticas públicas de combate à discriminação racial. Ante a esse fato o Governo Federal iniciou um processo de adoção das políticas afirmativas que dura até hoje. As primeiras políticas adotadas contemplavam o sistema de cotas para negros nos cargos de livre nomeação da administração pública. Esse fato reverberou nos Estados que também começaram a combater as desigualdades raciais através das políticas de inclusão.

O Rio de Janeiro foi o primeiro Estado a demonstrar esse impacto criando o sistema de cotas raciais em suas universidades. O processo que levou a essa construção foi capitaneado pelo ativismo do PVNC (Pré-Vestibular para Negros e Carentes) e do Educafro (Educação e Cidadania de Afro-descendentes e Carentes), ambas são entidades que tiveram o mérito de pautar a necessidade de políticas públicas de inclusão de estudantes pobres, em especial dos negros, nas universidades. Dessa forma, nortearam a construção das normas de inclusão no ensino superior (que ganham importância no combate à discriminação institucional) inseridas paulatinamente no ordenamento jurídico pátrio.

3.2.3.3 - As Ações dos Pré-Vestibulares Comunitários

As normas que criaram as primeiras ações afirmativas no ensino superior no Estado do Rio de Janeiro decorreram, sobretudo, do trabalho de entidades que buscaram promover a inclusão de estudantes negros e pobres nas universidades. Os principais exemplos nesse campo, como dissemos, são os pré-vestibulares comunitários, principalmente aqueles que militam pela inclusão racial. Destacaram-se nesse processo o PVNC e o Educafro. Elas são instituições que congregam centenas de núcleos de preparação de jovens para o vestibular (SOUZA, 2003).

Estas organizações têm atuado politicamente na defesa da democratização do ensino superior de quatro formas: lutando por isenção das taxas de inscrição para os vestibulares das universidades públicas; conseguindo bolsas de estudo em instituições privadas (PUC/RJ, FGV, por exemplo), buscando alternativas para o apoio à permanência dos estudantes na universidade e exigindo a instituição de ações afirmativas no ensino superior numa atuação guarda sintonia com as reivindicações antigas do Movimento Negro, a diferença está no fato dessas entidades imprimirem maior foco na luta pela inclusão racial no ensino superior.

A rigor não há nada de novo nisto, mesmo antes da abolição já havia preocupação com a educação dos descendentes de escravos. Joaquim Nabuco em outra passagem

famosa, já chamava atenção para necessidade de promover a educação dos libertos¹⁵⁴. Oficialmente constatamos essa preocupação já na Lei do Ventre Livre de 1871. Uma lei que previa uma ação afirmativa, pois, o senhor, após receber uma indenização, poderia colocar os filhos de escravos em “liberdade” (aos 8 anos) para serem levados a instituições públicas de ensino.

Embora o referido mandamento não tivesse obtido a efetividade desejada, essa lei foi a primeira demonstração de uma preocupação oficial com a educação dos negros no Brasil. O poder público deveria cuidar para que os libertos (entregues ao Estado) recebessem educação em instituições de ensino contratadas pelo Estado, o que não aconteceu, pois, essas instituições se transformaram em verdadeiros “abrigos de menores” daquele tempo.

Por outro lado, de acordo com o pensamento da época, a educação que deveria ser dispensada aos negros, não representaria a busca de uma emancipação definitiva para os afro-descendentes. Como assevera Fonseca (2002: 59):

(...) a educação foi valorizada como um instrumento capaz de construir o perfil ideal para os negros em uma sociedade livre, garantindo que estes continuariam nos postos de trabalho mais baixos do processo produtivo e que não subverteriam a hierarquia racial construída ao longo da escravidão, pois essa hierarquia era fundamental para um País que, apesar da diversidade racial de sua população, objetivava manter vivas suas origens européias e retratando a si mesmo como uma nação cujo destino era edificar um futuro que deveria se assemelhar às nações do chamado Velho Continente.

Com efeito, em que pese este tenha sido o desenho institucional das elites para educar os libertos, a promoção dos negros via educação é uma estratégia constante em seus ativistas, presente desde a Frente Negra (principal entidade nas primeiras décadas do século XX) até o Educafro (uma das mais destacadas atualmente, tendo iniciado suas atividades na década de 90).

Historicamente a educação é o direito fundamental mais reivindicado pelas entidades afrobrasileiras, pois, através desse direito busca-se mais integração e maior ascensão social do grupo (SISS, 2003:41). Muitas Instituições Negras, ao mesmo tempo

¹⁵⁴ Depois que os últimos escravos houverem sido arrancados ao poder sinistro que representa para a raça negra a maldição da cor, será ainda preciso desbastar, por meio de uma educação viril e séria, a lenta estratificação de trezentos anos de cativo, isto é, de despotismo, superstição e ignorância. Vide Nabuco, O abolicionista. Disponível em www.dominiopublico.gov.br. Consultado em 20.05.2009.

em que exigiam a entrada maciça de negros nas escolas, também promoviam cursos de alfabetização, formação social, etc., para os seus membros¹⁵⁵.

Nessa linha, a atuação específica dos pré-vestibulares foi fundamental no processo de instituição de cotas no ensino superior. O PVNC iniciou sua atuação em 1993 em São João de Meriti, Baixada Fluminense. Esse movimento chegou a contar com 90 núcleos de grande atuação em diferentes escalas, buscando, a partir da formação dos alunos, intervir em esferas de poder. Ele resulta de uma convergência de múltiplas ações, construções identitárias que se consubstanciam em militância política (SANTOS, 2003). Impulsionado pelo objetivo imediato de ampliar o número de negros e pobres no ensino superior acabou por influenciar a criação de políticas públicas de inclusão. A prova disso é que coube a um ex-prefeito da cidade referida, José Amorim, posteriormente, como deputado estadual, ser o autor do projeto de lei que instituiu o primeiro sistema de cotas raciais nas universidades¹⁵⁶.

Já o Educafro conta com uma rede de mais duzentos núcleos de pré-vestibulares comunitários principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo. Desenvolve uma política de convênios com universidades privadas, visando a concessão de bolsas para estudantes egressos de seus cursos preparatórios. Por outro lado, tem forte atuação no processo de inclusão racial no ensino superior. Podemos destacar o “episódio das correntes”, no qual alunos do Educafro se acorrentaram nos portões da UERJ com o objetivo de fazer com que a reitoria implementasse a primeira lei de cotas¹⁵⁷. O Educafro também inspirou a criação de políticas públicas importantes como o Programa Diversidade na Universidade e o ProUni. Atualmente tem concentrado esforços na militância junto ao Congresso Nacional pela aprovação da lei de cotas e do Estatuto da igualdade racial¹⁵⁸.

¹⁵⁵Essa afirmação está em perfeita sintonia com o texto publicado no Jornal “O Exemplo” de Porto Alegre que em 1892 afirmava: “O que negro precisa é Educação (...) uma vez que ajudamos a pagar os custos da educação pública é melhor que lutemos por ela.” Texto citado por Silva (2007).

¹⁵⁶ O deputado, já falecido, nas razões de seu projeto de lei que foi “encampado” pelo Governo estadual da época, cita a conferência de Durban e as políticas afirmativas que estavam sendo criadas pelo Governo Federal para convencer e conseguir o apoio de seus colegas.

¹⁵⁷ Logo assim que a primeira lei de cotas foi aprovada na Assembléia Legislativa, a reitoria era contrária à lei afirmando ser a mesma inconstitucional. O episódio das correntes exerceu grande impacto midiático influenciando a universidade a rever sua posição.

¹⁵⁸ Por conta do ativismo do Movimento Negro, especificamente do Educafro, o Governo Fernando Henrique criou o Programa “Diversidade na Universidade” para apoiar os pré-vestibulares comunitários em todo o Brasil. Essa iniciativa, infelizmente, foi abandonada pelo atual Ministério da Educação.

Essas iniciativas possuem grande capilaridade social alcançada pelo seu crescimento e fortalecimento nos últimos anos (SANTOS, 2006). Trata-se de um importante movimento que teve o mérito de pautar, de forma objetiva, a necessidade da criação de políticas públicas para um contingente de cidadãos, que embora tivessem concluído o ensino médio, até então estavam alijados do ensino superior. A atuação desse segmento do Movimento Negro, como afirmamos, foi de fundamental importância para o desenvolvimento de significativo processo de instituição de normas contra a discriminação indireta que está se desenhando nas universidades.

Não é por acaso, então, que as ações afirmativas, como medidas de combate ao racismo institucional, estão se desenvolvendo mais intensamente no ensino superior. Como visto acima, o direito à educação é uma reivindicação antiga encontrada nos periódicos de entidades negras desde a década de 20. Já nos fins dos anos 40 encontramos, nesses periódicos, as primeiras reivindicações por políticas que exigiam a presença dos negros nos estabelecimentos de ensino secundário e superior do país, inclusive nos estabelecimentos militares¹⁵⁹.

Ao descrevermos a trajetória das reivindicações do Movimento Negro reconhecemos que houve uma mudança no foco de suas ações que vão, como descreve MOREIRA (op. cit. p. 113) do anti-racismo à inclusão racial. Essa atuação é fonte material principal das normas que compõe o direito à antidiscriminação indireta e assim sugerimos que há uma relação diretamente proporcional entre a recente atuação desse movimento social e a tipologia das políticas públicas de inclusão racial que estão sendo construídas.

3.3 - Conclusão

Como vimos, a tradição “culturalista” que a partir da década de 30 tornou-se hegemônica no modo de interpretar as relações raciais no Brasil operou diversos significados, talvez o mais relevante deles tenha sido o de desvincular as desigualdades entre negros e brancos do fenômeno da discriminação racial. Tome-se como exemplo o

¹⁵⁹Essa reivindicação foi escrita por Abdias do Nascimento no Jornal “O quilombo”. Periódico editado pelo Teatro Experimental do Negro – TEN - e aparece como umas das primeiras reivindicações por políticas de inclusão dos negros no ensino superior.

fato de que desde o primeiro recenseamento nacional em 1872 (com exceção dos Censos de 1900, 1920 e 1970) vem se apontando as características da população por cor (PETRUCCELLI, 2007:13)¹⁶⁰. Portanto, já se sabia, há muito tempo, que os negros sempre estiveram nos extratos sociais mais baixos, contudo, tal constatação não impulsionou a formulação de políticas públicas para promover a cidadania dessas pessoas.

Essa atrofia no modo de interpretar e buscar soluções para grandes questões nacionais permitiu, por exemplo, a não percepção de que o país passou todo seu processo de modernização com cerca de 1/3 da população condenada a uma *subcidadania* (SOUZA, 2006). Neste contexto, a trama de constatar as desigualdades raciais e não promover políticas públicas para reduzi-las, vigorou durante quase todo período republicano.

A virada acadêmica na forma de interpretar as relações raciais possibilitou que, paulatinamente, os demais estudos começassem a dar ênfase ao fenômeno da discriminação coletiva, levando em conta a permanência das assimetrias raciais entre negros e brancos, comprovadas por dados estatísticos, pois, como corolário da desvinculação entre discriminação e desigualdade, o racismo institucional endossa e promove a tolerância com a violação aos direitos fundamentais.

A partir do instante em que essas constatações se tornaram mais capilarizadas nos movimentos sociais, a luta pela proteção da igualdade social começou a ganhar contornos em prol do combate à discriminação coletiva ou estrutural. Essa nova perspectiva, no trato com a questão, passou a nortear algumas políticas públicas após a Conferência de Durban (2001) quando passamos da democracia racial à inclusão, fomentando a instituição das políticas de ação afirmativa.

O ativismo do Movimento Negro foi fundamental para essa mudança, pois, seu ativismo passou a não estar mais relegado somente às análises sociológicas e/ou antropológicas, sendo hoje também fonte material de direito.

¹⁶⁰ Este autor ressalta que os censos anteriores ao de 1872, pertencem ao período chamado proto-estatístico; por isso o primeiro considerado do período propriamente estatístico foi o de 1872, realizado com metodologia aprimorada para a época, com caráter efetivamente nacional e boa cobertura. Em relação ao de 1834, como alguns outros, existe consenso de que a cobertura não foi satisfatória - se menciona uma subrepresentação da população escrava no rio de Janeiro, por exemplo - e foi aplicado pela polícia e não por pessoas especialmente treinadas para tal fim, como o de 1872. Existem também contagens ou estimativas provinciais, em particular referidas ao Rio de Janeiro, como o Mapa da População de 1799.

Coube ao Movimento Negro refutar a todas as perspectivas que não apontavam para o rompimento com a opressão racista, fosse a do pessimismo determinista do início do século, fosse a da visão “culturalista” limitada, consagrada na hegemonia da democracia racial. Coube ao Movimento Negro contestar, significa dizer, lutar, ressignificando seu protesto várias vezes durante o período republicano, mas sempre denunciando a opressão racista como operadora de papel central nas desigualdades sócio-econômicas entre brancos e negros no Brasil.

O Movimento Negro promoveu intensas reivindicações pelo fim da discriminação racial em diversas áreas, foram centenas as passeatas, protestos, marchas e demais formas de luta com objetivo de dar visibilidade ao que Florestan Fernandes (1989) chamou de “o significado do protesto negro”. A exigência por inclusão na educação superior, que há muito já se fazia presente, impulsionou a lei do primeiro sistema de cotas nas universidades públicas do Rio de Janeiro em 2001 e vem dando a tônica do processo de inclusão racial que estamos vivendo.

Ao transitarem da luta contra o racismo intencional para a promoção da igualdade racial¹⁶¹, os ativistas pautaram de modo mais objetivo o problema da exclusão e incluíram na agenda do Estado o tema das políticas afirmativas. Assim sua reivindicação mais atual está correlacionada à tipologia das normas de inclusão racial cujo marco legal no Direito Brasileiro estudaremos no próximo capítulo.

¹⁶¹ Tal fato se torna bem visível se observarmos que nos anos 80 a pauta de reivindicação do Movimento Negro fez surgir algumas Secretarias de “Combate ao Racismo e apoio à Cultura Negra”. Hodiernamente, em outra perspectiva, essa atuação faz surgir tanto no Governo Federal como em diversos Estados do Brasil, as “Secretarias de Promoção da Igualdade Racial”. Como ocorre no Estado e Município do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO 4 – MARCO LEGAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL INDIRETA

4.1 – Introdução

Como demonstramos, décadas de lutas empreendidas por acadêmicos e ativistas foram necessárias para que o Estado começasse a reconhecer que as “leis anti-racistas” possuíam limitações e não poderiam sozinhas proteger o conteúdo democrático da igualdade, eis que não deram conta de enfrentar toda forma de discriminação. Aos poucos esta consciência promoveu a busca pela instituição de medidas para combater à discriminação indireta com fulcro na isonomia material de negros e negras.

De fato, a discriminação estrutural se solidifica principalmente por mecanismos que muitas vezes, de forma não intencional, reproduzem cotidianamente os estereótipos que inferiorizam pessoas pertencentes a grupos historicamente vulneráveis. Essa inferiorização no âmbito individual e coletivo representa um “desvalor” impactante na disputa por oportunidades e pelo gozo dos direitos fundamentais sociais.

As estatísticas mostradas no capítulo anterior asseveram que as políticas públicas universais sempre tiveram menor densidade em relação aos grupos mais vulneráveis como os negros, por exemplo. Três são as explicações mais plausíveis para esse fato: primeiro, as políticas públicas universais foram desenvolvidas por um precário Estado de Bem Estar Social (mormente após os anos 30); segundo, essas políticas foram cegas às especificidades das desigualdades raciais e terceiro, a discriminação racial continuou, como vimos, estigmatizando os descendentes de escravos e limitando a cidadania deste grupo após a abolição.¹⁶² Nesse sentido, no longo período republicano, as políticas universais demonstraram-se insuficientes para erradicar injustiças cristalizadas¹⁶³ - nos grupos socialmente vulneráveis - provenientes do estigma, do preconceito e da discriminação quer seja ela direta ou indireta.

¹⁶² Fato é que com a abolição da escravatura, os anseios pela integração material dos negros perdem força na República Velha e as políticas públicas universais, (de educação e saúde, por exemplo) desenvolvidas a partir de então, não reduziram de modo significativo as desigualdades raciais.

¹⁶³ No mesmo sentido veja Henriques (2001).

Nessa esteira, afirmamos que o direito da antidiscriminação racial também tem como objetivo o combate ao racismo institucional perpetuador, por vezes, de forma não intencional das desigualdades históricas. Para a redução dessas assimetrias, a doutrina e a jurisprudência vêm defendendo a adoção das políticas de ação afirmativa¹⁶⁴. Essas medidas são políticas públicas e privadas destinadas à concretização do princípio da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física, etc., (GOMES 2001) ¹⁶⁵. Elas são instituídas por normas jurídicas e compõem a outra dimensão do direito da antidiscriminação, uma dimensão, no caso, mais afeta à promoção dos direitos fundamentais sociais dos afro-brasileiros.

O grande debate desencadeado pelas ações afirmativas nos Estados Unidos influenciou muitas publicações brasileiras trazendo perspectivas comparadas entre esses países. Boa parte desses estudos afirma que as ações afirmativas foram criadas nos EUA, tal fato não procede. O antropólogo Jose Jorge de Carvalho (2006), por exemplo, em importante estudo, traça um histórico das ações afirmativas pelo mundo. Segundo ele as políticas de “tratamento especial” foram criadas na Índia em 1948 para promover os chamados intocáveis (*dalits*). Elas também foram adotadas na Malásia (1971) para os *bumiputeras*, no Canadá para os *Inuit*, na Austrália para os *aborígenes*, na Nova Zelândia para os *Maoris*, na África do Sul para *negros* e na Colômbia para *negros e indígenas*.

Destacamos, então, a existência de diferenças entre os modelos e os grupos contemplados pelas ações afirmativas em diversos países. A característica comum está no fato dessas políticas promoverem pessoas que têm um histórico de opressão por conta de

¹⁶⁴ Conforme Silva (1994), Rocha (1996), Gomes (2001), Silva Jr. (2002), Mello (2003), Cezar, (2004), Madruga (2005), Sarmiento (2006), Piovesan (2006) e Rios (2008) para citarmos as obras que reputamos mais expressivas.

¹⁶⁵ O advogado Luiz Fernando Martins da Silva corroborando o que foi dito acima também assevera, em importante estudo, que a origem das ações afirmativas quase sempre é atribuída aos Estados Unidos nos anos 50/60, mas estas não se limitam aos países ocidentais. Desde 1948, introduziu-se na Índia um sistema de quotas que ampara as "classes atrasadas" (os *dalits* = intocáveis), a fim de garantir-lhes o acesso a empregos públicos e às universidades. Essas políticas promocionais só tiveram possibilidades efetivas quando implementadas pelo governo dos Estados Unidos da América do Norte com a promulgação das leis dos direitos civis (Civil Right Act, de 2 de julho de 1964), após intensa pressão dos grupos organizados da sociedade civil, especialmente de entidades e lideranças do Movimento Negro norte-americano, que agia de variada forma na luta pelos direitos civis. Esse modelo norteou-se por um conjunto de políticas e programas denominados de equal opportunity policies e affirmative action (nos EUA), Positive Discrimination (na Europa), ação afirmativa, ação positiva, discriminação positiva ou políticas compensatórias (em língua portuguesa). Tais programas, referendados por importantes decisões da Suprema Corte, visavam compensar as mazelas da discriminação sofrida no passado pelos afro-americanos. Vide <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>. Consultado em 15.05.2009.

sua identidade (étnica, de gênero, raça, etc.) ser tida como inferior a do grupo hegemônico.

Essas medidas não se originaram nos EUA, mas devemos reconhecer que foi grande o desenvolvimento delas entre os estadunidenses, mormente após o ativismo capitaneado por Dr. Luther King e pela senhora Rosa Parkins, dentre outros. Para nós, respeitadas as devidas características, o Movimento pelos Direitos Civis está para os que lutam contra o racismo, assim como a queda da Bastilha está para a burguesia.

Assentadas essas premissas, ressaltamos que o objetivo deste capítulo, em sintonia com a dissertação, é identificar quais são as ações afirmativas mais desenvolvidas no Brasil, suas características e especificidades. Posteriormente iremos averiguar as reações surgidas contra a sua instituição, além dos argumentos (contra e a favor) mais ventilados no debate público.

Já afirmamos que a partir da Conferência de Durban (2001) teve início uma verdadeira profusão legislativa constituindo políticas de inclusão dos negros em diversas unidades federativas do Brasil. A introdução dessas normas em nosso ordenamento atendeu aos anseios de movimentos sociais e outros setores, mas também propicia grande reação.¹⁶⁶ É certo que nem todas as políticas afirmativas são alvo de ações na Justiça, por isso interessa-nos saber, mais especificamente, quais dessas medidas têm sofrido maior controle judicial, a fim de que possamos aferir a efetividade que o Poder Judiciário está dando às mesmas.

¹⁶⁶ Para ter uma boa referência das leis que instituem ações afirmativas no Brasil vide Silva (2003).

4.2 - Ações Afirmativas oriundas do direito internacional¹⁶⁷

No contexto do Direito Internacional duas normas provenientes das Nações Unidas merecem destaque por conta de serem amplamente citadas no debate jurídico mais recente sobre relações raciais: a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (promulgada pelo decreto n. 62150 de 1968)¹⁶⁸ e a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (promulgada pelo decreto 65810 de 1969).

Elas integram o Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos que se desenvolve por meio de diversas Declarações e Convenções Internacionais¹⁶⁹. Esse sistema nasce pela constatação de serem as leis que contemplam o sujeito de direito universal (abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, etnia, classe social, etc.), insuficientes para dar concretude à igualdade. Por conta disso emergem outros sujeitos de direito com especificidades e particularidades, historicamente reconhecidas compreendidos em suas singularidades culturais, sociais, etc., (BOBBIO, 1992). Nesse sentido devem ser compreendidas as normas internacionais que passam a reconhecer e a tutelar os direitos das crianças, das mulheres, dos idosos, das pessoas vítimas de tortura, das pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros (PIOVESAN, 2006).

¹⁶⁷ Desde a sua criação as Nações Unidas promoveu diversas atividades e conferências internacionais para lutar contra a discriminação dentre elas a Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio (1948), a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1963), a criação do dia 21 de março como dia Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), a Convenção Internacional para a Repressão ao Castigo do Crime do Apartheid (1973) a declaração do Primeiro Decênio da Luta Contra o Racismo e a Discriminação Racial (1973-1982), a Primeira Conferência Mundial para Combater o Racismo e a Discriminação Racial em Genebra (1978), a segunda Conferência Mundial para Combater o Racismo e a Discriminação Racial em Genebra (1983), o Segundo Decênio da Luta Contra a o Racismo e a Discriminação Racial (1983-1992), o Terceiro Decênio da Luta Contra a o Racismo e a Discriminação Racial (1994-2003) e a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância (2001). Estas são as principais legislações e eventos das Nações Unidas, contudo, optamos em investigar as duas Convenções por conta de elas serem as mais citadas no debate sobre ações afirmativas no judiciário. A Convenção 111, por exemplo, é uma das oito convenções fundamentais da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

¹⁶⁸ Segundo a Secretaria Nacional de Políticas Sociais/CUT e outros (2008) “A (OIT) é um órgão da ONU que tem o propósito de contribuir para a paz, para a justiça social, melhorar as condições e trabalho e os padrões de vida, promovendo a estabilidade econômica e social. É o único órgão da ONU que é tripartite. Isto é, para realizar seus objetivos, a OIT reúne os governos, os trabalhadores e os empregadores para redigir as convenções internacionais sobre o trabalho, incluindo aspectos relativos à remuneração, jornada de trabalho, idade mínima para o emprego, condições de trabalho para as várias categorias de trabalhadores, previdência social, prevenção de acidentes no trabalho e liberdade de associação, dentre vários outros”.

¹⁶⁹ Como afirma Souza Netto (2009:02) “Embora a Carta Internacional dos Direitos Humanos, com seu escopo abrangente e sua pretendida universalidade, pudesse constituir per se instrumental suficiente para garantir proteção a todos os direitos humanos, as Nações Unidas, ainda na fase de elaboração dessa Carta, iniciaram um processo paralelo de proteção especializada contra certos tipos de violação e para determinados grupos de indivíduos, cujas características especiais exigiram atenção particular de normas específicas mais pormenorizadas”.

Neste contexto, o Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos destina-se tanto a prevenir discriminações quanto a proteger as pessoas pertencentes aos grupos historicamente vulneráveis. Já o sistema universal destina-se a proteção dos direitos de qualquer pessoa tomada de forma abstrata. Ressalte-se que hodiernamente não mais se trata de opor as duas formas de interpretar os Direitos Humanos elas se complementam e, como dizia Bobbio, precisam ser levadas à prática sinergeticamente.

A repulsa ao nazismo e ao fascismo pós Segunda Guerra juntamente com o movimento pela descolonização dos povos africanos ensejaram que as Nações Unidas criassem o Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Convenção da OIT, por um lado, proibiu discriminações no trabalho e acabou por introduzir as políticas afirmativas para negros no ordenamento jurídico brasileiro ao afirmar em seu artigo 5º que:

cada Estado ou País membro pode definir que outras medidas especiais destinadas a atender a necessidades particulares de pessoas, que por motivo de sexo, idade, invalidez, responsabilidades familiares ou nível social ou cultural, são geralmente reconhecidas como requerendo proteção ou assistência especial, não devem ser consideradas discriminatórias.

Alguns pesquisadores asseveram que o Decreto lei 5442/43 (CLT) ao criar cota mínima de dois terços para empregados brasileiros em empresas individuais ou coletivas, teria sido a primeira forma de ação afirmativa em nossa República¹⁷⁰. Na realidade é difícil precisar qual teria sido pioneira política de inclusão no Brasil. Teixeira, em obra já citada, nos trás um fato bem expressivo sobre essa questão. Segundo ela, por volta do início dos anos 20 a Guarda Civil de São Paulo não admitia a entrada de negros. Isso fez com que a Frente Negra fizesse uma reclamação a Getúlio Vargas. O presidente, então, determinou o imediato recrutamento de 200 negros para compor a guarda e a partir daí cerca de 500 negros ingressaram naquela corporação, sendo que um deles ocupou o posto de coronel.

Hodiernamente existem diversas normas de ações afirmativas pelo ordenamento jurídico¹⁷¹. As Mulheres (artigo 7º XX) e as pessoas com deficiência (artigo, 37, VIII) foram especificamente contempladas pelo constituinte. Como a questão afeta a esses

¹⁷⁰ Nesse sentido vide Silva (2003:70).

¹⁷¹ Ressalte-se também a lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968 (Lei do Boi). Essa lei reservava vagas dos estabelecimentos de ensino médio agrícola e das escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União aos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras.

grupos de minorias não causa tanta repercussão no Judiciário, deixaremos de nos deter sobre sua análise, pois, fugiria em muito aos objetivos desse trabalho¹⁷².

Seguindo a linha das demais Convenções da ONU, aquela norma também define o que venha a ser discriminação nas relações de trabalho, afirmando o duplo sentido do direito da antidiscriminação, qual seja, coibir distinções injustas e promover políticas de promoção dos grupos historicamente excluídos¹⁷³.

Outra forma de ação afirmativa que vem ganhando destaque jurídico é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Trata-se de um sistema normativo mais genérico acerca do tema. Por seus artigos, como ocorre na Convenção anterior, também determina aos Estados membros adotarem medidas para combater a discriminação direta e ao mesmo tempo construírem medidas para reduzir as desigualdades raciais. Diz a referida Convenção na Parte 1, artigo primeiro, 4 :

Não serão consideradas discriminações raciais as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Essas Convenções são normas que vinculam os Estados assinantes¹⁷⁴. Geralmente elas nascem de conferências internacionais e adentram o ordenamento jurídico através do artigo 5º §2º e 3º da Constituição da República. Grande debate existe acerca do status normativo de um tratado internacional. Se ele integra o ordenamento como lei ordinária, supra ordinária ou norma constitucional. Esse debate não importa aqui, pois, buscamos aferir como o Judiciário interpreta as políticas afirmativas e não a sua posição hierárquica

¹⁷² O mesmo raciocínio temos em relação ao artigo 37, VIII da CR5º 373-A também da CLT, que trata da adoção de políticas para corrigir distorções entre homens e mulheres no mercado de trabalho, a lei 8213/90, que no artigo 5º, § 2 adota o sistema de cotas para pessoas com deficiência no serviço público federal, dentre outros.

¹⁷³ Conforme estabelece o artigo 1º: “Para os fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende toda distinção, exclusão ou preferência (...) que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; fundada em: raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social”.

¹⁷⁴ Segundo o Programa Nacional de Direitos Humanos: “o Brasil (ao criar o PNDH) se tornou um dos primeiros países do mundo a cumprir recomendação específica da Conferência Mundial de Direitos Humanos, atribuindo ineditamente aos direitos humanos o status de política pública governamental”.

no ordenamento¹⁷⁵. Contudo, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que as normas provenientes de Tratados e Convenções de Direitos Humanos, não aprovados com o quorum qualificado previsto no art. 5º, 3º, da Constituição, possuem status supra legal¹⁷⁶.

Atentemos para o fato de que, desde a ditadura militar, o Brasil vinha solenemente assinando as Convenções e se comprometendo a adotar políticas afirmativas para negros, no entanto, como se observa, foram necessários mais de 30 anos até que os mandamentos contidos naquelas legislações começassem a ser adotadas. Como afirmamos, somente a partir do ano de 2001, sobretudo, por conta do ativismo do Movimento Negro na Conferência de Durban na África do Sul, o País começou a adotar políticas de inclusão racial para promoção da cidadania dos afro-brasileiros. Durante todo esse período tais normas não passaram de mandamentos estéreis, desprovidas de qualquer efetividade devido à influência da democracia racial que fez letra morta uma legislação tão significativa.

Contudo, hodiernamente esses postulados advindos do direito internacional vêm sendo utilizados para embasar a constitucionalidade das políticas afirmativas, sobretudo, as políticas de cotas no ensino superior. Em algumas decisões judiciais relativas ao sistema de cotas, magistrados têm citado estas Convenções para fundamentar suas decisões¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Tradicionalmente a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferia a essas normas estatura de leis ordinárias, apesar do que estabelecia o §2º do referido artigo. Contudo, a emenda constitucional 45 instituiu um §3 no artigo 5º determinando que fossem equivalentes às normas constitucionais os tratados e convenções aprovados pelo Congresso em dois turnos de cada Casa por maioria de 2/3. A partir de então alguns autores defendem que todos os tratados ratificados antes da referida emenda deveriam ser novamente aprovados por maioria de 2/3 para terem status de normas constitucionais. Outros autores entendem que tratados e convenções pré-existentes à referida emenda já tinham status de normas constitucionais por força do §2º. Vide Piovesan (2006) e Sarmento (2006).

¹⁷⁶ Esta decisão ocorreu em 03.12.08 no Recurso Especial 466.343-SP e no Habeas Corpus 87.585-TO.

¹⁷⁷ Num trecho de sua decisão, assim asseverou a Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria na Apelação Cível nº 2008.71.00.002228-0/RS: (...) 4. TRATADOS INTERNACIONAIS. Reconhecimento pelo Brasil da competência do Comitê Internacional para eliminação da discriminação racial. Internalização da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. Recepção dos tratados internacionais anteriores à EC 45/2002, com status supralegal ou de materialmente constitucionais, jurisprudência ainda não definida no STF, mas a indicar a possibilidade de constituírem "bloco de constitucionalidade", a ampliar núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade (...).

4.3 – Ações afirmativas oriundas do direito pátrio¹⁷⁸

O País vive o limiar de transformações sociais importantes por conta de há sete anos uma lei ter instituído a primeira política pública de ações afirmativas sob a modalidade de sistema de cotas para negros nas universidades estaduais do Rio de Janeiro¹⁷⁹. Para além do significativo conteúdo material (afinal pela primeira vez um grupo de estudantes negros ingressaria de forma compulsória no ensino superior, mormente nas faculdades mais elitistas como Direito, Medicina, Engenharia, etc.) no plano simbólico também se vivenciou algo novo, pois, a referida lei tornaria mais democrático o acesso às universidades por meio de uma política pública racialista, fator que de modo insofismável poria em cheque a longa hegemonia da convencionalmente chamada democracia racial brasileira.

O primeiro sistema de cotas sofreu muitos entraves em sua implementação¹⁸⁰. Sob o ponto de vista institucional, inicialmente, houve resistência das universidades envolvidas. Além de não haver consenso sobre a necessidade desse tipo de política para democratizar seu acesso, as universidades tiveram uma participação diminuta no processo de elaboração das leis e sentiam-se violadas em sua autonomia. Por outro lado, o sistema era tecnicamente ruim, estabelecia percentuais de cotas muito elevados, era truncado na redação normativa e causava anarquia semântica, sendo confuso ao empregar equivocadamente expressões como “negros e pardos”.¹⁸¹

¹⁷⁸ Por conta do objeto daremos ênfase às ações afirmativas instituídas no ensino superior e nas que foram desenvolvidas pelo Governo Federal noutras áreas. As normas apontadas aqui não exaurem outras normas criadas em diversos Estados e Municípios do Brasil. A rigor as primeiras iniciativas para instituir as políticas afirmativas datam do Governo Fernando Henrique Cardoso, mormente pelo impulso dado com a criação, em 1996, do Grupo de Trabalho Interministerial (instituído para discutir, elaborar e implementar projetos de valorização e elevação dos padrões de vida dos afro-brasileiros) e pela participação da delegação brasileira na Conferência Mundial Contra o Racismo Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Ignorância realizada em Durban na África do Sul em setembro de 2001 (evento tido por muitos pesquisadores como principal ensejador das ações afirmativas entre nós).

¹⁷⁹ Outros Órgãos governamentais adotaram sistemas similares até que este tipo de medida fosse adotado por uma universidade. Não iremos nos deter em sua análise, pois, como afirmamos, nos interessa investigar as normas de ações afirmativas que estão causando tensão no Poder Judiciário.

¹⁸⁰ O primeiro sistema de cotas era composto por três leis. A lei 3534/00 estabelecia cotas de 50% para estudantes oriundos da escola pública a lei 3708/01 que destinou 40% das vagas para estudantes negros e pardos (sic) e a lei 4.061/03 que destinava 10% das vagas para pessoas com deficiência. Primeiro se deveria preencher a cota de 50% da escola pública depois observar qual o percentual de negros havia dentre esses alunos. O problema ocorreu porque em alguns cursos, dentre os alunos da escola pública não havia negros. Isso determinava que a universidade deveria buscar preencher a cota de 40% com alunos oriundos das escolas privadas. Esse fato em alguns casos gerou uma sobreposição das cotas que em alguns cursos, como Comunicação Social, chegou a um percentual maior do que 60%.

¹⁸¹ Como já mencionamos, de acordo com o IBGE a expressão negro designa os pretos e os pardos.

Esses fatos potencializaram em muito a reação dos opositores ao primeiro sistema de cotas raciais e levaram a sua revogação pela lei 4151/03 que, aprimorou o sistema vigorando por cinco anos. Essa lei recentemente também foi revisada pela lei nº 5.346 de 11 de dezembro de 2008.¹⁸²

O Rio de Janeiro é uma verdadeira “caixa de ressonância nacional” e o fato da ação afirmativa no ensino superior ter sido instituída primeiramente nesse Estado foi algo significativo e paradigmático para impulsionar outras experiências no País. Da instituição do primeiro sistema cotas para cá o que se tem visto é uma profusão das ações afirmativas como formas de democratizar o acesso às universidades. Para se ter uma idéia dessa afirmação, constatamos que logo depois da implementação das cotas raciais na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade do Norte Fluminense em 2001 (UENF), o sistema de cotas foi adotado, no ano seguinte, pela Universidade Estadual da Bahia (Uneb) com percentual de 40% de suas vagas para estudantes negros e pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS) que aprovou cotas de 20% para negros e 10% para indígenas. Em 2003 o sistema de cotas foi adotado pela Universidade de Brasília (UNB), primeira instituição federal a criar uma política dessa natureza, com percentual de 20% para estudantes negros e pela Universidade de Alagoas (UFAL) que adotou cotas de 20% para estudantes negros.¹⁸³ No ano seguinte adotaram cotas para negros com percentuais diferenciados a Universidade Federal da Bahia (UFBA) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR)¹⁸⁴.

Esse processo ainda está em curso no ensino superior. Até hoje, dentre as duzentas e vinte e quatro instituições públicas de ensino superior, oitenta e quatro promovem algum tipo de ação afirmativa, boa parte não adota o corte racial, diversas instituições já iniciaram os debates sobre qual será a sua forma de inclusão.

No ensino superior privado as políticas afirmativas se desenvolvem pelo Programa Universidade para Todos – ProUni (Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005) do qual falaremos mais adiante.

¹⁸² O anti- projeto que deu origem a esta lei, bem como a lei anterior, derivou do trabalho de uma comissão mista que continha a participação de representantes do Movimento Negro, do Governo do Estado e das Universidades. O mesmo foi encaminhado ao Governo que o enviou como projeto de lei para a aprovação da Assembléia Legislativa.

¹⁸³ Ressalte-se que deste percentual 60% é destinado às mulheres negras. A UFAL é a única instituição com essa característica.

¹⁸⁴ Para ter mais detalhe o número de cada lei e resolução que instituem ações afirmativas nas universidades vide “O mapa das ações afirmativas no ensino superior”. Disponível em www.politicadocor.net. Consultado em 20.05.2009.

Além das políticas de inclusão no ensino superior, podemos destacar também a Portaria n. 202 de 4 de setembro de 2001 do Ministério de Estado do Desenvolvimento Agrário, a rigor, foi a primeira política de cotas para negros no Brasil. Ela instituiu cotas de 20% para negros nos cargos de direção do Ministério. A portaria determinou ainda que o referido percentual fosse elevado até chegar a 30% no ano de 2003. Outros Órgãos governamentais adotaram sistemas similares. A portaria 1156/01 do Ministério da Justiça criou 20% de cotas para afro-descendentes, o Decreto 3921/01 regulamentou a identificação para o reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras remanescentes de Quilombos, o Protocolo de Cooperação sobre Ação Afirmativa no Instituto Rio Branco (2002), que passou a fornecer bolsas prêmio de vocação na diplomacia para afro-descendentes. Destaque-se também, a Portaria n. 484/02 na qual o Ministério da Cultura estabeleceu cota de 20% para afro-descendentes nos cargos de direção e assessoramento superior DAS e a Lei 10558/02 que instituiu o Programa Diversidade na Universidade com objetivo de promover o acesso de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidas, principalmente, os afro-descendentes e indígenas ao ensino superior.¹⁸⁵ Ressalte-se ainda o decreto 4228 em 13 de maio de 2002 que criou um programa de ações afirmativas na administração pública federal.

Essa profusão das políticas de inclusão racial, é importante destacar, avançou de modo significativo no Governo Lula por conta de ele ter nomeado o primeiro ministro negro para o Supremo Tribunal Federal, ter criado através da Lei nº 10.678/2003 a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (Seppir) e ter instituído, junto ao Ministério da Educação, a Secretaria de Diversidade e Educação (Secad). Além disso, foi instituída a Lei nº 10.639/2003 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”; o Decreto 4.886/2003 que institui a PNPIR (Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial); o Decreto 4.885/03 que cria o Conselho Nacional de Políticas de Igualdade Racial; a Lei 10.678/03 que cria o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR); o Decreto 4.887/03 que trata da regulamentação dos direitos

¹⁸⁵ Esse Programa fornecia apoio financeiro aos pré-vestibulares comunitários. Infelizmente, ele vem sendo esvaziado pelo Governo Lula.

humanos das comunidades negras rurais, remanescentes de quilombos; o Decreto nº 6.261/2007 que dispõe sobre a gestão integrada para o desenvolvimento da Agenda Social Quilombola no âmbito do Programa Brasil Quilombola. Ressalte-se também o Decreto nº 6.872/2009 que aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Planapir).¹⁸⁶

Dois projetos de lei, de grande importância para este debate, ainda tramitam no Legislativo Federal. O Projeto 180/08 (Sistema de cotas nas universidades federais). Esse projeto foi aprovado recentemente na Câmara dos Deputados e agora está sendo debatido no Senado.¹⁸⁷ Ele determina a instituição das políticas de cotas nas universidades federais e nas escolas técnicas federais. O sistema proposto cria uma cota em 50% das vagas para estudantes pobres (1,5 salário mínimo per capita) que tenham cursado o ensino médio na rede pública. Desse percentual, será estabelecida uma “sub-cota” para estudantes negros e indígenas de acordo com a representação proporcional desses grupos no Estado onde a instituição for localizada.

O segundo é o Projeto de Lei 3198/00 que institui o Estatuto da Igualdade Racial. Proposto pelo Senador Paulo Paim com apoio do Movimento Negro. Trata-se de um micro-sistema normativo compilador de normas que buscam reduzir as desigualdades raciais e o combate ao racismo em setores estratégicos como educação, saúde, mercado de trabalho, acesso à justiça, etc. O projeto também propõe a criação de um fundo de promoção da igualdade racial para as políticas públicas que visa instituir. Apesar de toda resistência sofrida, o projeto foi aprovado recentemente na Câmara dos Deputados, mas por conta das diversas alterações que sofreu, voltou para ser aprovado no Senado Federal.¹⁸⁸

Diversas audiências vêm sendo realizadas na Câmara e no Senado com fim de debater e aprimorar essas propostas, contudo, é forte a oposição buscando que elas não sejam aprovadas. O projeto propõe o sistema de cotas nas universidades e escolas

¹⁸⁶ As leis e decretos aqui demonstrados não exaurem outros adotados pelo Governo Federal e demais entidades da Federação. Para se ter uma visão sobre as normas de ação afirmativa adotadas pelo Governo Federal vide o site http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/legislacao/.

¹⁸⁷ Esse projeto tramitou na Câmara dos Deputados com o número 93/99.

¹⁸⁸ A proposta original deste estatuto propunha uma série de medidas inclusivas, mas a disputa e o jogo de barganhas para a sua aprovação na Câmara resultou na retirada de ações importantes como a que previa a instituição do sistema de cotas na mídia. Tal fato gerou e ainda gera diversos protestos por várias entidades do Movimento Negro. Vide o texto publicado por Edson Cardoso “É o racismo idiotas” publicado no Jornal Ihoim. Disponível em www.ihoin.com.br. Consultado em 10.10.2009.

técnicas federais sofre menor resistência por conta do debate sobre inclusão no ensino superior estar mais adiantado.

Como visto, o direito antidiscriminação indireta, através das ações afirmativas, possui um marco legal bastante diversificado. Ele vem sendo construído por um conjunto de leis, decretos, resoluções, convênios, etc., e se desenvolve não somente no ensino superior, mas também noutras esferas como nas empresas privadas (para promover a diversidade), e no serviço público em alguns entes da federação, seja em relação às vagas do concurso ou às vagas dos cargos de livre nomeação.¹⁸⁹

Pesquisas realizadas pelo Laboratório de Políticas Públicas da UERJ¹⁹⁰ também demonstram a existência de diferentes modalidades de ações afirmativas sendo adotadas em diversos órgãos,¹⁹¹ contudo, esse processo de inclusão racial sofre grande reação no ensino superior, não só porque muitas universidades ainda se opõem a tais medidas¹⁹², mas também por conta das inúmeras ações judiciais contra as instituições que adotaram políticas de inclusão. Por outro lado, constata-se que mesmo existindo modalidades diferentes de medidas de inclusão, são as políticas de cotas raciais nas universidades que ensejam o maior número de demandas jurídicas. Passemos a descrever a tipologia dessas normas a fim compreender porque ocorre tanta oposição a esse sistema na Justiça.

4.3.1 – Tipologia das ações afirmativas no ensino superior¹⁹³

Um breve panorama sobre as ações afirmativas no ensino superior revela que as mesmas são adotadas nas instituições públicas e privadas. Dentre as duzentas e vinte e quatro instituições públicas, oitenta e quatro promovem algum tipo de medida de inclusão. De modo geral, as universidades têm adotado majoritariamente o sistema de

¹⁸⁹ Alguns bancos privados, por conta da pressão exercida pelo Movimento Negro e Ministério Público do Trabalho, começaram a adotar programas de diversidade em seus quadros. O Estado do Paraná adotou uma lei de cotas para negros nos concursos públicos, no mesmo sentido os Municípios de Queimados (RJ), Contagem (MG) e a Cidade de Vitória (ES).

¹⁹⁰ Vide O mapa das ações afirmativas no ensino superior. Disponível em www.politicasdacor.net. Consultado em 20.05.2009.

¹⁹¹ Como o sistema de cotas nos cargos de livre nomeação e livre exoneração do Governo Federal, o programa de apoio aos pré-vestibulares comunitários, bolsas de estudo para concorrer à carreira diplomática, dentre outros.

¹⁹² Vide os casos da UFRJ, UFC e USP que se opõem veementemente às políticas de cotas, especialmente para negros.

¹⁹³ Os dados aqui apresentados provêm da pesquisa desenvolvida junto ao Laboratório de Políticas Públicas da UERJ e que faz o detalhamento das ações afirmativas nas instituições públicas de ensino. Disponível em www.politicasdacor.net. Consultado em 15.02.2009.

cotas. Há uma significativa variação quanto aos percentuais reservados e sujeitos de direitos que estão sendo promovidos pelas políticas. Excetuam-se desse modelo a Universidade de Campinas (Unicamp), a Universidade de São Paulo (USP), a Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP) a Faculdade de Tecnologia de São Paulo (FATEC), a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e a Universidade Federal Fluminense (UFF). Essas instituições adotam sistema de acréscimo de pontos às notas dos alunos.

Em relação às instituições privadas de ensino superior, as ações afirmativas, como já dissemos, se desenvolvem de maneira uniforme por conta do Programa Universidade para Todos (ProUni) que tem promovido um significativo ingresso de alunos devido à grande adesão das instituições e também ao grande número de vagas oferecidas nestas universidades. Este Programa, ressalte-se, permite a concessão de bolsas integrais e parciais a estudantes de baixa renda desde que sejam negros, indígenas ou tenham feito o ensino médio em escolas públicas¹⁹⁴. No primeiro ano ele ofereceu 112 mil bolsas. Nos próximos quatro anos este Programa oferecerá 400 mil novas bolsas. O programa recebeu a adesão progressiva de centenas de instituições de ensino superior privadas em todo o país. Além da bolsa que isenta total ou parcialmente o pagamento da mensalidade, os estudantes também podem concorrer a bolsas de permanência no valor de R\$300,00 (trezentos reais mensais), oferecidas em número variável a cada semestre e distribuídas segundo critérios de renda familiar per capita, dentre outros¹⁹⁵.

O ProUni oferece um grande quantitativo de bolsas de estudo mediante isenção de impostos que as universidades recebem do Governo Federal¹⁹⁶. Ao regular o sistema de bolsas nas universidades privadas, determinou adoção do sistema de cotas para negros, indígenas e estudantes de escola pública por todas as instituições que aderirem a esse Programa.

Segundo dados do MEC, o ProUni atendeu, desde sua criação até o processo seletivo do segundo semestre de 2008, cerca de 430 mil estudantes, sendo 70% desses

¹⁹⁴A quantidade de bolsas oferecidas aos estudantes negros corresponde ao percentual desse grupo junto à população do Estado onde a instituição universitária se localiza.

¹⁹⁵Vide www.mec.gov.br. Consultado em 20.05.2009.

com bolsas integrais¹⁹⁷. Como visto, ele produz grande impacto inclusivo, pois, cerca de 70% das vagas do ensino superior pertencerem à rede privada no Brasil. De 1995 a 2004, antes desse Programa, a média do crescimento de matrículas nesse setor era de 6,9% ao ano. Após o ProUni essa média aumentou para 8,4 (já em 2005) e continuou a crescer nos anos seguintes. Isso denota que o Programa, embora tenha caráter inclusivo, tende a fortalecer a presença do setor privado no ensino superior (GOMES, 2008).

Com efeito, as análises sobre as normas de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior podem ser feitas de várias formas: a primeira delas leva em consideração o processo de inclusão, seja em relação à natureza das universidades envolvidas, seja em relação ao tipo de ação afirmativa adotada, à meta de inclusão estabelecida, o grupo social promovido, o quantitativo de alunos que estão ingressando por estas políticas, os programas de permanência oferecidos, em suma, busca-se estudar os impactos quantitativos e/ou qualitativos gerados pela adoção de um sistema excepcional de acesso à universidade.

Aprofundando mais essa observação, constatamos que quanto ao órgão criador, as políticas de inclusão podem ser instituídas interna ou externamente. Externamente quando uma lei estadual ou municipal determina que a instituição adote a ação afirmativa¹⁹⁸. Internamente elas são criadas através de uma resolução do respectivo conselho universitário (caso em que a universidade, no uso de sua autonomia, decide sobre a política)¹⁹⁹. Quanto ao grupo promovido, tendo este critério a ver com os sujeitos de direito da ação afirmativa e as suas formas de identificação, as políticas de inclusão podem ser adotadas para candidatos negros, indígenas, pessoas com deficiência, alunos da rede pública, hipossuficientes e/ou mulheres negras²⁰⁰. Existem ainda as cotas que contemplam os filhos de militares mortos em razão de serviço no Estado do Rio de Janeiro²⁰¹.

Ressalte-se que as políticas de inclusão visam promover sujeitos que estejam reconhecidamente em situação histórica de desvantagem. Nesse sentido, justifica-se que

¹⁹⁷Disponível em www.mec.gov.br. Consultado em 15.02.2009.

¹⁹⁸ É o caso da UERJ e UENF.

¹⁹⁹ É o caso da UNB, UFBA, UFRGS, dentre outras.

²⁰⁰ É o caso da UERJ, UFSC, UFAL, dentre outras.

²⁰¹Em diversas oportunidades, em seminários que participamos, sustentamos a inconstitucionalidade dessa medida. O grupo promovido não está numa situação de desvantagem histórica que lhe permita ser reconhecido como merecedor de uma política pública de inclusão na educação superior.

estes programas busquem conjugar mais de um critério quanto aos sujeitos promovidos. Dessa forma, muitas universidades contemplam alunos pertencentes a diferentes grupos porque reconhecem estas condições como geradoras de desvantagem. Em virtude disto, algumas instituições fazem uma conjugação, independentemente do grupo étnico-racial ao qual pertença o candidato, levando em consideração seu aspecto sócio-econômico, quer seja pela análise da renda, quer seja pela exigência de que o candidato venha da escola pública. Isto acaba por permitir que estudantes mais pobres cheguem à universidade²⁰². Por isso, entendemos que quanto mais fatores de vulnerabilidade recaíam sobre uma pessoa de um determinado grupo, mais legitimidade tem essa pessoa para ser contemplado com uma política afirmativa. Contudo, este entendimento não é pacífico. Algumas instituições preferiram escolher apenas um fator de vulnerabilidade, como é o caso do UNB ao adotar o sistema de cotas apenas para negros independentemente de serem pobres ou alunos de escolas públicas.

No caso acima, o sistema se torna mais democrático, contudo, a condição econômica dos alunos exige que a universidade adote amplos programas de permanência para permitir aos estudantes o acompanhamento do curso com um bom aproveitamento²⁰³.

Os candidatos para concorrerem ao sistema de ação afirmativa o fazem apresentando uma auto-identificação (trata-se de um termo presente no formulário de inscrição para o vestibular pelo qual o candidato opta em concorrer pelo sistema de cotas referente a determinado grupo)²⁰⁴. Quanto à duração, os programas podem ser por tempo determinado ou indeterminado, geralmente, obedecendo a uma meta de inclusão específica²⁰⁵. Quanto à forma, os programas de inclusão podem se desenvolver através do sistema de cotas, sistema de bonificação por pontos ou reserva de vagas²⁰⁶.

As políticas de inclusão, podem ainda ter suas vagas distribuídas de forma imediata (caso em que todas as vagas do programa de ação afirmativa são imediatamente destinadas a este fim) ou de forma diferida no tempo (neste caso, as vagas do sistema de

²⁰² Neste sentido o sistema da UERJ e UENF.

²⁰³ Estudos feitos pelo LPP/UERJ revelam que são poucas universidades que possuem um amplo programa de permanência. As ações afirmativas vêm sendo adotados sem programas de assistência estudantil, ou bolsas de iniciação científica para desenvolverem todo o rico potencial que possuem os estudantes.

²⁰⁴ É o caso da UERJ, UENF, UNEB e UFBA.

²⁰⁵ Neste sentido, os sistemas da UNB e Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR).

²⁰⁶ É o caso do sistema adotado UERJ, UNICAMP e UFBA, respectivamente.

inclusão são distribuídas de forma intercaladas por dois, três ou mais vestibulares até atingir ao total de vagas destinadas ao programa)²⁰⁷.

4.4 – A reação institucional às ações afirmativas

O Processo de adoção das políticas afirmativas, sobretudo, do sistema de cotas raciais, ensejou uma reação sem precedentes por parte de seus opositores. Assistimos ao longo desses anos um verdadeiro “tsunami” de argumentos contrários às políticas de inclusão marcadamente polarizados em quatro arenas conflito, quais sejam: opinião pública, academia, Poder Legislativo e Judiciário.

Na “opinião pública” levantaram-se contra as ações afirmativas os mais poderosos meios de comunicação. Dezenas de artigos, pondo em cheque a legitimidade das cotas, vêm sendo publicados cotidianamente. Reportagens, entrevistas, estatísticas e demais dados saltaram dos jornais e revistas televisivas, eletrônicas ou impressas querendo fazer crer, ainda que sem base em qualquer dado científico – mesmo quando a argumentação partia de acadêmicos respeitáveis – que as políticas afirmativas para negros eram, em si, um mal. Segundo os que seguem essa tese, as cotas, ao levarem a raça como critério para promover direitos, estariam criando “divisões perigosas” que cindiriam o país racialmente, além de beneficiarem os negros em detrimento dos brancos. Nessa linha, um grupo de intelectuais e ativistas se auto-proclamaram “113 cidadãos anti-raciais” e entregaram para os chefes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário dois manifestos contra as ações afirmativas causando grande repercussão pública²⁰⁸.

Entre os acadêmicos, o movimento reativo ao processo de inclusão sustentou que as cotas feririam o princípio da igualdade e do mérito no ingresso, disseram que as mesmas fariam cair “o nível” das universidades, afirmaram que a inclusão deveria ser dos pobres e não dos negros, apostaram que as cotas gerariam tensões raciais entre os discentes e causariam estigma nos alunos advindos desse sistema.

²⁰⁷ É o que propõe projeto de lei 180/08 no Congresso Nacional e é o caso do sistema de cotas na UFSCAR.

²⁰⁸ Os Manifestos foram entregues nos anos de 2007 e 2008. Ambos contaram com a assinatura de intelectuais, artistas e várias personalidades. Ressalte-se que, houve um movimento em defesa das cotas. Em resposta também entregou dois Manifestos às autoridades referidas.

No Congresso Nacional a tensão em torno da adoção ou não de ações afirmativas para negros se desenvolve através dos embates pela aprovação de leis que irão ampliar de modo significativo a obrigatoriedade dessas medidas em setores como saúde, educação e mercado de trabalho. A resistência à aprovação do sistema de cotas nas universidades federais e ao Estatuto da Igualdade Racial vem capitaneando as lideranças articuladas contra essas políticas.

Uma recente pesquisa feita pelo Programa Políticas da Cor da UERJ revelou que, em nove anos, foram propostos mais de quarenta e nove projetos visando estabelecer ações afirmativas em diversas áreas²⁰⁹. Podemos destacar que a maioria relaciona-se com

²⁰⁹ Estes são os projetos: PL-73/1999. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e dá outras providências. Reservando cinquenta por cento de suas vagas para serem preenchidas mediante seleção de alunos nos cursos de ensino médio, PL-1866/1999 Ementa: Dispõe sobre medidas de ação compensatória para a implementação do princípio da isonomia social do negro, PL-1643/1999 Ementa: Estabelece reserva de vagas nas universidades públicas para alunos egressos da rede pública de ensino, PL-1447/1999. Ementa: Dá nova redação ao art. 53 da Lei nº 9.394, de 24 de dezembro de 1996, estabelecendo reserva de 40% das vagas nas faculdades públicas, para alunos oriundos de cursos médios, ministrados por escolas públicas, PL-2069/1999. Ementa: Dispõe sobre reserva de vagas nas instituições de ensino superior públicas para alunos egressos de escolas públicas, PL-2486/2000 Ementa: Dispõe sobre reservas das vagas nas universidades públicas para alunos da rede pública de ensino, PL-2772/2000 Ementa: Determina percentual de vagas nas Universidades Públicas Federais para alunos oriundos das escolas da rede de ensino médio estadual e municipal, PL-3004/2000 Ementa: Garante à população negra direitos, na tentativa de reparar os danos causados pela escravidão, PL-5293/2001 Ementa: Estabelece meios de incentivo ao acesso de estudantes afro-brasileiros na educação infantil, no ensino fundamental e médio ministrados por escolas da rede pública, PL-4620/2001 Ementa: Dispõe sobre a reserva de vagas nas Universidades Públicas do País, para estudantes trabalhadores e dá outras providências, PL-4784/2001 Ementa: Dispõe sobre a obrigatoriedade da reserva de cinquenta por cento das vagas nas instituições públicas de ensino superior para estudantes que tenham cursado os últimos quatro anos do ensino básico em escolas públicas, PL-5062/2001 Ementa: Dispõe sobre a reserva de vagas nas universidades públicas para alunos egressos da rede pública de ensino, PL-5325/2001 Ementa: Cria condições para a instalação do regime de cotas sociais pelas universidades públicas. Destinando percentagem de vaga da universidade pública a estudante negro ou afro-descendente, PL-1620/2003 Ementa: Dispõe sobre os critérios de seleção e admissão em universidades públicas federais e dá outras providências, PL-1883/2003 Ementa: Dispõe sobre critérios para ingresso em estabelecimentos federais de ensino médio e superior de pessoas portadoras de necessidades especiais, PL-2923/2004 Ementa: Dispõe sobre a dispensa de vestibular nas universidades públicas federais para maiores de sessenta anos de idade, PL-3004/2004 Ementa: Dispõe sobre a destinação de vagas nas universidades públicas aos alunos das escolas públicas, PL-3153/2004 Ementa: Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para instituir quota nas instituições federais de educação superior para estudantes oriundos da rede pública de ensino médio, PL-3472/2004 Ementa: Dispõe sobre a reserva de vagas para estudantes portadores de deficiência física, nas instituições públicas de ensino superior, PL-3627/2004 Ementa: Institui Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências, PL-3481/2004 Ementa: Dispõe sobre destinação de vagas em cursos de nível superior para candidatos com afinidade rural, PL-3571/2004 Ementa: Inclui o inciso XI no artigo 5º, estabelecendo cotas nas Universidades Públicas e altera a redação do parágrafo único do artigo 56 da Lei nº 9.394, de 1996 e dá outras providências, PL-5427/2005 Ementa: Institui cota para estudantes da rede pública nas Universidades Públicas e dá outras providências, PL-5475/2005. Ementa: Dispõe sobre o acesso aos cursos superiores de graduação das instituições públicas federais de educação superior, PL-6036/2005. Ementa: "Institui a reserva de 50% das vagas existentes nas universidades públicas aos alunos oriundos da rede pública de ensino fundamental e médio, PL-5293/2001 Ementa: Garante à população negra direitos, na tentativa de reparar os danos causados pela escravidão, PL-5338/2001 Ementa: Dispõe sobre a reserva de vagas para estudantes carentes em instituições públicas federais de educação superior, PL-5740/2001 Ementa: Dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos públicos de educação, PL-5783/2001 Ementa: Dispõe sobre o acesso a Universidades Públicas. Exigindo documento comprobatório de renda familiar no ato da inscrição do vestibular das universidades públicas, destinando metade das vagas aos alunos cuja renda familiar seja inferior a 10 (dez) salários mínimos, PL-5830/2001 Ementa: Dispõe sobre a destinação de parte das vagas nas instituições públicas e privadas aos alunos carentes oriundos de escolas públicas, PL-5870/2001 Ementa: Assegura que 50% das vagas nas Universidades

cotas nas universidades federais, outros projetos propõem a criação de um fundo para promoção da igualdade racial e a instituição de ações afirmativas no mercado de trabalho²¹⁰.

Na arena judicial trava-se um dos debates mais fortes sobre as ações afirmativas (seja por partes de alunos diretamente envolvidos com a adoção das medidas, seja por conta de grupos intelectuais que divulgam opiniões buscando influenciar negativamente nas decisões das cortes de justiça)²¹¹. Nela está em jogo a luta pela legitimidade jurídica das políticas de cotas raciais. Objetiva-se, saber se elas se coadunam, por exemplo, com o princípio da igualdade, da proporcionalidade, do mérito, se dão azo a fraude e se irão fomentar divisões, ódios raciais, etc.,²¹². Passemos a destacar, em síntese, os argumentos mais utilizados contra as políticas de cotas.

4.4.1 – Argumentos contra e a favor das ações afirmativas

Podemos sintetizar os argumentos reativos às ações afirmativas para negros na fala de dois dos principais expoentes contra essas políticas de inclusão. Para a antropóloga Ivone Maggie:

O Brasil ao longo do século XX lutou desesperadamente para extinguir a marca que o racismo do século XIX imprimiu sobre o nosso povo. Foi o modernismo que com todas as suas imperfeições lutou pela instituição de um outro paradigma no qual a "raça" não marcava indelevelmente os indivíduos. Mas o processo de implantação da reserva de vagas para negros nas universidades públicas culminou com o que foi instituído na UnB, colocando a nu aquilo que

Públicas sejam destinadas para alunos carentes, PL-6399/2002 Ementa: Reserva 15% das vagas nos cursos de graduação das instituições de ensino superior para população afro-descendente, PL-6213/2002. Ementa: Dispõe sobre a reserva de vagas para vestibulandos negros nas universidades públicas, PL-615/2003. Ementa: Dispõe sobre a obrigatoriedade de vagas para índios que forem classificados em processo seletivo, sem prejuízo das vagas abertas para os demais alunos, PL-165/2003. Ementa: Dispõe sobre a reserva de vagas nas Universidades Públicas do País, para estudantes carentes e dá outras providências, PL-373/2003. Ementa: Institui cotas para idosos nas instituições públicas de educação superior, PL-1141/2003. Ementa: Estabelece reserva de vagas, por cursos, nas Universidades Públicas Federais para alunos egressos da Rede Pública de Ensino e dá outras providências, PL-1188/2003 Ementa: Dispõe sobre o acesso às instituições públicas de ensino superior, PL-1202/2003 Ementa: Estabelece critério de proporcionalidade para a oferta e preenchimento de vagas nas Instituições Públicas de Ensino Superior, de acordo com a procedência dos inscritos nos processos seletivos, PL-1313/2003. Ementa: Institui o Sistema de cota para a população indígena nas Instituições de Ensino Superior, PL-1335/2003. Ementa: Institui a repartição de vagas nas Universidades e Faculdades Públicas Federais, reservando 50% das vagas para os alunos egressos de escola pública

²¹⁰ www.politicasdacor.net. Consultado em 20.05.2009.

²¹¹ Em audiência com o Desembargador relator no processo das cotas no Órgão Especial do Tribunal do Rio de Janeiro. Advogados e ativistas do Movimento Negro foram informados pelo juiz que a sua decisão contrária às políticas de cotas estava baseada em artigos publicados no jornal O Globo.

²¹² Voltaremos mais especificamente a este assunto no próximo capítulo.

antes estava como oculto no mar de boas intenções que acompanha qualquer política pública cujo objetivo é diminuir iniquidades”²¹³.

No mesmo sentido que a citada pesquisadora, se coloca o antropólogo Peter Fry ao sustentar que:

As desigualdades entre as pessoas que se declaram “pardas”, “pretas”, “brancas”, “indígenas” e “amarelas” perante o IBGE são chocantes. Concordo. E a discriminação tem muito a ver com a reprodução destas desigualdades. Para acabar com a discriminação racial é preciso combater a crença em raças, a crença de que as aparências revelam qualidades ou defeitos morais, intelectuais etc. Ações afirmativas têm o efeito contrário, o de dividir a população em “raças”, o que consolida a crença em raças”²¹⁴.

No quadro abaixo podemos fazer um apanhado dos argumentos mais utilizados contra e favor às políticas afirmativas na modalidade de cotas raciais no Brasil.²¹⁵

Contra	A favor
<p>1- as cotas ferem o princípio da igualdade do qual se extrai que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.</p> <p>2- as cotas subvertem o princípio do mérito acadêmico, requisito a ser contemplado para o acesso à universidade.</p>	<p>O princípio constitucional da igualdade, contido no art. 5º refere-se a igualdade formal, mas ele não exaure o ideal de igualdade que também se relaciona à igualdade material e assim busca reduzir as desigualdades como manda o art. 3º da mesma Constituição.</p> <p>O vestibular não representa o “mérito acadêmico”. Não é uma prova equânime que classifica os alunos segundo sua inteligência. Seu resultado também se relaciona com a profunda desigualdade social existente.</p>

²¹³ In: Políticas de cotas e o vestibular da UnB ou a marca que cria sociedades divididas. Disponível em www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a29v1123.pdf. Consultado em 20.05.2009.

²¹⁴ In: Peter Fry e Antônio Sérgio Guimarães falam sobre ações afirmativas. Disponível em

www.acaoeducativa.org.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=633. Consultado em 25.05.2009.

²¹⁵ Este quadro foi feito com base no texto 10 Mitos sobre as cotas, que foi elaborado por Gentili e Ferreira (2006). Disponível em www.politicasdacor.net. Consultado em 11.06.2009.

3- as cotas são apenas um paliativo Em se tratando de políticas públicas desnecessário, o verdadeiro problema deve democráticas, os avanços devem ser ser enfrentado com a melhoria do ensino buscados de forma simultânea, pois, eles se público. complementam e não se contrapõem.

4- as cotas baixam o nível acadêmico das Estudos feitos pelas universidades que nossas universidades. adotaram o sistema de cotas (Uneb, UNB, UFBA e UERJ) vêm demonstrando que não houve perda da qualidade do ensino, pois, não existem diferenças significativas entre o desempenho acadêmico dos cotistas e dos não cotistas²¹⁶.

5- a sociedade brasileira é contra as cotas. Pesquisas de opinião, como a que fez o Instituto Data Folha em 2007, mostram que há uma progressiva adesão às políticas de cotas²¹⁷. Além disso, a maioria das universidades que adotaram esse sistema o fez por decisão democrática de seu conselho²¹⁸.

6- as cotas são inexecutáveis, políticas A grande miscigenação existente no Brasil públicas não podem adotar critérios raciais não impede que práticas racistas, ou étnicos, pois, devido ao alto grau de conscientes ou inconscientes, continuem a miscigenação da sociedade brasileira, não influenciar nas desigualdades sociais. Do mesmo modo, a miscigenação não pode se pode distinguir quem é negro ou branco

²¹⁶ Neste sentido veja Brandão (2007), Arruda (2007).

²¹⁷ Sobre esse assunto veja-se o excelente texto produzido pela pesquisadora Wania Sant'anna "Para além da primeira página". O texto revela que a pesquisa do referido Instituto aponta que 65% dos brasileiros é favorável às políticas de cotas, contudo tal fato fora escondido do grande público pelos Órgãos que encomendaram a pesquisa: O Jornal Folha de São Paulo e o Jornal Nacional. Disponível em http://ouvidoria.petrobras.com.br/objects%2Ffiles%2F2006-08%2F455_artigo_wania.pdf. Consultado em 20.06.2009.

²¹⁸ É o caso da UNB, UFBA, UFPR, UFRS, UFSC, dentre outras.

no país.

justificar a não adoção das ações afirmativas²¹⁹.

7- as cotas vão favorecer aos negros e discriminar ainda mais aos brancos pobres. A questão não é a raça, mas sim a pobreza.

Os negros pobres têm menos oportunidades que os brancos pobres. Os critérios sociais, raciais e étnicos estão sendo conjugados por boa parte das instituições que adotam essas medidas. Não há antagonismo entre as políticas de inclusão.

8- as cotas vão acirrar o racismo em nossa sociedade.

Dizer que as cotas vão acirrar o racismo é tão equivocado quanto dizer que quem é contra as cotas é racista. As cotas não criam o racismo. Ele já existe. As cotas ajudam a colocar em debate sua perversa presença, funcionando como uma efetiva medida anti-racista.

9- as cotas são inúteis porque o problema não é o acesso mas sim a permanência dos estudantes nas universidades.

As cotas e as políticas de permanência integram o conjunto de políticas para a democratização do ensino superior. Não se trata de fazer uma ou outra, mas sim ambas.

10- as cotas estigmatizam os próprios negros dando a impressão de que eles são incapazes não merecedores do lugar que ocupam nas universidades.

As políticas de inclusão fomentam positivamente a consciência acerca da opressão contra grupos excluídos. Isso promove um reconhecimento mais adequado sendo motivo de orgulho para elevar a auto-estima dos estudantes.

²¹⁹ Este ponto exige uma digressão maior e será desenvolvido adiante.

Ressalte-se que os argumentos aqui destacados são apenas exemplificativos e não exaurem outras opiniões sobre o tema. Observamos que eles têm aparecido, em conjunto ou separadamente, em diversos textos e eventos mesmo antes da adoção do primeiro sistema de cotas. Embora sejam amplas as possibilidades das políticas de inclusão, o desenvolvimento do debate concentra-se na legitimidade ou não das cotas raciais. Os sistemas de inclusão adotados em instituições como UNICAMP, FAMERP e FATEC de São Paulo não causam repercussão neste debate, até pela fração diminuta de negros que entram por essas políticas.

O professor titular de antropologia da USP, Kabengele Munanga (2009) coloca com muita propriedade a síntese do debate dos contrários e favoráveis às políticas de cotas:

(...) Este debate se resume a duas abordagens dualistas. A primeira compreende todos aqueles que se inscrevem na ótica essencialista, segundo a qual a humanidade é uma natureza ou uma essência e como tal possui uma identidade genérica que faz de todo ser humano um animal racional diferente dos demais animais. Eles afirmam que existe uma natureza comum a todos os seres humanos em virtude da qual todos têm os mesmos direitos, independentemente de suas diferenças de idade, sexo, raça, etnias, cultura, religião, etc. Trata-se de uma defesa clara do universalismo ou do humanismo abstrato, concebido como democrático.(...) A segunda abordagem reúne todos aqueles que se inscrevem na postura nominalista ou construcionista, ou seja, os que se contrapõem ao humanismo abstrato e ao universalismo, rejeitando uma única visão do mundo em que não se integram as diferenças. A melhor abordagem seria aquela que combina a aceitação da identidade humana genérica com a aceitação da identidade da diferença. (...) A cegueira para com a cor é uma estratégia falha para se lidar com a luta antirracista, pois não permite a autodefinição dos oprimidos e institui os valores do grupo dominante e, conseqüentemente, ignora a realidade da discriminação cotidiana. A estratégia que obriga a tornar as diferenças salientes em todas as circunstâncias obriga a negar as semelhanças e impõe expectativas restritivas. Se a questão fundamental é como combinar a semelhança com a diferença para podermos viver harmoniosamente, sendo iguais e diferentes, por que não podemos também combinar as políticas universalistas com as políticas diferencialistas? Diante do abismo em matéria de educação superior, entre brancos e negros, brancos e índios, e levando-se em conta outros indicadores socioeconômicos provenientes dos estudos estatísticos do IBGE e do IPEA, os demais índices do Desenvolvimento Humano provenientes dos estudos do PNUD, as políticas de ação afirmativa se impõem com urgência, sem que se abra mão das políticas macrossociais.²²⁰

Como visto, os argumentos contra as ações afirmativas no Brasil decorrem muito ainda da influência do pensamento de Gilberto Freire. Por eles não se dá tanta

²²⁰Vide Manifestação do professor Kabengele Munanga acerca da matéria “Monstros tristonhos” publicada no jornal O Estado de S. Paulo de 14 maio de 2009, de autoria de Demétrio Magnoli. www.abpn.org.br. Consultado em 02.07.2009.

importância às desigualdades raciais, não se relaciona de forma cabal o peso da opressão racial, ainda que não intencional, sobre as assimetrias sociais entre negros e brancos. Por outro lado, a maioria dessas afirmações não está resistindo à confrontação com dados empíricos que vêm surgindo sobre o sistema de cotas. De fato, as pesquisas divulgadas por instituições com o sistema de cotas, refutam de maneira insofismável os argumentos contra essas políticas de inclusão²²¹.

4.4.2 - A auto-identificação nas políticas afirmativas

Dentre os argumentos contrários e favoráveis às políticas afirmativas um merece maior reflexão e relaciona-se à polêmica sobre a indefinição dos sujeitos de direito dessas políticas - quando estas são ofertadas aos negros - isto porque muitas vezes, não haverá critério objetivo para se afirmar quem é ou não negro e, tal fato vem sendo apontado como argumento para invalidar a exequibilidade das políticas de cotas.

Nós sabemos, como bem lembra Carvalho (2006), que a absorção do contínuo racial pela polaridade entre brancos e não brancos implicou em colocar os pardos ao lado dos não brancos, isto é, juntá-los aos pretos (comprovando que as vantagens e desvantagens raciais se davam entre brancos de um lado e pretos e pardos de outro)²²². Esta metodologia tem funcionado bem e contribuído para inferir a discriminação como fator importante para manutenção das disparidades entre negros e brancos. Porém, quando se está em jogo a distribuição de bens escassos, como vagas nas universidades públicas, a junção de pardos aos pretos pode se revelar na prática como insuficiente para permitir maior justiça quanto aos sujeitos de direito da política de cotas, por exemplo. Isto porque existem pardos mais próximos e mais distantes dos pretos, dada a ambivalência que este termo alcança no Brasil.

Se de fato é a marca quem mais define o preconceito e a discriminação no País, referindo-se à aparência, isto é, aos traços físicos do indivíduo, sua fisionomia (NOGUEIRA, 1955), melhor seria que somente os pretos e os pardos mais próximos

²²¹ Para uma boa visão sobre os impactos positivos do sistema de cotas vide Arruda (2007), Brandão (2007) e Duarte (2009).

²²² Esta metodologia se inicia no final dos anos 70 com os trabalhos de Hasenbalg e Silva como vimos no capítulo 3.

destes pudessem ser contemplados pelas políticas afirmativas. Contudo, sempre haverá uma “zona cinzenta” na qual será impossível reconhecer quem pode ou não ser contemplado pela política de inclusão e, neste momento, ter somente a auto-identificação como critério pode levar (não só por motivos de esperteza do candidato, mas também por razões outras como consciência ou reconhecimento) a que pardos mais próximos de brancos queiram se declarar negros e reivindicar para si a referida política. A questão é saber quem terá o direito de dizer não a eles neste momento.

Em se tratando de políticas públicas de caráter excepcional, com são as políticas afirmativas, penso que é está própria excepcionalidade quem deve permitir à universidade a tomada de medidas para prevenir contra possíveis fraudes na auto-identificação do candidato às cotas.

No caso, a ação afirmativa, trata-se de uma política positiva de inclusão e deve ser submetida ao debate e ao conhecimento público, inclusive para aprimorar o sistema. Um sujeito pode se considerar negro e não ser reconhecido assim pela comunidade na qual convive. A identidade neste aspecto tem natureza dúplice. A comunidade - ou representantes dela - tenderá a reconhecer como negro (sujeito de direito da ação afirmativa) a pessoa que lhes parecer passível de discriminação e assim merecedora da referida política. Advertimos que isto não se parece nem de longe com a idéia de um tribunal racial. Não se está identificando alguém para mandá-lo a algum campo de concentração ou gueto. Não se pode admitir tal comparação. Trata-se de um termo infeliz ventilado para desvirtuar uma análise mais crítica sobre a questão e assim confundir o debate.

O que divide a população em raças é o racismo e não a ação afirmativa. Esta pode, se mal utilizada (pautada no revanchismo) reforçar a idéia equivocada da existência de raças humanas. Mas é preciso ser honesto e admitir que mesmo os ativistas mais radicais defendem, não as “divisões perigosas”, mas sim a inclusão de negros nos espaços que - por conta dos efeitos da discriminação - foram naturalizados como sendo de brancos. Reivindica-se a presença de negros, nas mesmas universidades e nas mesmas salas de aula, tradicionalmente ocupadas por brancos. As pseudo-divisões poderiam ocorrer se a reivindicação fosse pela construção de universidades para negros, instituições para negros etc., Mas o vetor criado a partir de Durban, repita-se, é o da inclusão que tem

sentido contrário ao da divisão. O antiofídico se origina do antígeno, mas não se pode dizer que possui a mesma finalidade.

Assim entendemos como validas as medidas tomadas pelas universidades para viabilizar a auto-identificação nas políticas de cotas. Elas são políticas inclusivas excepcionais e devem ser interpretadas excepcionalmente. Ou seja, é válido utilizar critérios como exigir a apresentação de fotografias, declarações, entrevistas, etc., para se identificar alguém como negro? Sim, é válido se está pessoa quiser concorrer a uma vaga da política afirmativa, pois, a sua declaração pode ser importante para lhe conferir um bem público escasso de grande valor como uma vaga na universidade.

Para fins de maior exequibilidade do sistema, seria bom que os editais não utilizassem o termo pardo e sim negro. É mais fácil para um pardo, próximo do preto, se declarar negro e reivindicar a política. O mesmo não ocorre se o candidato for branco. Outro ponto fundamental é tornar público o dia e o local da matrícula bem como promover um amplo debate preventivo e esclarecedor com os candidatos antes de fazerem a opção pelas cotas, a fim de que saibam mais sobre essas políticas de inclusão e decidam, conscientemente, se devem concorrer por elas ou não.

Conclusão

Sustentamos que as políticas afirmativas no Brasil se originam tanto de normas internacionais (através de Convenções ratificadas pelo País desde o final da década de 60, mas que somente após a Conferência de Durban passam a ter mais efetividade) quanto de leis nacionais.

As normas originárias do direito internacional integram o Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos que se desenvolve por meio de algumas Declarações e Convenções. Esse Sistema nasce pela constatação de ser necessário prevenir discriminações e proteger as pessoas pertencentes aos grupos historicamente vulneráveis. Os principais documentos nesse sentido são a Convenção 111 da OIT e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Já as normas nacionais são principalmente leis estaduais, decretos governamentais e resoluções de universidades que aos poucos vêm penetrando em nossa legislação sendo editadas por diversos entes federativos. Assim as políticas afirmativas são de toda natureza, vão desde a decretação do feriado do Dia da Consciência Negra até a instituição de cotas raciais nas vagas do concurso público. Destacamos o avanço na criação de Secretarias ou Coordenadorias de Promoção da Igualdade Racial que vêm sendo instituídas em todo o país²²³.

Por outro lado, essas medidas sofrem profunda resistência, pois, as tensões afetas a interpretação das relações raciais no país não permitem existir um consenso sobre a necessidade desse tipo de política para democratizar as universidades e outros espaços de poder. De todos os argumentos bradados contra as cotas, alguns muito presos as idéias de Gilberto Freire, talvez o mais candente seja o que sustenta ser essa política inexecutável, por conta da ampla miscigenação existente no país. Esse debate segue forte na mídia, no Legislativo, nas universidades e no Judiciário. Mas aos poucos se percebe que os principais argumentos contra as ações afirmativas não resistem ao teste empírico, isto porque, as pesquisas trazidas pelas instituições com sistemas de cotas, não confirmam as previsões pessimistas dos opositores.

²²³ O Estado do Rio de Janeiro possui uma Superintendência de Igualdade Racial. O Estado de Pernambuco criou uma Coordenadoria de Igualdade Racial. No mesmo sentido as Cidades do Rio de Janeiro, Florianópolis, Itajaí, Criciúma, Caxias do Sul, Cachoeira, Santos, Guarulhos, dentre outras.

O processo de inclusão racial é marcadamente significativo no ensino superior. Ele começou com uma lei estadual que instituiu o primeiro sistema de cotas nas universidades do Estado do Rio de Janeiro e até o final deste artigo, oitenta e quatro instituições já tinham adotado alguma modalidade de ação afirmativa. As teses (contrárias e favoráveis à adoção das políticas públicas de inclusão racial) provindas da antropologia, sociologia e mesmo no senso comum impactam bastante na arena jurídica, onde o que está em jogo é a legitimidade político-institucional e até mesmo jurídico-filosófica destas políticas como instrumentos de inclusão social. Por isso, no próximo capítulo passaremos a avaliar a forma com a qual as ações afirmativas estão sendo interpretadas pelo Judiciário.

CAPÍTULO 5 – AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da Lex Máxima, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social²²⁴.

5.1 - Introdução

Neste último capítulo iremos averiguar a forma com a qual Poder Judiciário vem interpretando às leis contra a discriminação indireta, ou seja, as políticas afirmativas. Lembremos que no segundo capítulo para avaliar a concretude do combate a discriminação direta, buscamos – através de algumas pesquisas e casos de racismo - identificar como o Judiciário influi para o combate àquele tipo de discriminação. Dando continuidade a esta metodologia, analisaremos nesta parte a interpretação dada pela Justiça às normas que estão instituindo políticas afirmativas. Isto porque sustentamos serem as ações afirmativas formas de coibir os efeitos da discriminação indireta ou do racismo estrutural. Assim nos interessa saber se ao julgar estas normas, o Judiciário vem ou não corroborando sua aplicação.

Para demonstrar a forma com a qual a justiça vem julgado as políticas afirmativas, analisaremos os casos onde essas medidas mais reverberam no judiciário. Assim escolhemos investigar prioritariamente as ações contra o sistema de cotas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Paraná. Além disso, para dar mais robustez a esta parte do estudo, analisamos o caso de outras instituições, especialmente, a Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual da

²²⁴ Trecho extraído do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na ADIN 3.330-1 contra as cotas do PROUNI. Disponível em www.stj.jus.br. Consultado em 11.07.2009.

Bahia, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Universidade Federal de Santa Catarina.

A escolha das normas de inclusão relativas às universidades referidas não é meramente aleatória. Como veremos abaixo, elas são de fato as políticas afirmativas de maior controle judicial no País. Por outro lado, ressaltamos que a análise dessas legislações nos possibilitará identificar também os fundamentos prevalecentes nas decisões judiciais dos tribunais onde o debate sobre a legitimidade das políticas de cotas tem sido mais impactante. São eles: o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (que julga as ações contra o sistema de cotas das universidades do Estado) e o Tribunal Regional Federal da 4^o Região (onde são julgadas não só as ações contra o sistema adotado na UFPR, mas também da UFGRS, UFSC e UFSM)²²⁵.

A maioria das ações contra as políticas afirmativas são aduzidas em mandados de segurança impetrados por estudantes pretensamente preteridos pelo sistema de cotas. O entendimento é simples: o sistema de cotas reduz o número de vagas do sistema universal, o candidato alega ter sido preterido por entender que sem as cotas ele seria aprovado²²⁶. O mesmo candidato recorre à Justiça, geralmente pedindo, em liminar, sua matrícula no curso até que se chegue a decisão final do processo judicial. Existem também algumas ações civis públicas interpostas por órgãos do Ministério Público questionando a constitucionalidade das cotas.

Seguindo a linha do estudo, nossa investigação será constituída com base nos principais artigos escritos sobre o tema, além de averiguar os fundamentos das decisões paradigmáticas sobre como as referidas cortes estão interpretando as normas de combate ao racismo institucional. Com nessa metodologia, por certo, conseguiremos responder de forma satisfatória ao objetivo proposto neste capítulo que é mais especificamente investigar como o Poder Judiciário vem julgando as ações contra o sistema de cotas raciais. Desta maneira, saber o grau de concretude que está alcançando o direito que combate a discriminação racial indireta.

²²⁵ Por razão metodológica não analisamos as ações contra o sistema adotado pela Universidade Federal de Santa Maria.

²²⁶ Segundo informações da Diretoria Jurídica da UERJ e de algumas decisões percebe-se que algumas ações levadas a justiça foram indeferidas, pois se constatou que o estudante não teria sido aprovado nem mesmo se não houvesse o sistema de cotas.

5.2 – A lei de cotas e o peculiar embate jurídico no Rio de Janeiro

A primeira política de ação afirmativa no ensino superior fluminense, como já afirmamos, não fazia corte racial. A lei estadual 3524/2000 criou as cotas de 50% das vagas nas universidades estaduais para estudantes de escola pública.²²⁷ Posteriormente, a lei 3708/2001 instituiu aquela que seria a pioneira política afirmativa para negros numa universidade pública brasileira, ao estabelecer cotas de 40% das vagas para este grupo²²⁸. Aí teve início a polêmica jurídica ensejando discussões homéricas no Estado, não só pelo tema, mas também porque a lei foi instituída em conjunto com a anterior e isso acabou por sobrepor os percentuais das cotas que ficaram muito elevados²²⁹.

Contra esse sistema (2003) foram propostas cerca de 400 Mandados de Segurança; 2 Representações de Inconstitucionalidade no Órgão Especial do Tribunal de Justiça, 01 Ação Civil Pública e 01 Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF)²³⁰. Houve ainda um Inquérito Civil, no Ministério Público, proposto por entidades do Movimento Negro alegando que a UERJ não estaria coibindo as fraudes à auto-identificação.²³¹

Num primeiro momento houve deferimento de mais de 161 liminares contrárias às cotas, os juízes determinavam a imediata matrícula dos estudantes, tidos como preteridos, declarando a inconstitucionalidade das políticas de inclusão no caso concreto²³². Podemos citar trechos de duas decisões contrárias às referidas leis para resumir como o Judiciário se manifestou sobre a constitucionalidade das cotas no início de sua instituição:²³³

²²⁷ Essa lei instituiu um sistema de avaliação do ensino médio estabelecendo provas que seriam aplicadas aos alunos no fim de cada ano do referido ensino.

²²⁸ Lembramos que essa lei foi proposta pelo Deputado José Amorim. O mesmo na justificativa a proposta com base nas determinações da Conferência de Durban na África do Sul em 2001.

²²⁹ Segundo Cesar (2003) 69,7% das vagas do curso de medicina foi para o sistema de cotas.

²³⁰ Em que pese o sistema adotado nas universidades fluminenses contemplarem outros grupos excluídos do ensino superior, as ações voltam-se sempre contra as cotas raciais.

²³¹ Agradeço imensamente ao Dr. Thales Arcoverde Treiger (ex-advogado da UERJ na defesa do sistema de cotas) por, gentilmente, ter fornecido esses dados.

²³² Essa norma sofreu, como visto, um recorde de ações contrárias promovidas até mesmo pela Defensoria Pública do Estado (que caberia promover o acesso dos mais pobres à Justiça). Os dados da UERJ apontam que esse órgão ingressou com o maior número de ações.

²³³ Esses foram retirados das primeiras sentenças sobre o sistema de cotas e são das lavras dos juízes da 5ª e 7ª Varas da Fazenda Pública respectivamente. Conforme Cesar (2003) p.277.

No que se refere à Lei 3708/2001, que estabeleceu o sistema de quotas para preenchimento de vagas nas universidades públicas para negros e pardos, viola a regra do artigo 206, I da Constituição, bem como os princípios da isonomia e da razoabilidade já que a reserva não segue nenhum critério científico, e, dessa forma, se torna passível de fraude.

Elevar como requisito para o acesso ao terceiro grau (ensino superior) a raça do candidato, a partir da criação com notas inferiores a do impetrante, logo, em pior colocação, permitir que ingressem em curso superior em detrimento da aferição objetiva do conhecimento do candidato e de sua capacidade intelectual, é inegavelmente afrontar o princípio da isonomia e todos os princípios que norteiam o acesso à educação do país.

Com o trabalho feito por juristas do Movimento Negro, das Universidades e da Procuradoria Geral do Estado, os juízes, sobretudo, os desembargadores começaram a mudar as decisões passando a julgar favoravelmente às políticas de cotas. A pedido da UERJ, o presidente do Tribunal suspendeu todas as liminares deferidas²³⁴. Assim, até a revogação desse sistema, apenas 8 ações individuais tinham conseguido êxito.²³⁵

Depois de algum tempo os juízes começaram a mudar seu entendimento a respeito das políticas de cotas. O Acórdão abaixo é da lavra do Desembargador Claudio Mello Tavares, representou uma virada na forma do Tribunal interpretar a questão e mostra o tratamento que o tema veio recebendo, desde então, naquela corte.²³⁶

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO WRIT. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que

²³⁴ Conforme processo judicial n. 2003.125.00029 do TJ/RJ. O pedido foi feito com base na lei 4348 de 1964 que foi revogada pela lei 12016 de 2009.

²³⁵ Essas liminares foram suspendas pelo Presidente do Tribunal a pedido da Universidade. A situação só chegou ao final com o advento da lei 4151 de 2003. Ela substituiu o primeiro sistema de cotas adotando percentuais menores e instituindo o corte sócio-econômico para os sujeitos de direito promovidos pelo sistema, com isso, as ações intentadas contra a lei anterior foram extintas por perda do objeto.

²³⁶ Acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 10 dezembro de 2003, relatado pelo Desembargador Cláudio de Mello Tavares, da décima primeira Câmara Cível, na apelação nº 2003.001.27.194. O acórdão, julgado por unanimidade, manteve a decisão da primeira instância, ao denegar pedido incidental de inconstitucionalidade, formulado em mandado de segurança individual, concluindo pela constitucionalidade das leis impugnadas.

está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país.

Analisando as decisões acima verificamos que a polêmica acerca do sistema de cotas recai principalmente sobre a interpretação acerca do princípio da igualdade, do mérito e da falta de critério objetivo para aferir a auto-identificação dos aprovados que se declararam como negros. As ações atacavam basicamente as cotas raciais e provinham de candidatos aos cursos mais concorridos como Medicina, Direito, Engenharias, Economia, Desenho Industrial e Comunicação Social.

O sistema continuou estável juridicamente até a revogação das normas pela lei 4151/03²³⁷. Com a revogação, todas as ações foram extintas por perderem o objeto. Dentre outras medidas, a nova lei asseverou que, independentemente do grupo, os candidatos às cotas deveriam ser carentes e isto trouxe mais estabilidade à política²³⁸. Ela também estabeleceu percentuais mais baixos dando melhor exequibilidade ao sistema de inclusão e instituiu ainda um programa de apoio à permanência dos estudantes cotistas.

²³⁷ Essa lei estabeleceu 45 % cotas para estudantes carentes sendo que: 20% para alunos da escola pública, 20% para negros e 5% para indígenas e pessoas com deficiência.

²³⁸ O critério de carência é determinado pela universidade que exige renda per capita não superior a R\$ 960,00. Tal exigência é necessária para não haver subversão do sentido da ação afirmativa no Estado. Por outro lado, o fato da renda ser quase o dobro do salário mínimo é por conta da necessidade de buscar, dentre os pobres, os que estão mais aptos a ingressar na universidade. Existem critérios distintos para definir a pobreza de acordo com a política pública correspondente. Dessa forma, o pobre do Programa Bolsa Família que, via de regra, não consegue terminar o ensino médio não é o mesmo pobre das cotas.

Com a entrada em vigor desse sistema, mais razoável, ocorreu uma sensível redução das ações contra as políticas de cotas. Em Seminário no Rio de Janeiro no ano de 2005²³⁹, o chefe da Procuradoria Jurídica da UERJ relatava que após as mudanças na lei, as ações judiciais tinham mudado de foco. Não havia mais ações de alunos questionando a constitucionalidade das cotas - até porque os advogados, promotores e defensores passaram a desaconselhar tais demandas jurídicas, por conta da interpretação favorável que o Tribunal passou a ter sobre a questão. Segundo o procurador, contra a nova lei havia ações impetradas por alunos que não puderam concorrer pelo sistema, por estarem em desacordo com as exigências do edital.²⁴⁰ Contudo, contra essa lei, houve uma nova Representação de inconstitucionalidade no Órgão Especial do Tribunal de Justiça (TJ/RJ), mas tal demanda ficou suspensa por conta da questão estar sendo apreciada em Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF)²⁴¹.

Após quase seis anos de vigência, o sistema de cotas tornou a ser revogado e aprimorado pela lei n. 5346 de 11 de dezembro de 2008. Tal fato acarretou novamente a extinção dos feitos contra a política de inclusão por perda do objeto das ações. Essa nova lei não trouxe alterações significativas quanto aos percentuais, mas destinou 20% das vagas aos negros juntamente com os indígenas (que antes tinham um percentual de 5% em conjunto com as pessoas com deficiência); 20% para alunos de escolas públicas e 5% para portadores de deficiência. Infelizmente a lei acrescentou neste percentual, os órfãos de policiais civis, militares, bombeiros e inspetores de segurança e administração penitenciária mortos em serviço²⁴². A novidade maior ficou por conta da ampliação da bolsa concedida aos cotistas (que deverá durar durante todo o curso) e pela prioridade que deve ser dada aos mesmos nas vagas de estágio oferecidas pelo Governo do Estado²⁴³.

²³⁹ O Seminário, realizado em 2003, se chamou Ações Afirmativas no Ensino Superior e foi organizado pelo Programa Políticas da Cor para procuradores de universidades públicas.

²⁴⁰ Como, infelizmente, ocorreu com um candidato negro e “cadeirante” que não pode ingressar pela cota, pois, sua renda familiar estava acima do permitido.

²⁴¹ Falaremos sobre as ações no STF mais adiante.

²⁴² Uma política afirmativa destina-se a promoção de um grupo socialmente excluído, se o grupo não se encontra neste critério subverte-se o princípio afirmativo e o que era promoção passa a privilégio. O só fato de ser filho de um militar, ainda que morto em razão de serviço, não faz de ninguém sujeito de direito de uma política de inclusão desta natureza. Por isto, como já nos posicionamos em diversos seminários, entendemos ser inconstitucional essa medida que deveria ser suprimida da lei.

²⁴³ O prazo de revisão da lei foi ampliado para dez anos. O Governo, no ano anterior ao fim do prazo de revisão, criará uma comissão encarregada de avaliar os resultados do programa de cotas. O grupo será presidido pelo procurador-geral do Estado e terá como membros representantes dos órgãos e entidades participantes do programa e da sociedade civil.

Contudo, ainda que os desembargadores estivessem decidindo favoravelmente ao sistema de cotas e as poucas ações contra a lei não buscassem mais a sua derrocada,²⁴⁴ houve outra Representação de Inconstitucionalidade no Órgão Especial do TJ contra a referida lei e, neste caso, como não ocorreu interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) em face dessa legislação no STF, a referida representação não foi suspensa (conforme tinha ocorrido no caso da lei anterior) e pode ser apreciada pelo citado Órgão do Tribunal Fluminense.

Contrariando as diversas decisões já afirmadas pela constitucionalidade das cotas nas universidades, em agosto de 2009, o Órgão Especial concedeu liminar suspendendo a lei de cotas e isso gerou grande instabilidade comprometendo a segurança jurídica do vestibular, já que o mesmo estava em curso. Eis abaixo a ementa do voto condutor da lavra do desembargador Murta Ribeiro:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 00005/2009 CONTRA A LEI 5346/2008 — APRECIÇÃO DE LIMINAR NO SENTIDO DE SUSPENDER A EFICÁCIA DESTA DIPLOMA LEGAL QUE ESTABELECE NOVO SISTEMA DE COTAS PARA INGRESS NAS UNIVERSIDADES ESTADUAIS — PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS ANTE AOS ARTIGOS 9º, § 1º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ARTIGOS 3º, IV E 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — IGUALMENTE PRESENTE O PERICULUM IN MORA ANTE A PROXIMIDADE DO VESTIBULAR E ANTERIORES REVOGAÇÕES DAS LEIS ESTADUAIS Nº 3.534/2000 E Nº 3.708/2001 — PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL NESTE TRIBUNAL ESTADUAL E NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL — LIMINAR QUE SE CONCEDE PARA SUSPENDER ATÉ A DECISÃO FINAL DE MÉRITO A EFICÁCIA DA LEI ESTADUAL Nº 5.346/2008 ORA IMPUGNADA.²⁴⁵

²⁴⁴ Esses candidatos queriam entrar pelas cotas, mas não conseguiam satisfazer as exigências do edital e por isso eram excluídos do sistema tendo que disputar as vagas do vestibular geral.

²⁴⁵ Descrevemos aqui uma síntese do voto (...) As ações afirmativas, assim denominadas para a inclusão dos menos favorecidos, *data vênia*, não podem ser discriminatórias ao reverso, contrariando expressa disposição da Constituição Estadual em seu artigo 9º, § 1º, que estatui, *verbis*: “Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, *etnia*, *raça*, *cor*, *sexo*, *estado civil*, *trabalho rural ou urbano*, *religião*, *convicções políticas ou filosóficas*, *deficiência física ou mental*, por ter cumprido pena *nem por qualquer particularidade ou condição*.” Esta a justa posição da hipótese *sub examinem*. Por igual, testilha a lei estadual impugnada com a Constituição Federal no seu artigo fundamental das garantias individuais: Artigo 5º, *caput* da Constituição Cidadã de 1988, *verbis* “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, e à propriedade, nos termos seguintes: ... omissis*.” A contradição é manifesta quando se tem Lei Ordinária discriminatória pela Etnia — Negros e Indígenas —, pela cor — pardos —; convicções filosóficas; e, bem assim, quando ocorre qualquer particularidade ou condição — alunos da rede pública de ensino, pessoas portadoras de deficiência, nos termos da legislação em vigor, filhos de policiais civis e militares; bombeiros militares e inspetores de segurança e administração (...) o que é expressamente vedado pela Carta Magna, também no seu artigo 3º, inciso IV: “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Certo, outrossim, que não é o regime de cotas a única ação positiva includente e nem a melhor. *In Casu*, vulnerase de rijo o princípio da igualdade de todos perante a lei e, *data vênia* de doutas opiniões em contrário por ventura existentes, pretende-se prática afirmativa includente nas Universidades Estaduais, que como é do conhecimento de todos é o ponto culminante da pirâmide da Educação no Brasil. Em realidade, tais políticas afirmativas deveriam ter lugar no ensino fundamental e médio, reservando-se às

Devido à grande repercussão que tal decisão criou (suspendeu a execução do vestibular já em curso) o referido Órgão acolheu o recurso proveniente da Procuradoria Geral do Estado e determinou que a tal liminar só fosse aplicada a partir do ano de 2010. Advogados do Movimento Negro ingressaram com um “amicus curiae” para poderem atuar neste processo²⁴⁶.

Essa peculiaridade no caso do Rio de Janeiro se deveu, não só ao fato da polêmica suscitada pela questão, mas também por conta das revogações feitas com vistas a melhorar o sistema de inclusão. Por outro lado, a demora do STF em se manifestar sobre o tema também contribuiu para essa situação. Por mais de uma vez a corte suprema teve a oportunidade de decidir sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, em geral, e das políticas de cotas em especial, mas nada fez.

No mês de novembro de 2009, o Tribunal, de forma definitiva, se manifestou sobre o mérito do sistema de cotas. Em decisão maiúscula (15 votos a 6) o Órgão especial decidiu que a lei de cotas é constitucional e no voto condutor prevaleceram os mesmos fundamentos daquele acórdão já citado²⁴⁷.

Devemos acentuar que a lei do sistema de inclusão das universidades estaduais do Rio de Janeiro é uma política afirmativa e, neste contexto, integra o direito contra a discriminação racial indireta, na medida em que promove a redução das desigualdades entre brancos e negros naquelas universidades.

No início de sua execução a lei de cotas sofreu uma série golpes (sentenças contrárias) demonstrando que esta modalidade do direito contra a discriminação indireta não tinha tanto sucesso junto ao Poder Judiciário Fluminense. Havia a lei, a universidade estava cumprindo a disposição legal, mas o Judiciário, tal qual no caso das leis anti-racistas (capítulo 2), por razões diversas daquele caso, não estava dando concretude a estes mandamentos discriminatórios por considerá-los inconstitucionais. As primeiras

Universidades o critério do mérito. Porque então não aplicar na espécie outras práticas includentes como, por exemplo, o Sistema de Bolsas de Estudos? A Lei impugnada, como posta, cria na verdade, numa proporção de 45% das vagas nas referidas universidades, privilégios não só para os Afro-descendentes e Índios — aqui numa direta relação com a Etnia, criando-se um “*apartheid*” até então inexistente no nosso País —, mas, também, para alunos provenientes da rede pública de ensino; pessoas portadoras de deficiência; e, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança da Administração Penitenciária, nesta parte, contrariando de forma cabal e inafastável a parte final do § 1º do Artigo 9º da Constituição Estadual e o inciso IV do artigo 3ª da Constituição Federal (...)

²⁴⁶ O IARA (Instituto de Advocacia Racial e Ambiental) ingressou como *Amicus Curiae* em nome de algumas entidades do Movimento Negro.

²⁴⁷ O julgamento ocorreu recentemente e até o final deste artigo o relator ainda não tinha disponibilizado o seu voto.

decisões demonstravam ser a lei, contra discriminação indireta, inaplicável quanto ao racismo institucional no ensino superior fluminense.

Depois podemos perceber que o trabalho feito pelo Movimento Negro, Universidades e Governo Estadual, mudou o entendimento dos julgadores²⁴⁸, propiciando uma reviravolta, representada por aquela decisão favorável transcrita acima (paradigma para outros julgados sobre a constitucionalidade da política afirmativa). Daí por diante, a lei de cotas passou a ter no Poder Judiciário sua maior força. Foram diversas as ações contra o sistema de cotas sem êxito por conta do Tribunal ter se convencido sobre a constitucionalidade dessas políticas²⁴⁹.

Podemos atestar então que, apesar de todos os percalços jurídicos sofridos, o sistema de cotas (como direito antidiscriminação racial) vem se solidificando no cenário jurídico e social dos fluminenses, especificamente combatendo o racismo institucional no acesso às universidades²⁵⁰.

Devemos ressaltar ainda que, diferentemente do ocorrido em relação às leis anti-racistas, foi o Poder Judiciário quem veio, paulatinamente, possibilitando a viabilidade das ações afirmativas, já que este principal sistema contra o racismo institucional no ensino superior teve 8 anos ininterruptos de vigência e eficácia.

Vejamos, a seguir, se a constatação que chegamos no caso do Rio de Janeiro, se repete quando analisamos a relação entre as ações afirmativas e o Judiciário Paranaense.

²⁴⁸ Um ponto fundamental para esta virada foi a realização do Seminário Ações Afirmativas nas Universidades. Esse evento foi organizado pela Escola da Magistratura do Estado e resultou de um pedido que o Movimento Negro fez ao Presidente do TJ-RJ da época. Nele vários juristas renomados participaram sustentando a constitucionalidade do sistema de cotas. Destacamos a participação do Ministro Luiz Fux do STJ, do Ministro Reis de Paula do TST, do Advogado Hélio Silva Jr. de SP e do Desembargador do TJ Rio Grande do Sul, Rui Porta Nova.

²⁴⁹ Em 2005, para um seminário sobre ações afirmativas com procuradores de diversas universidades do Brasil, o Programa Políticas da Cor do LPP-UERJ fez uma pesquisa e constatou dezenas de decisões judiciais de segunda instância a favor do sistema de cotas. O estudo demonstra que o Tribunal tinha mudado seu entendimento e passado a julgar as políticas afirmativas nas universidades como constitucionais. Vide “Jurisprudências sobre o sistema de cotas”. Publicado em www.politicasdacor.net. Consultado em 10.08.2009.

²⁵⁰ Este caso também aguarda decisão final da Suprema Corte. O procurador geral da República, Roberto Gurgel, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 199) no Supremo Tribunal Federal (STF), com pedido de medida cautelar, para declarar a constitucionalidade da lei de cotas. Tal fato remete a questão para o Supremo, contudo, não invalida o fato de que para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro as políticas de cotas são constitucionais.

5.3 – O sistema de cotas da UFPR em questão no TRF da 4ª Região²⁵¹

As políticas públicas de inclusão de negros em algumas universidades federais da Região Sul foram instituídas por resoluções emanadas de seus conselhos. Por aqui, iremos avaliar a efetividade da norma de inclusão que vem sofrendo maior controle judicial na Região e por isso pode nos fornecer dados robustos sobre a forma como as políticas de inclusão de negros no ensino superior estão sendo julgadas pela corte federal do sul.

O Plano de Metas de Inclusão criador da política de cotas na Universidade Federal do Paraná foi instituído pela Resolução 37/2004²⁵². Logo no início de sua vigência, essa norma sofreu uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal que conseguiu interromper a política de inclusão. A decisão da Justiça Federal do Paraná, nós sintetizamos abaixo:

As universidades representativas do ensino superior são locais destinados ao exercício da pesquisa e extensão, sendo seu acesso destinado exclusivamente às pessoas que demonstrem aptidão intelectual suficientemente necessária e indispensável para o exercício da ciência. (...) Apesar de todo o contexto histórico que envolveu os negros no Brasil, que há pouco mais de um século deixaram de ser vistos como patrimônio dos seus senhores e se livraram da escravidão, adquirindo a duras penas sua liberdade e a personalidade jurídica dada pelo ordenamento às pessoas, não vejo nisso motivo que justifique um tratamento diferenciado aos afro-descendentes para ingresso nas universidades públicas no atual cenário sócio-político brasileiro (...). Posto isso, defiro a medida antecipatória de tutela (...) em virtude de afronta ao princípio constitucional da isonomia, devendo, para tanto, publicar uma única lista geral de classificação para todas as vagas ofertadas em cada curso, sem qualquer distinção de raça ou origem da formação educacional anterior dos candidatos, nos termos dos critérios de avaliação que não contrariem o disposto nesta determinação. (Autos da ACP 2004.700.00.040716-8 JFPR).

Após recurso interposto pela universidade essa decisão foi caçada pelo Tribunal. Nos trechos abaixo podemos ver a linha discursiva com a qual os magistrados da corte começaram a julgar o sistema da referida universidade:

²⁵¹ Os Tribunais Regionais Federais são divididos por Cinco Regiões e julgam os processos de segunda instância da justiça federal. O TRF 4 julga os processos dos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

²⁵² O Programa instituiu pelo prazo de 10 anos cotas de 20% para negros, 20% das vagas para estudantes oriundos da escola pública e uma reserva de vagas para indígenas (sendo 5 em 2005 e 2006, 7 em 2008 e 2009, chegando a 10 vagas nos anos seguintes).

(...) É inegável, pois, que o ensino público básico é ineficiente e por isso os que buscam as Universidades Públicas e têm sucesso, na maioria dos casos, são egressos de escolas particulares e, conseqüentemente, de classe social mais alta. (...) A começar pela história do Brasil, com a escravidão. Na realidade, apesar do longo tempo passado, o desequilíbrio social entre brancos e negros persiste. Pesquisar suas causas exige incursões na sociologia, história, economia e outras áreas. E propor soluções concretas, como a existência de cotas, encontra resistências inclusive de pessoas de origem negra, que nisto vislumbram uma forma de discriminação. Para a doutora em Psicologia Social pela USP, Maria Aparecida da Silva Bento, comentando a origem pobre independentemente da cor, não se pode misturar a discussão com a dos brancos pobres que também necessitam de ações. É essa noção que muitas vezes faz confundir a visão dos próprios negros sobre o direito ou não a cotas (O Estado de São Paulo, 16.02.2003, p. A-13). (...)

A questão central é a isonomia, ou seja, a decisão administrativa estaria tratando desigualmente negros e brancos. Assim não penso, com a vênia devida. Toco superficialmente no tema, até porque ele não morrerá aqui, pois será objeto de debate em muitas ações. Ao meu ver a distinção feita administrativamente e a ser disciplinada por lei, trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, como bem exposto na petição inicial (fls. 20/23). Em outras palavras, repetindo a lição de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 14ª. Ed., p. 205), a igualdade não deve ser reconhecida formalmente, mas sim com os demais princípios, exigências e objetivos da Constituição. No caso, é fora de dúvida que a Carta Magna persegue também a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III) e a igualdade de condições para acesso e permanência na escola (art. 206, inc. I). Para mim, sem necessidade de longas citações doutrinárias, é o quanto basta. (...) E, inegavelmente, uma das maiores aspirações da sociedade brasileira atualmente é a da igualdade de oportunidades a todos. Em suma, o caso em tela merece apreciação ampla, com atenção aos diversos aspectos que circundam o tema central. Tudo bem examinado, fruto de análise detida e amadurecida, chego à conclusão de que a UFPR, valendo-se da autonomia administrativa que lhe concede a Constituição Federal no art. 207, agiu acertadamente ao expedir o Edital 01/04-NC referente ao exame vestibular de seus cursos para 2005. Face ao exposto, suspendo a antecipação de tutela concedida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 7ª. Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, por manifesto interesse público (art. 4º da Lei 8.437/92), de modo a permitir que o processo seletivo prossiga na forma prevista no Edital 01/04-NC. Comunique-se com urgência, via fax. Intimem-se. Porto Alegre, domingo, dia 12 de dezembro de 2004 (Processo 2004. 04.01.054675-8 TRF 4).

Dezenas de ações individuais foram intentadas e deferidas contra as políticas afirmativas. Mas com o passar do tempo, alguns magistrados de primeira instância mudaram seu preliminar entendimento contrário em relação às cotas. Por outro lado, os desembargadores começaram a entender como constitucional o sistema de inclusão e assim reformaram as decisões de primeira instância, decidindo pela constitucionalidade das ações afirmativas.

Até hoje a universidade sofreu cerca de 140 ações judiciais questionando a constitucionalidade da resolução que criou o Plano de Inclusão Social e Racial da instituição. Nos últimos anos, de acordo com a Dr. Dora Bertúlio, procuradora federal da UFPR (presidente da comissão verificadora das cotas e uma das maiores especialistas do

país no assunto), as ações tornaram-se raras e questionam critérios de seleção por parte dos alunos não contemplados pela política²⁵³.

Registre-se que a tensão gerada pelas cotas somente foi apaziguada por conta do árduo trabalho dos ativistas e acadêmicos envolvidos, juntamente com os profissionais da procuradoria da universidade. Assim, eles conseguiram pacificar na corte o entendimento sobre a constitucionalidade da referida resolução. Tal conquista ficou assentada na decisão da lavra do desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon, transcrita abaixo, que se tornou paradigma daquele tribunal no assunto:

Administrativo. Agravo de instrumento. Medida liminar. Mandado de Segurança. Vestibular. Sistema de cotas raciais e sociais. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Efeitos imediatos, Interesse processual do impetrante. 1. É simplismo alegar que a constituição proíbe *discrimen* fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-s proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta (...). 3. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de *vindita* ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. (...) 5. Embora não haja base legal para coagir a entidade de ensino a fixar cotas em seus exames vestibulares, como asseverou o Ministro Nelson Jobim (SL n.60/SP), **sponte propria** pode a Universidade fazê-lo, até porque os direitos fundamentais garantidos na Constituição têm efeitos imediatos, não podendo a disposição que determina o direito a uma vida digna coabitar com a perenização das desigualdades. 6. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual – que me parece ausente ante o fato de que o impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já predeterminadas – não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular. 7. O impetrante, ademais, não ostentava interesse processual quando do ajuizamento, porquanto, ainda que afastados todos os concorrentes cotistas com notas inferiores e ele, continuaria fora das vagas disponibilizadas no ato convocatório. (TRF/4 – AI 2005.04.01.006358-2/PR).

Pela análise das decisões acima, podemos destacar que as questões mais importantes em relação à resolução do sistema de cotas, também remontam ao debate sobre o princípio da igualdade, sobre o mérito e a autonomia universitária. Voltaremos a analisar esses argumentos mais adiante, por agora se atente também para o fato de que as ações foram interpostas, principalmente, por candidatos aos cursos de Medicina, Direito, Engenharias e Comunicação Social, havendo uma única ação para o curso de História (SILVA FILHO, 2009:209). Assim as demandas contra a referida resolução são relativas aos chamados cursos de alta demanda, tal qual ocorreu no Rio de Janeiro. No mesmo

²⁵³ O mesmo ocorreu com as ações do Rio de Janeiro, como afirmamos.

sentido, observamos que, embora existam outros grupos promovidos pelas políticas de inclusão, o sistema de cotas raciais é o mais questionado judicialmente.

Podemos destacar ainda que a resolução do sistema de cotas na universidade é uma lei em sentido amplo e assim uma ação afirmativa. Tal qual a legislação do Rio de Janeiro, a norma estabelecida pela universidade federal paranaense pertencente ao direito contra a discriminação indireta, pois, volta-se, imediatamente contra o racismo institucional no ensino superior.

Feita esta constatação, devemos assentar, com base nas decisões judiciais transcritas, que o sistema de cotas, depois de várias intempéries, também foi aos poucos alcançando sua concretude. Hoje a constitucionalidade das cotas é entendimento praticamente pacífico naquela corte federal. Assim, pode-se afirmar, mais uma vez, que uma norma de combate à discriminação racial indireta (diferentemente do que ocorre com as leis contra o racismo direto) vem se tornando mais forte por conta da interpretação favorável dada pelo Judiciário.

Traremos adiante outros casos semelhantes ao que descrevemos acima, a fim de dar mais ênfase ao afirmado aqui, ou seja, as ações afirmativas estão penetrando no ordenamento jurídico como normas que combatem a discriminação indireta e, diferentemente do ocorrido com as leis contra a discriminação direta ou racismo institucional, elas vêm ganhando força por conta das decisões jurídicas favoráveis.

5.4 – Outras normas contra a discriminação indireta na educação superior

Para complementar o raciocínio seguido, em relação à constitucionalidade das normas contra a discriminação racial indireta, vamos analisar resumidamente, outros casos pelos quais poderemos reafirmar que o Poder Judiciário vem legitimando a concretude das normas de combate ao racismo institucional.

A Universidade Estadual da Bahia adotou através da resolução 196/02 o sistema de cotas destinando 40% das vagas da graduação e da pós-graduação para estudantes negros oriundos da escola pública. Num primeiro momento, a norma de inclusão foi alvo de cerca de 80 processos em seus 24 campi, todos no intuito de garantir o ingresso dos autores em cursos de graduação através de liminares. Segundo Wilson

Mattos, pró-reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da instituição, no primeiro ano, foram concedidas 30 liminares para estudantes que alegaram inconstitucionalidade das cotas, mas essas decisões foram derrubadas pelo Tribunal de Justiça Baiano.

Ainda no **Estado da Bahia, a Universidade Federal** instituiu através da resolução 01/02 o sistema de cotas destinando 45% das vagas para alunos negros provenientes da escola pública. O programa também sofreu dezenas de ações na Justiça Federal. Segundo as informações da procuradoria daquela instituição, as ações foram propostas até mesmo por estudantes reprovados no vestibular, mas que ainda assim tentavam se matricular em cursos de graduação. Depois de alguns meses a questão se tornou pacífica, pois, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região passou a entender como constitucional a política de cotas.

A Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) instituiu o sistema de cotas através da resolução 08 de 2007 na qual estabeleceu cotas de 20% para estudantes da escola pública e 10% para estudantes negros. O sistema foi alvo de dezenas de ações individuais em 2008. Uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal suspendeu a aplicação do sistema de cotas causando grande incerteza quanto à constitucionalidade do programa de inclusão. Depois de algum tempo, a questão veio se pacificando por conta do entendimento favorável às ações afirmativas que o TRF 4 já tinha estabelecido em razão dos casos da UFPR.

De igual modo **Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)** adotou o sistema de cotas através da resolução 134/2007 estabelecendo cotas de 30% (10% para negros e 20% para estudantes de escola pública). Segundo a Procuradoria da instituição, no início houve cerca de 70 processos contra a instituição. Do total de ações impetradas, 33 foram negadas pela Justiça, 14 liminares ainda permanecem em vigência, 13 foram cassadas, 10 extintas e arquivadas e 2 liminares foram concedidas parcialmente. Números mais recentes indicam que a instituição possui cerca de 90 ações contra o sistema de inclusão. Contudo, da mesma forma que na UFSC, a questão se encontra pacificada pelas decisões favoráveis do TRF 4²⁵⁴.

²⁵⁴ Não estejamos analisando a resolução que instituiu o sistema de cotas na UFRGS (2007) e nem na UFSC (2007) porque o maior volume de ações e a polêmica maior se prendem ao caso da UFPR que foi a pioneira na Região. Por outro lado, o Tribunal que julga o processo contra essas universidades é o mesmo. Deste modo os fundamentos das decisões e a questão sobre a efetividade que a norma de ação afirmativa vem tendo naquela corte é o mesmo para as três instituições. Contudo, devemos dizer que as resoluções dessas universidades contemplam candidatos egressos do

Podemos ainda destacar que os desdobramentos jurídicos acima também se deram em relação às normas de inclusão da **Universidade Federal de Alagoas** (que através da Resolução 79/2003 adotou o sistema de cotas de 20% das vagas para estudantes negros oriundos da escola pública) e da **Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul** (que através da lei 2605/04 teve de reservar 20% de vagas para negros e com a lei 2589/04 reservou 10% das vagas para indígenas).

Em todos esses casos constatamos mais uma vez que os sistemas de inclusão sofreram grande instabilidade jurídica no início de sua execução, mas com forte atuação de diversos atores (como Movimento Negro, universidades, etc.) as liminares concedidas contra as cotas foram sendo revogadas e a situação sendo estabilizada no tribunal. Os argumentos contrários às políticas de afirmativas se reproduzem. As ações sustentam a inconstitucionalidade do sistema, principalmente, com base no princípio da igualdade, do mérito e na suposta impossibilidade de se reconhecer os sujeitos de direito da cota racial.

Diante deste contexto, podemos mais uma vez dizer que as ações afirmativas integram o campo do direito contra a discriminação racial indireta e apesar de toda a turbulência porque passam no início de sua execução, paulatinamente, - em sentido oposto ao que geralmente ocorre com as leis contra a discriminação direta - estão se tornando estáveis no ordenamento jurídico por conta da interpretação dada pelo Poder Judiciário de diversos cantos do Brasil. Trata-se de um processo de afirmação das normas contra o racismo em sentido amplo, que ainda depende da decisão do STF para se afirmarem. Tal fato, contudo, não invalida o atestado até aqui: o Judiciário está sendo uma grande força no combate ao racismo institucional devido à interpretação favorável que vem dando às políticas de cotas.

5.5 – O plano de metas da UNB à espera da Corte Suprema

Um dos principais desafios à concretude definitiva do sistema de cotas como normas de combate à discriminação racial indireta está sendo travado no Supremo Tribunal Federal, pois, na corte suprema, a questão que envolve a constitucionalidade das

políticas afirmativas, de um modo geral, e das cotas, de modo especial, ainda está indefinida.

As primeiras leis que instituíram o sistema de cotas nas universidades do Rio de Janeiro foram alvo de uma ação direta proposta pela Confederação dos Estabelecimentos de Ensino Privados – CONFENEN. Com a revogação dessas leis, houve extinção do processo sem julgamento do mérito, contudo, em face da lei posterior (4151/03) também foi interposta ADIN pela mesma entidade. Com a última lei de cotas (5346/2008), a ação do STF, em face da lei anterior, deverá ser extinta. Esta legislação até o momento não foi alvo de Ação Direta, o que remeteu à discussão para o Órgão Especial do TJ/RJ, como já afirmamos.

A CONFENEN também ingressou com ação direta (3330) contra a lei que criou o Programa Universidade para Todos (ProUni), questionando, dentre outras coisas, a constitucionalidade da política de cotas. O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista feito pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Recentemente (2009) o Partido dos Democratas também ingressou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186 contra os atos administrativos advindos da resolução (38/2003) que instituiu o sistema de cotas da Universidade de Brasília²⁵⁵. O Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de medida cautelar para suspender o programa de inclusão da universidade, contudo, ele entrou no mérito da questão nos termos abaixo:

Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Como apontam alguns estudos, os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autot classificam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda não seria mais adequada para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual.

²⁵⁵Há também neste caso o Recurso Especial 597285 oriundo da universidade Federal do Rio Grande do Sul que teve sua repercussão geral reconhecida no dia 18.09.2010.

De acordo com o trecho acima, nota-se que o presidente do STF já adiantou seu voto sendo contrário à política de cotas. Para esta ADPF é relator o Ministro Ricardo Lewandowski que já determinou a realização de audiência pública possibilitando assim a manifestação de especialistas e demais envolvidos com a questão. O processo deve começar a ser julgado em março de 2010, quando aquela corte poderá se pronunciar sobre a constitucionalidade das normas que combatem a discriminação institucional, em especial as políticas de cotas para negros.

A política afirmativa da UNB estabeleceu o sistema de cotas mais radical, exigindo que os candidatos sejam negros não importando a origem escolar ou perfil sócio-econômico. Por outro lado, a resolução criou uma comissão para verificar a autenticidade da auto-identificação dos candidatos negros. Tal fato gera muita repercussão na mídia, contudo, mesmo com toda a polêmica, o sistema da instituição não sofreu muitas ações individuais no Judiciário, como nos casos do Rio de Janeiro ou nas outras universidades da Região Sul.

A questão está em aberto no Supremo, mas devemos lembrar que os ministros Joaquim Barbosa Gomes, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, José Antônio Toffoli, além do próprio Aires Brito, já se manifestaram a favor das políticas afirmativas, alguns desses até por artigos citados neste trabalho. Tratar-se-á de um dos casos mais importantes da história daquela corte que poderá, de forma definitiva, estabelecer a constitucionalidade das normas que combatem a discriminação indireta.

Os argumentos acerca da constitucionalidade ou não das políticas afirmativas estão postos no STF. Trata-se de um tema verdadeiramente republicano a ser enfrentado por aquela Corte.²⁵⁶ O desafio diante dos julgadores é enorme e eles poderão fazer justiça histórica aos discriminados.

Em suma, as ações afirmativas estão penetrando no ordenamento jurídico brasileiro a quase uma década por conta, sobretudo, das decisões judiciais. Ainda que a corte suprema venha a ser contrária à constitucionalidade do sistema de cotas para negros, isto não invalidará o que estamos atestando nesta pesquisa, ou seja: até aqui, em

²⁵⁶ Este fato também enseja a existência de uma Supremocracia no Brasil, na medida em que o STF tenha que dar a última palavra sobre os principais temas nacionais, como quer Vieira (2008).

diversos cantos do Brasil, as normas contra a discriminação indireta, ou o racismo institucional vêm paulatinamente adquirindo vigor com a chancela do Judiciário.

O fato surpreendente nos mostra o poder (influenciado pela democracia racial - como demonstramos no segundo capítulo) que possui uma trajetória marcada por certa falta de traquejo em lidar com o direito e as relações raciais, sendo (no caso das ações afirmativas) um importante aliado do direito contra a discriminação estrutural ou indireta.

Como observamos, as ações judiciais estão presentes por todo país. Onde quer que exista uma universidade adotando políticas de cotas, especialmente as raciais, lá, por certo, descobriremos várias demandas. Passemos a descrever abaixo, os principais argumentos em conflito quanto ao debate sobre a legitimidade jurídica das ações afirmativas.

5.6 – Argumentos, justificativas e desafios na arena jurídica

A doutrina estadunidense aponta diversos argumentos contra e a favor das ações afirmativas.²⁵⁷ Alguns desses argumentos têm correlação com as ações julgadas pela Suprema Corte. Casos como *Bake* (1971), *Universidade de Michigan* (2001), e dos que envolveram as escolas de *Seattle* (2008) dão bem idéia sobre a densidade do debate sobre a constitucionalidade das ações afirmativas naquele País.

Entre nós, a doutrina aponta que os principais argumentos contra as cotas, por exemplo, na arena jurídica, têm sede constitucional. Vejamos os principais: as cotas ferem o princípio da igualdade, tal qual definido no caput do artigo 5º da Constituição, pelo qual todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza; as cotas afrontam o artigo 19, III que veda aos entes federativos criarem distinções entre brasileiros; as cotas subvertem o princípio do mérito contido no artigo 208, V da CR pelo qual “o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística devem ser de acordo com a capacidade de cada um” e as cotas irão fomentar uma sociedade mais racista em confronto com o estabelecido no artigo 3º.

²⁵⁷ Gomes (2001), Medeiros (2003) e Rios (2008) trazem uma série de argumentos aduzidos contra e favor às políticas afirmativas na doutrina norte americana.

Analisando mais objetivamente constatamos que os argumentos usados para legitimar as ações afirmativas também buscam na Constituição a sua fundamentação maior. Vejamos: as cotas são constitucionais, pois, conforme o artigo 3º da lei maior, buscam dar concretude à igualdade material, cabendo ao Estado construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, sobretudo, de grupos historicamente excluídos que a própria Constituição reconhece em vários artigos; o vestibular não é uma disputa equânime e afronta o artigo 208 da Constituição, pois, uma sociedade democrática se funda na idéia de igual respeito exigindo que liberdade e igualdade possibilitem a participação (SOUZA NETO, 2006). Segundo esses autores, as oportunidades educacionais ampliam e multiplicam as oportunidades sociais; as cotas com base na pluralidade, promovem a valorização da diversidade étnica (art. 215, § 3º, V)²⁵⁸.

Por outro lado, no campo da filosofia jurídica, como nos revelam Souza Neto e Feres JR. (2008), há três argumentos doutrinários básicos de justificação das políticas de ação afirmativa: reparação, justiça distributiva e diversidade. Esses argumentos têm sido historicamente os pilares sobre os quais se assenta a justificação de tais políticas. Nem sempre os três estão presentes em um determinado momento histórico e nem sempre os argumentos presentes são equípotentes em cada discurso de justificação.

A Justiça Compensatória se baseia na idéia de corrigir os efeitos perversos da discriminação passada, Isso é necessário em sociedades que por um longo tempo adotaram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras. A justiça distributiva relaciona-se à necessidade de promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade. Já diversidade está ligada à idéia da doutrina do multiculturalismo, não raro associada à idéia do relativismo cultural, ou seja, à idéia de que todas as culturas e formas de vida têm um valor equivalente. Essa concepção se coaduna muito bem com a defesa de direitos humanos, com a intervenção de organismos internacionais e com a ajuda humanitária (SOUZA NETO; FERES JR., 2008). Por outro

²⁵⁸Vide Ferreira & Gentili (2006) “Os 10 mitos sobre as cotas”. Disponível em www.politicasdacor.net. Acessado em 10.03.2009.

lado, a idéia de diversidade põe em segundo plano o debate histórico que fundamenta a reparação.

Ressaltamos que Jacques D'Adeski (2006:87), com base em Charles Taylor, acrescenta ainda um quarto argumento favorável às ações afirmativas, segundo ele “se constatamos no Brasil que o reconhecimento pleno não é acessível aos negros, isso denota que a sociedade não é verdadeiramente igualitária, apesar do fato de ela atribuir a todos (brancos e negros) igual reconhecimento político e jurídico”. Nesse sentido, “o reconhecimento igualitário, para ser completo, deveria ser dado não só em função de uma identidade comum de cidadania, mas também com base na identidade única desse grupo, no que o distingue de todos”.

Cabe notar que é muito difícil dizer, dentre os argumentos apresentados (diversidade, reparação, justiça distributiva e reconhecimento), qual seria o melhor para justificar as ações afirmativas. Essa questão tem que ser colocada cotejando os argumentos com a política especificamente adotada. Assim, a justificativa poderá variar de acordo com a medida afirmativa que se pretenda adotar. A política de cotas no ensino superior, por exemplo, pode imediatamente ser justificada no argumento da promoção da diversidade e/ou justiça distributiva. A lei 10639/03 (que estabelece a obrigatoriedade do estudo de História da África nas escolas) pode se fundamentar mais na idéia de reconhecimento. Já uma proposta de Emenda Constitucional (44/01), que propõe a criação de um Fundo para a Promoção Econômica e Social dos Afro-descendentes, pode estar imediatamente mais afeta à idéia de reparação.

Conforme se observou, os argumentos doutrinários, contra ao a favor das ações afirmativas, buscam na Constituição da República sua fundamentação maior, ou seja, é notória a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos (BARROSO, 2005). O debate é carregado de discurso constitucional denotando que a Carta de 88 se incorporou à gramática de reivindicação dos movimentos sociais. Isso porque, os grupos envolvidos no debate têm passado a ver a Constituição como importante instrumento das suas lutas emancipatórias (SARMENTO, 2006). Note-se que esse fato só foi possível graças aos avanços trazidos pela Lei Maior reconhecedora das especificidades (sociais, culturais, religiosas) dos povos formadores

do Brasil. Ela também e ampliou o rol dos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais possibilitando maior controle judicial (SANTOS, 2007).

A doutrina aponta que o sistema de cotas pode encontrar limitações junto ao princípio da proporcionalidade. Adotar cotas com percentuais muito elevados, ou destinados às pessoas que não pertençam a grupos historicamente marginalizados²⁵⁹, arrepiam a razoabilidade em flagrante desacordo com a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (BARROSO, 1996). As políticas afirmativas devem ser entendidas como uma das políticas, um *plus*, e não “a política” responsável, sozinha, para resolver o déficit secular de igualdade entre negros e brancos. Em suma, não se pode corroborar a “banalização” desse instituto.

5.7 - Pode o Judiciário criar uma política afirmativa?

Adentremos agora num dos temas mais controversos acerca das ações afirmativas: saber se o juiz, a pretexto de fazer cumprir os princípios constitucionais, (ou seja, sem possuir uma determinação expressa da norma) pode impor a uma universidade ou a outra instituição a adoção de uma política de cotas para negros ou qualquer outro grupo de minorias, por exemplo. Trata-se de uma decisão complexa por dentro de uma questão controversa, já que o polêmico debate acerca das ações afirmativas se insere no contexto da discutida temática do controle judicial das políticas públicas e ativismo judicial.

Antes de adentrar no tema propriamente dito teremos que fazer algumas digressões importantes. Nossas considerações buscarão mais fomentar o debate do que fornecer conclusões perfeitas.

O País desenvolveu uma educação elitista, seus processos são excludentes e pusilânimes. Durante anos a lógica de acesso ao ensino superior obedeceu a uma dupla perversidade para com os negros e os mais pobres. Os negros, em sua maioria pobres, não estudaram em escolas mais estruturadas, assim não puderam lograr êxito no acesso (vestibular) às universidades públicas. Por outro lado, não possuíam alternativa, eis que sem condições econômicas de arcar com os custos de uma universidade privada. Está

²⁵⁹ Veja-se o caso do novo sistema de cotas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro que, por conta do grande corporativismo militar presente na Assembléia Legislativa, adotou cotas para filhos de militares estaduais mortos em combate

rotina excludente alijou os negros do ensino superior e conseqüentemente do acesso aos bens que provém dele. Para se exemplificar o que estamos afirmando, vejamos os dados abaixo.

Uma pesquisa publicada em 2002 revelou a participação de estudantes segundo a cor em cinco grandes universidades públicas brasileiras. Foram respondidos 12.278 questionários. Destes, 4.056 na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 3499 na Universidade Federal do Paraná, 907 na Universidade Federal do Maranhão, 528 na Universidade de Brasília e 3.288 na universidade Federal da Bahia. Eis abaixo a distribuição percentual dos estudantes segundo a cor e a universidade.

	UFRJ	UFPR	UFMA	UFBA	UnB
Branca	76,8	86,5	47	50,8	63,7
Parda	17,1	7,7	32,4	34,6	29,8
Preta	3,2	0,9	10,4	8	2,5
Amarela	1,6	4,1	5,9	3	2,9
Indígena	1,3	0,8	4,3	3,6	1,1
Total	100	100	100	100	100

Fonte: (Fonte: Queiroz, 2002)

O interessante é que a pesquisa também revelou o percentual de negros e brancos no conjunto da população do Estado onde se situava a universidade. Tal comparação permitiu perceber a sub-representação negra (déficit de diversidade) e a sobre-representação branca no ensino público superior²⁶⁰. Vejamos:

	1. População negra no Estado	Universidade	2. População negra na Universidade
Rio de Janeiro	38,2	UFRJ	20,3
Paraná	22,4	UFPR	8,6
Maranhão	75,1	UFMA	42,8
Bahia	79,2	UFBA	42,6
Distrito Federal	53,6	UnB	32,3

²⁶⁰ Os dados sobre os percentuais de negros e brancos na população de cada Estado são do IBGE relativos ao censo de 2000.

	1. População branca no Estado	Universidade	2. População branca Universidade
Rio de Janeiro	61,7	UFRJ	76,8
Paraná	76,2	UFPR	86,5
Maranhão	24,8	UFMA	47
Bahia	20,2	UFBA	50,8
Distrito Federal	45,9	UnB	63,7

(Fonte: Queiroz, 2002)

Em todos os estados investigados há significativas desigualdades entre negros e brancos na universidade (QUEIROZ, 2002). Com efeito, o grande déficit da presença de negros no ensino superior serviu e serve para alimentar um terrível ciclo vicioso: por conta da maldição da cor sempre estiveram entre os mais pobres. Para vencer parte deste legado racista precisam de boa educação. Para ter uma boa educação é preciso comprá-la nas escolas mais estruturadas, o que só é possível não sendo pobre, etc, etc.

Os dados da pesquisa, para além de revelarem profunda desigualdade, reforçam a tese da existência de racismo estrutural tido aqui como aquele conjunto de desvantagens históricas que se recebe como herança por se originar de um grupo secularmente vulnerável. Assim, é a discriminação indireta revelada pelo impacto desproporcional refletido no exame vestibular que justifica a criação, por lei ou resolução, de uma política de inclusão (pelos mais variados fundamentos) para promover o ingresso dos segmentos discriminados na universidade.

Voltando à questão proposta, o desafio se coloca quando - mesmo frente a estas assimetrias - nem o Poder Legislativo e nem as universidades, por exemplo, adotam uma medida de inclusão. Devemos indagar então, se diante deste quadro (da inércia pública), pode o juiz criar uma política pública de ação afirmativa.

Segundo Bucci (1997) as políticas públicas são os meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Saravia (2006) sustenta que a política pública trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a

introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade²⁶¹. No mesmo sentido, observa Barcelos (2006) que o conceito de política pública é bastante abrangente e envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento.

Com efeito, o papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2009). Assim, os magistrados, as vezes terão o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios.

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático²⁶².

No mesmo sentido, Barcelos²⁶³ sistematiza três grupos de críticas às possibilidades de controle jurídico de políticas públicas direcionadas à promoção de direitos fundamentais. Desta forma, a primeira crítica seria a da Constituição (na qual se discute a legitimidade do poder. Por que o Direito e o Judiciário, a pretexto da interpretação da norma constitucional, poderiam criar políticas públicas, um tema afeto à deliberação majoritária?); a segunda crítica seria a filosófica (pela qual se questiona se juízes, em matéria de políticas públicas, tomariam melhores decisões do que os agentes públicos encarregados desta função) e por último seria a crítica operacional (o juiz, ainda que tivesse legitimidade, não teria conhecimento ou instrumental técnico para criar uma política).

²⁶¹ Este autor ainda afirma que as políticas públicas são decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, idéias e visões dos que adotam ou influem na decisão. Pode-se considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica é a consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas e constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política

²⁶² Op. cit. p. 12.

²⁶³ Op. cit. p. 24.

Afirma Rios que as ações afirmativas não são a única forma de se atingir o princípio da igualdade, para este autor “no amplo leque das questões de distribuição e reconhecimento estas políticas ficam abertas à disputa política na arena democrática”.²⁶⁴

Para além dessas questões, acrescenta-se o fato de não existir um direito fundamental à educação superior, o constituinte estabeleceu que o acesso aos níveis mais elevados de ensino deverá ser de acordo com o mérito de cada um (CR artigo 208,V).

Ressalte-se que o tema já foi enfrentado por um dos ministros do STF (Liminar nº 60/SP, Min. Nelson Jobim, DJU de 18/02/2005) quando a pedido de uma ação civil pública do Ministério Público Estadual de São Paulo, o Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Marília/SP, nos autos da Ação Civil Pública nº 2622/2003, determinou à FAMEMA - Faculdade de Medicina de Marília, Autarquia Estadual - fixar a cota de 30% (trinta por cento) das suas vagas dos cursos de medicina e enfermagem para candidatos carentes egressos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2004 a 2010.

No caso, o Estado de São Paulo requereu e conseguiu a suspensão de execução da liminar por decisão monocrática do então presidente do STF, Nelson Jobim, nos termos abaixo:

Examino a lesão à ordem pública.

Na ordem pública está compreendida a ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa (PET 2066 AgR, VELLOSO, DJ 28.02.2003).

A decisão questionada impõe à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei.

O requerente demonstra que o deferimento da liminar causa grave lesão à ordem à administração públicas quando o Judiciário interfere na condução pelo Estado das políticas públicas para a educação.

Além disso, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

Em razão do exposto, defiro a suspensão da decisão liminar proferida na Ação Civil Pública nº 2.622/2003.

Do mesmo entendimento não se apartou o juízo do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região no Recurso Ordinário n. 00952-2005-013-10-00-8 no qual o Ministério Público pleiteava, através de uma ação civil pública, a criação de uma ação afirmativa junto a uma grande rede bancária, sob o fundamento de ocorrer discriminação indireta contra mulheres e negros²⁶⁵. Vejamos:

²⁶⁴ Op. cit. p. 195.

²⁶⁵ As disparidades estatísticas entre negros e brancos e de gênero nos bancos foi um fruto de uma pesquisa do IPEA em conjunto com o Ministério Público do Trabalho.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. DISPARIDADE ESTATÍSTICA. AÇÕES AFIRMATIVAS INSTITUÍDAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. Enquanto na discriminação direta o tratamento desigual funda-se em critérios ilícitos, na discriminação indireta a segregação reveste-se de aparente legalidade. Em razão disso, esse tipo de discriminação é difícil de ser comprovado, pois seria necessário fazer prova de atos de destituição velada ou alteração na igualdade de oportunidades, razão pela qual o enfoque probatório há que ser dado nos seus efeitos ou resultados. Dentro desse contexto, a disparidade estatística se revela, por excelência, como modalidade de prova da discriminação indireta. Não obstante, este egr. Tribunal, na análise de situações semelhantes, vem entendendo que a conduta discriminatória ilícita, apta a ensejar a indenização por dano moral coletivo, deve ser comprovada de forma mais robusta, revelando-se insuficiente a metodologia da disparidade estatística. Por outro lado, cabe ao Poder Judiciário a missão precípua de apreciar a legalidade das ações afirmativas implementadas por lei ou por ato administrativo, mediante provocação, mas não a de estabelecer discriminações positivas, por meio de cotas, sem que esse procedimento esteja mais sedimentado em nosso ordenamento jurídico, como ocorre no direito americano, nas court-ordered affirmative action programs (programas de ação afirmativa concebidos e implementados em razão de ordem judicial), sob pena de o julgador atuar como verdadeiro legislador positivo. Nesse sentido, precedente do excelso STF (Liminar nº 60/SP, Min. Nelson Jobim, DJU de 18/02/2005). Recursos conhecidos e desprovidos.

Com efeito, a opção pela adoção de uma ação afirmativa está diretamente ligada à promoção da igualdade ou redução das desigualdades (artigo 3º da Constituição) o que demonstra ser a isonomia o direito fundamental, em evidência, na questão. Por outro lado, apesar dos argumentos brilhantes acima expostos, não se pode negar a necessidade de diversificar as elites e democratizar o ingresso dos menos favorecidos às universidades dentre outras instituições, seja por conta, imediata, do impacto desta opção para o crescimento político, econômico e cultural de um grupo, seja por conta, mediata, da importância deste processo inclusivo para o desenvolvimento harmônico de todo um País.

As decisões acima referidas partem do pressuposto de que em não havendo opção do legislativo ou do executivo, pela adoção de uma política de ação afirmativa, não pode o judiciário atuar, sob pena de funcionar como legislador positivo. Contudo, por conta da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (promulgada pelo decreto 65810 de 1969) ser lei - segundo a própria jurisprudência do STF - não há ausência de deliberação democrática. Esta lei funciona como norma geral para legitimar a adoção da ação afirmativa, desta forma, o que pode haver é a inércia do executivo ou de outra entidade em cumprir as determinações desta norma não criando a política de inclusão.

Neste caso, a questão persiste, pode o judiciário por conta da inércia do executivo e demais instituições, como as universidades, por exemplo, impor a adoção de uma política afirmativa nestes órgãos? Lembremos que as ações afirmativas não são as únicas medidas para reduzir desigualdades e que seu foco é combater as desigualdades provenientes da discriminação, seja ela direta ou indireta. Assim, pensamos que a resposta está relacionada ao tipo de sistema ou critério de ingresso ao organismo em questão. No caso do acesso à graduação das universidades, o critério de ingresso é objetivo (vestibular)²⁶⁶ o que relativiza a barreira da discriminação, justificando – mediante à disparidade estatística comprovadora do impacto desproporcional, como mostramos acima – que a própria universidade ou o legislador, e não o juiz, estejam autorizados a adotar uma política de ação afirmativa²⁶⁷.

Mas quando estivermos diante de instituições em que os critérios de ingresso não sejam objetivos (como o acesso aos empregos em agências financeiras) ou mistos, (como o acesso à pós-graduação ou a cargos públicos de livre nomeação e exoneração) a comprovação de disparidade estatística infere, ao menos, a presunção de discriminação indireta e deve, no caso, legitimar a inversão do ônus da prova a fim de que a instituição comprove não estar discriminando. Em caso de ausência desta comprovação, pensamos poder o juiz determinar, com base nas normas supracitadas, que a própria instituição adote uma política com vistas a reduzir as disparidades comprovadas.

Em suma, o ativismo judicial justifica-se diante de uma disparidade estatística em instituições que não adotem critérios objetivos e também não comprovem que os mesmos não corroboram a discriminação. Neste caso, estaríamos diante de uma boa prática de ativismo condizente com os princípios constitucionais e com as Convenções Internacionais que a República se comprometeu a cumprir.

Podemos afirmar, para fechar este raciocínio, que o Estado e demais instituições, na linha determinada pelo constituinte, devem promover a redução das desigualdades. Por outro lado, em 1988 os caminhos foram abertos permitindo aos movimentos sociais se organizarem para reivindicar políticas públicas específicas a fim de traçar a trilha em

²⁶⁶ Apesar de todas as críticas merecidas que esta forma de seleção possui em relação a tese de que ela reflete o princípio do mérito no acesso ao ensino superior.

²⁶⁷ Neste sentido a importância de muitas universidades e o Congresso Nacional estarem debatendo a necessidade de criar uma política afirmativa,

busca da afirmação dos direitos fundamentais e, nesse sentido, romper com a “democracia racial”. A nova interpretação constitucional abre enormes possibilidades para que o interprete, dando normatividade aos princípios constitucionais, possa fazer justiça aos grupos mais vulneráveis combatendo as mazelas sociais e permitindo que os efeitos potenciais da Constituição se produzam.

5.8- O sistema de cotas como direito antidiscriminação: igualdade material x racismo institucional

Os estudos apontam que, ao longo de nossa história republicana nem as normas que coíbem a discriminação e muito menos as políticas públicas universais, oriundas de nosso precário Estado de Bem Estar, tiveram boa efetividade. Todavia, inegável reconhecer que as políticas públicas de ação afirmativa vêm dando mais concretude a igualdade material, sobretudo, por tornarem o acesso ao ensino superior mais democrático.²⁶⁸

Desde a execução do primeiro sistema de cotas no Rio de Janeiro que uma “guerra jurídica” vem sendo travada contra boa parte das normas instituidoras de ações afirmativas²⁶⁹. As lutas pela hegemonia discursiva, em torno dos fundamentos que justificam ou invalidam essas políticas, se desenvolvem por argumentos, antropológicos, sociológicos, filosóficos e jurídicos legitimadores ou não das políticas de inclusão.

Em diversas cortes do país, como demonstramos, existem reações acentuadas questionando, especificamente, a legitimidade jurídica das políticas de cotas como normas do direito da antidiscriminação racial. Esse processo alérgico se desenvolve tanto no controle difuso quanto no controle concentrado de constitucionalidade e se explica principalmente por três razões: primeiro porque as cotas são a forma mais radical de ação afirmativa, elas remetem parte das vagas, antes destinadas ao sistema universal, à disputa

²⁶⁸ Segundo Barcellos, 2006 apud Bucci, 1996: “as políticas públicas são coordenação dos meios à disposição do Estado harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

²⁶⁹ Registre-se que historicamente a educação é o direito mais reivindicado pelas entidades afro-brasileiras, pois, através desse direito buscava-se mais integração e maior ascensão social desse grupo.

por pessoas pertencentes a grupos tradicionalmente excluídos, em especial aos negros²⁷⁰; segundo porque ainda falta dar mais capilaridade ao conhecimento jurídico crítico sobre o tema. Tradicionalmente, o estudo das Relações Étnico-raciais é tido como assunto periférico nas faculdades de direito. São raras as instituições que têm uma cadeira para tratar da questão.²⁷¹ (o que corrobora o amplo enraizamento da democracia racial no *habitus* dos profissionais do direito, conforme explicamos no segundo capítulo)²⁷².

Acreditamos, por derradeiro, que a reação às cotas raciais decorre também do fato delas serem políticas públicas fundamentadas num novo paradigma de justiça (CITTADINO, 2000). O referido novel não se baseia nos “standards” jurídicos tradicionais calcados no universalismo - vazio - ou em alguns mitos de nosso nacionalismo estático - cego às desigualdades cristalizadas por conta da invisibilidade relegada às diferenças. Ele dá mais vigor àquelas compreensões jurídicas, pois, é dinâmico e engendra uma nova perspectiva para atuação da justiça, promovendo a afirmação dos direitos com base nas identidades,²⁷³ através do reconhecimento dos grupos tradicionalmente excluídos.²⁷⁴

Assim, na medida em que esse novo paradigma de justiça vai se solidificando, pelos influxos doutrinários já descritos acima, parece assentar no Judiciário novas formas de interpretar as relações raciais, especialmente corroborando o combate à discriminação indireta. Isso nos revela um Judiciário menos afetado pela democracia racial ou uma

²⁷⁰Conforme já afirmamos, embora os modelos de ações afirmativas desenvolvidos no ensino superior busquem promover diferentes sujeitos como: alunos de escola pública, indígenas, pessoas com deficiência e estudantes pobres, a inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais tem sido o principal escopo das demandas judiciais.

²⁷¹No curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro existe uma disciplina eletiva que trata especificamente das ações afirmativas.

²⁷²Nem mesmo junto à disciplina dos Direitos Humanos esse assunto costuma ser contemplado de forma ampla. Não sem razão, entre nós, o estudo das relações raciais, sobretudo, nos cursos de elite se desenvolveu pouco, há um enorme déficit dos intelectuais juristas nesse campo que na academia sempre esteve afeto aos estudos antropológicos e sociológicos, de forma até inflacionada, fato que permitiu a essas ciências uma hegemonia discursiva em relação ao tema. Esse quadro começou a mudar após a instituição das políticas de cotas no início desta década. Hoje as relações raciais, ainda que só pelo estudo das ações afirmativas, ensejam grande debate na academia jurídica, mormente numa perspectiva constitucional, sobretudo, por conta das ações diretas de inconstitucionalidade contra as cotas no STF. Muitas são as monografias e teses de mestrado que abordam o tema, contudo, há necessidade do mesmo adquirir autonomia e ser tratado por disciplina específica nos cursos universitários em geral, mormente nos mais seletivos.

²⁷³O conceito de identidade aqui é o que foi estabelecido por Charles Taylor ao sustentar que uma pessoa ou membro de um grupo historicamente excluído pode sofrer um dano ou uma crise de baixa auto-estima se a sociedade abrangente os remete a uma imagem limitada, aviltante ou desprezível de si mesmos. Vide Jaques d'Adesky in, *Anti-racismo liberdade e reconhecimento*, 2006.

²⁷⁴Para Nancy Fraser (2001) o caráter de justiça se desenvolve ligado aos ideais de distribuição e de reconhecimento. A distribuição está afeta às questões sócio-econômicas e devem ser solucionadas através da distribuição equânime dos bens e riquezas. Para ela os conflitos interculturais estão ligados à falta de reconhecimento adequado que se tem dos grupos inferiorizados. Assim ela propõe que a justiça deve fomentar a distribuição de bens e o reconhecimento adequado dos grupos tradicionalmente excluídos.

Justiça menos condizente com o racismo institucional. Numa frase: a concretude das normas contra a discriminação indireta está se dando com a chancela de diversas cortes do país. Neste sentido, a arena jurídica vem sendo fundamental para as ações afirmativas, pois, até aqui, nenhum sistema de cotas foi revogado, as liminares contrárias foram cassadas e as políticas de inclusão estão se legitimando, em que pese ainda aguardem o posicionamento definitivo do STF.

Para além de justificarem suas decisões com certa deferência à vontade dos conselhos universitários ou mesmo dos legisladores que adotam ações afirmativas, o Judiciário também entra no mérito da questão decidindo pela constitucionalidade das políticas de cotas e, dessa forma, vem conferindo certa legitimidade à profusão do direito antidiscriminação racial indireta em nosso ordenamento jurídico.

Não podemos nos iludir, os fatores que reforçam o racismo institucional no Judiciário ainda se fazem presentes, e podemos detectá-los nos fundamentos contidos em centenas de liminares deferidas contra as políticas de cotas no ensino superior e, como não dizer: vemos o racismo institucional jurídico, até mesmo nos argumentos *obiter dictum* da decisão do Ministro Gilmar Mendes, no caso da UNB. Contudo, apesar disso, importante é ressaltar que depois de algum tempo, vêm ganhando vigor essas normas do direito da antidiscriminação racial indireta, instigando-nos a atentar para concretude desses mandamentos. Neste momento, observamos as políticas de inclusão se solidificando na medida em que o Poder Judiciário está convalidando a luta contra o racismo institucional, pois, se repita: as liminares foram caçadas, as normas de inclusão convalidadas e os sistemas de cotas tornaram-se estáveis até aqui. Trata-se de um processo, mas já é possível observar o Poder Judiciário não sendo um empecilho para combater este tipo de discriminação.

Surpreendentemente ou estranhamente, (poderiam dizer alguns) estamos vendo as normas contra o racismo institucional, ou seja, as leis pertencentes àquela arena jurídica, identificada por nós, como direito da antidiscriminação indireta, se solidificando por conta do Judiciário - a par de toda democracia racial que lhe envolve - lhe conferir legitimidade.

CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa descrevemos a trajetória do direito que combate a discriminação racial no Brasil, mais especificamente, investigamos sua formação sócio-histórica, marco legal e a forma com a qual o Poder Judiciário aplica tais normas.

As lutas de ativistas e acadêmicos para a efetivação da igualdade entre negros e brancos promoveu um sistema de normas que chamamos direito da antidiscriminação racial. Ele possui duas arenas: uma na qual existem normas de combate à discriminação direta, ou racismo em sentido estrito (leis anti-racistas) e outra onde proliferam normas contra a discriminação indireta ou racismo institucional (ações afirmativas).

Ao analisarmos a relação do Poder Judiciário com o direito da antidiscriminação, constatamos que esse Poder (por influência da democracia racial, através do que chamamos racismo institucional), tradicionalmente, nega a concretude das normas contra a discriminação direta. O traquejo dos juristas, de um modo geral e da Justiça de um modo especial, com as relações raciais - da explicação mais simplista até a mais sofisticada - sempre foi severamente criticado por pesquisadores e ativistas que ao seu modo, após analisarem os processos de racismo, sustentam em síntese: o Judiciário é composto por brancos; o Judiciário, como a maioria dos organismos, possui racismo institucional, os juízes não aplicam as leis-antiracistas; a Justiça não condena ninguém por racismo; a judicatura é influenciada pela democracia racial, etc., etc.²⁷⁵

Apesar disto, estamos observando a Justiça se tornar o fator fundamental para a validade das normas contra a discriminação indireta, pois, os juízes estão num processo legitimador da constitucionalidade de diversos programas de ação afirmativa pelo Brasil. Assim, nos parece que o Poder Judiciário, de um modo geral, possui duas formas de se relacionar com as normas do direito da antidiscriminação racial: uma em que nega a devida concretude no combate ao racismo e outra em que legitima as políticas afirmativas.

²⁷⁵ É importante dizer que a avaliação sobre o papel do Judiciário para a falta de efetividade das leis anti-racistas se desenvolveu no segundo capítulo levando em consideração mais à esfera criminal e, os casos de ações afirmativas são julgados, geralmente, na esfera da Fazenda Pública. Contudo, acreditamos que o entendimento geral em relação ao combate ao racismo é o mesmo para todo Judiciário. Por nossa pesquisa, esse entendimento, apenas se exteriorizou observando geralmente os magistrados da área criminal. Atente-se que os estudos por nós citados também indicam dificuldade dos magistrados combaterem à discriminação contra negros, mesmo quando ela se dá nas relações cíveis, de consumo, ou trabalhistas.

Mais do que notar essa contradição, o produto do nosso trabalho nos instiga a indagar, agora, a razão de tal fenômeno. O leitor atento poderia dizer que o Judiciário dos casos de racismo é um e o das políticas de cotas é outro. Contudo, pensamos não ser esta a justificativa. Constatamos que tradicionalmente os juízes recebem todos os influxos e contradições advindos do debate público carregado dos ideais de democracia racial. Assim, resistência ou no mínimo incômodo sempre permearam o meio jurídico quando tinha de lidar com o tema. Vimos isto tanto nos casos de racismo quanto nas primeiras sentenças contra o sistema de cotas. Tal fato demonstra tratar-se do mesmo Judiciário.

Na realidade a falta de concretude das leis anti-racistas e a desenvolvimento das políticas afirmativas estão associadas, sobretudo, à maneira com a qual os dois fenômenos (discriminação direta e indireta) se relacionam e se desenvolvem na Justiça.

De um modo geral, as leis que combatem a discriminação direta relacionam-se a casos individuais, geralmente expostos a um baixo controle social e também não há, entre os magistrados, uma capilaridade dos argumentos jurídicos que fundamentem a devida aplicação das leis anti-racistas²⁷⁶. Quanto às normas contra a discriminação indireta, elas relacionam-se a uma dimensão coletiva do racismo, geralmente estão sujeitas a amplo controle social e já existe uma difusão significativa de bons argumentos favoráveis às ações afirmativas entre os juristas²⁷⁷.

Acreditamos serem estas as razões mais fortes para explicar a dúbia relação que o Judiciário possui com o direito da antidiscriminação racial. Vale dizer: O judiciário não funciona bem para combater a discriminação direta (através das leis anti-racistas), mas está funcionando para manter a validade das ações afirmativas. Ressaltamos por derradeiro que tanto as referidas leis quando as ações afirmativas são normas do direito contra a discriminação.

Poderíamos seguir desenvolvendo o estudo sobre a importância do Poder Judiciário para a profusão das normas antidiscriminação, contudo, acreditamos ter exaurido o objeto desta pesquisa com o exposto até aqui. Analisamos a evolução do direito antidiscriminação racial: seu histórico, marco legal e a forma com a qual o

²⁷⁶ Se perguntarmos para as pessoas (de um modo geral) e para os magistrados sobre o racismo, todos saberão dizer que se trata de um crime, mas dificilmente saberão dizer qual a lei e como opera a sua dinâmica, justamente por conta do enorme déficit jurídico no assunto.

²⁷⁷ Este fenômeno é recente e veloz. Está relacionado ao impacto que a adoção das políticas de cotas exerce na mídia, o que levou a vários juristas renomados ou não a se manifestarem sobre o tema.

Judiciário vem aplicando este direito. O tema é instigante e as conclusões a que chegamos remetem a novas análises, mas isto, por certo, é assunto para outra pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Sérgio, Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio constitucional da igualdade e da isonomia no Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.
- ADESKI, Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.
- _____. Anti Racismo, liberdade e conhecimento – Rio de Janeiro dudt, 2006.
- ANDERSON, Perry. Globalização Excludente. In Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Coleção a outra margem. GENTILI, Pablo; SADER, Emir (orgs.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ARROYO, Miguel. Educação em tempos de exclusão. In GENTILI, Pablo; FRIGOTTO Gaudêncio (Org.) A Cidadania Negada: políticas de exclusão na educação e no trabalho. São Paulo: Cortez 2001.
- ARRUDA, José Ricardo Campelo (Org.) Política de ações afirmativas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro:UERJ, Rede Sirius, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de, Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Revista de Direito e do Estado. Ano 1n. 3: 17-54 jul/set 2006.
- BARROSO, Luis Roberto, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, Rio de Janeiro: Renovar 8 ed., 2005.
- _____. A reconstrução democrática do direito público no Brasil – livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luiz Roberto Barroso – Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Renovar, 2008.
- _____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em www.lrb.com.br. Consultado em 11.10.2009.
- _____. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo:Saraiva.1996.
- BENTO, Maria Aparecida da Silva. Resgatando a minha bisavó: discriminação racial e resistência nas vozes de trabalhadores negros. São Paulo, 1992. Dissertação de mestrado. Psicologia Social. PUC-SP.

- BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs.), 2003. Levando a raça a sério: Ações Afirmativas e universidades. Rio de Janeiro: DP&A.
- BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____, Liberalismo e Democracia, São Paulo: Brasiliense, 3ª ed. 1990.
- BORGES, Edson; MEDEIROS, Carlos A.; D'ADESKI, Jacques (orgs.) Racismo, preconceito e intolerância, São Paulo: Atual, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. 2003.
- BOWEN, Willian G. O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade. Centro de Estudos Afro-brasileiros, UCAM: Rio de Janeiro 2004.
- BRANDÃO, André Augusto (Org.) Cotas Raciais no Brasil: a Primeira Avaliação. Rio de Janeiro: DP&A, 2007. Coleção Políticas da Cor.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3330-1. Disponível em www.stfjus.gov.br. Consultado em 14.09.2009.
- _____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Disponível em www.stfjus.gov.br. Consultado em 15.10.2009.
- BUZANELLO, Direito de Resistência Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª Ed. 2006.
- CARNEIRO, Sueli. 2002. A batalha de Durban. Revista de Estudos Feministas. Disponível em www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11639.pdf.
- CARVALHO, José Jorge de. Exclusão racial na universidade brasileira: um caso de ação negativa. In Queiroz, Delcele Mascarenhas. O negro na universidade. Salvador; Programa a cor da Bahia; novos Toques, 2002.
- _____; SEGATO, Rita Laura. Uma proposta de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília. Série antropologia, Brasília, UnB, 2002.
- _____, Inclusão Étnica e Racial do Brasil: a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar Editorial. 2ª ed. 2006.
- _____; et al. O Manifesto em Defesa das Cotas (2008) Disponível em www.manifestopelascotas.net. Consultado em 20.07.2009.

- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- CATTANI, Antônio David. *Os Desafios para a Sociologia*. In DUBET, François. *As Desigualdades Multiplicadas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- CAVALLEIRO, Eliane (Org.). *Racismo e anti-racismo na educação. Repensando nossa escola*. São Paulo: Summus, 2001.
- CESAR, Raquel Coelho Lenz, *Questões jurídicas do sistema de reserva de vagas na universidade brasileira: um estudo comparado entre a UERJ, a UNB e a UNEB: Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira. Série Ensaio e Pesquisas*. Rio de Janeiro. 2003.
- CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, Direito e justiça Distributiva*, Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2ª ed. 2000.
- COMPARATO, Fábio. *O Princípio da igualdade e a escola*. *Cadernos de Pesquisa*, n.104, p.47-57, jul. 1998.
- _____. 2008. Entrevista concedida a Renato Ferreira sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Disponível em www.Politicasdacor.net.
- _____. *Fundamento dos Direitos Humanos. Estudos Avançados. Coleção Documentos*.
- CONSORTE, Josildeth Gomes. *Culturalismo e educação nos anos 50: O desafio da diversidade*. *Cad. CEDES* v.18 n.43 Campinas Dez. 1997.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ed. Espaço Jurídico, Rio de Janeiro, 2006.
- CNE/CP Resolução 1/2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 de junho de 2004. Seção 1, p.11.
- DAMATTA, Roberto. *Notas sobre o racismo à brasileira*. In: SOUZA, J. (org.). *Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados democráticos contemporâneos*. Brasília: Ministério da Justiça, 1996, p.69-74.
- _____. *Relativizando*, Rio de Janeiro. Rocco. 1987.
- _____. *Carnavais, Malandros e Heróis*. Rio de Janeiro, Editora Guanabara. 1990.

- DECLARAÇÃO de Durban e plano de ação. Conferência Mundial de Combate do Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, 2001, Durban, África do Sul. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.
- DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do Trabalho SP: LTr, 2002.
- DELMANTO, Celso e outros. Código Penal comentado, 6ª ed., Renovar, p. 305)
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, trad. Luiz C. Borges. São Paulo: Martins Fortes. 2000.
- _____. Freedom's law: the moral reading of the american constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícios Baptista da (coords.). Cotas Raciais no Ensino Superior. Curitiba:Juruá, 2009.
- DUBET, François. As Desigualdades Multiplicadas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- ECCLES, Peter. Culpados até prova em contrário: os negros, a leis e o Direitos Humanos no Brasil. Estudos Afro-asiáticos n. 20 ano 1991,
- FERES JUNIOR, J.; ZONINSEIN, Jonas (orgs.). Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas. Brasília: Editora UnB.
- _____. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In Ações Afirmativas e universidade:experiências nacionais comparadas. Feres Jr. & Zoninsein Jonas (Orgs.) Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.
- FERNANDES. Florestan. A integração do Negro na Sociedade de Classes. São Paulo: Ed. Ática 1978.
- _____, O Significado do Protesto Negro. São Paulo Cortez. Coleção Polêmicas do Nosso Tempo (1989).
- FERREIRA. Renato, 2006. O mapa das ações afirmativas no ensino superior (disponível em www.politicasdacor.net. Consultado em 15.02.2009).
- _____. A educação despejada. Disponível in <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/02/28/294741787.asp> - Publicado em 28.02.07.

- _____. La Lucha por la afirmación del derecho a la educación superior. In Participación de la sociedade civil en las políticas educativas: el caso brasileño. Florencia Strubin (org.). Buenos Aires: Fundacion. LPP. 2007a.
- _____; HERINGER. Rosana, Análise das Principais Políticas de Inclusão de Estudantes Negros no Ensino Superior no Brasil. Período 2001-2008. In Caminhos Convergentes. Estado Sociedade na Superação das Desigualdades Raciais no Brasil. PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana (Orgs.) Fundação Heinrich Boll Stiftung, ActionAid, 2009.
- _____; GENTILI. Pablo. Os 10 mitos sobre as cotas. Coleção Dados e Debates (2006). Disponível para download em www.politicasdacor.net.
- FONSECA, Marcos Vinícios. A educação dos Negros. São Paulo: Edusf. Série, Coleção Estudos CDAPH. 2002.
- FREIRE, Gilberto, Casa Grande e Senzala. 28 ed. Rio de Janeiro: Editora Record. 1992.
- _____. O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX. 2 ed. São Paulo Ed. Nacional. Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais, 1979.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento y exclusion social. Pontificia Universidad Javeriana. In: Inclusión e Nuevas Ciudadanias: Condições para La convivência y seguridad democráticas. Pontificia Universidad Juverian. Colombia Ed. Pontificia Universidad Juverian, 2001.
- FRIGOTTO, Gaudêncio. Educação Crise do Capitalismo Real. São Paulo: Cortez, 2003.
- FULLIN, Carmem Silva. Direito e Racismo: Observações sobre o alcance da Legislação Penal Antidiscriminatória no Brasil in Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. V. 6, Tomo II, Nov. 2000. São Bernardo do Campo.
- GENTILI, Pablo. Universidades na penumbra: neoliberalismo e reestruturação universitária. São Paulo: Cortez, 2001.
- _____ e ALENCAR, Chico. Educar na Esperança em tempos de desencanto. Editora Vozes, 2001.
- GOMES, Alfredo Macedo. As reformas e políticas da educação superior no Brasil : avanços e recuos. In: reformas e políticas: educação superior e pós-graduação no Brasil; Deise Macedo, João dos Reis Silva Jr. e João Ferreira de Oliveira (orgs). Campinas, SP: Editora Alínea, 2008 (Coleção políticas universitárias).

- GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade, Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- _____. Ações Afirmativas: aspectos jurídicos. In: Oliveira, Iolanda et al. Racismo no Brasil. São Paulo: Petrópolis; Abong. 2002.
- _____. A recepção do Instituto das ações afirmativas no Direito constitucional Brasileiro. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 38, n. 151, 2001.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- GUIMARÃES, Guimarães, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e Anti-Racismo no Brasil. São Paulo: Editora 34, 1999.
- _____. Classes, raças e democracia. São Paulo: Editora 34, 2002.
- HANCHARD, Michael George. Orfeu e o Poder: o movimento negro no Rio de Janeiro e São Paulo. Rio de Janeiro. EdUERJ. 2001.
- HASENBALG, Carlos. Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil. São Paulo: Graal. 1979.
- _____. Entrevista concedida a Antônio Sérgio Guimarães. Tempo soc.vol.18 n.2 São Paulo Nov. 2006. Dossiê – Sociologia da Desigualdade. Disponível em www.scielo.br. Consultado em 20.11.2009.
- HENRIQUES, Ricardo. Discriminação racial no Brasil: desigualdade de oportunidades na educação. In Henriques, Ricardo. Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação Brasília: Unesco, 2001.
- HOBSBAWM, Eric J, A Era dos Extremos – o breve séc. XX, 1914-1991, 2ª ed. São Paulo: Cia das letras, 1999.
- IANNI, Dialética das Relações Raciais. In Estudos Avançados. Vol. 18 n. 05 SP. Jan/abril. 2004. Disponível em www.scielo.br. Consultado em 15.11.2009.
- INSTITUTO DATA FOLHA. Preconceito admitido por brasileiros diminui Opinião Pública. Disponível in datafolha.folha.uol.com.br - Consulta em 27/11/2008.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. INEP, 2009. O censo da educação superior. Disponível em www.inep.gov.br.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA- IPEA- & FUNDO DE DESENVOLVIMENTOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER – UNIFEM, 2006. Desigualdades raciais e de gênero entre crianças, adolescentes e mulheres no Brasil, no contexto dos objetivos do desenvolvimento do Milênio (disponível para download em www.unifem.org.br)

_____, Desigualdades raciais, racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição. Comunicado da Presidência nº 4. 2008. (disponível para download em www.ipea.org.br).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2008. Disponível em www.ibge.gov.br.

IPEA, 2008. Desigualdades raciais e racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição. Disponível para download em www.ipea.gov.br.

JULIÃO, Cleber, Os Marcos Jurídicos de ação contra o racismo e a Promoção da Igualdade racial. In PAIXÃO, Marcelo & Carvano, Luiz M. (Orgs). Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil. 2007-2008. Garamond. Rio de Janeiro, 2008.

MADRUGA, Sidney. Discriminação positiva: as ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília Ed Brasília jurídica, 2005.

MARTINS, Sérgio da Silva. Afro-brasileiros: uma questão de justiça. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na Raça. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. Coleção Políticas da Cor.

MELLO, Marco Aurélio, 2003. Óptica Constitucional. A Igualdade e as ações afirmativas. Disponível para download em www.apmbr.com.br/index.

MONTEIRO, Fabiano Dias. Raça e Justiça em tempos de Cidadania. A experiência do Disk Racismo. Em Anais da 56ª Reunião Anual da SBPC - Cuiabá, MT - Julho/2004. Disponível em www.sbpcnet.org.br/FabianoMonteiro.htm.

MOURIAUX René; BEROUD Sophie. Para uma definição do conceito de movimento social. In Pensamento Crítico e Movimentos Sociais. Leher & Setubal Org. São Paulo: Cortez 2005.

MUNANGA, Kabengele (Org.). Superando o racismo na escola. Brasília: Ministério da Educação, Secretária de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

- _____, Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra 2 ed. BH: Autêntica, 2006.
- _____,(2009), Manifestação do professor Kabengele Munanga acerca da matéria “Monstros Tristonhos” do Jornal O Estado de S. Paulo de 14 maio de 2009, de autoria de Demétrio Magnoli. Disponível em www.abpn.org.br/index.php
- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo. Ed. Acadêmica 2004.
- _____. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04 outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Consultado em 20.12.2009.
- NILMA, Lino Gomes. (Org.). Um olhar além das fronteiras: educação e relações raciais. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.
- OLIVEIRA, Iolanda. (org.). 2003. Relações Raciais e Educação: novos desafios. Rio de Janeiro: Editora DP&A.
- _____, (Org) . Cor e Magistério. Rio de Janeiro Quartet:Niterói. RJ ADUFF, 2006.
- PAIVA, A. R. (org.) 2004. Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora PUC-RJ.
- PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luiz M. (Orgs). Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil. 2007-2008. Garamond. Rio de Janeiro, 2008.
- PEREIRA, Amauri Mendes, Um raio em céu azul, reflexões sobre a política de cotas e a identidade nacional brasileira. Estudos Afro-asiáticos, 2004.
- _____. Trajetórias e Perspectivas do Movimento Negro Brasileiro. ALERJ: Rio de Janeiro, 2005.
- PERIA, Michelle, 2004. Ação afirmativa: um estudo sobre a reserva de vagas para negros nas universidades públicas brasileiras. O caso do Estado do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PPGAS/MN/UFRJ.
- PETRUCCELLI, José Luis, A Cor Denominada: estudos sobre a classificação étnico-racial no Brasil. Rio de Janeiro: DP&A, 2007. Coleção Políticas da Cor.
- _____. 2004. Mapa do Ensino Superior Brasileiro. Rio de Janeiro: Políticas da Cor/LPP/UERJ e SEPPIR, 2004, Série Ensaios & Pesquisas n.1 Disponível para download em www.politicasdacor.net.

- _____. José Luis et alli, 2006. 4 anos de cotas, a opinião dos docentes. Disponível em www.politicasdacor.net. Consultado em 15.02.09.
- PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial. In Ordem jurídica e igualdade ético racial - PIOVESAN Flavia; SOUZA Douglas de (orgs). Brasília SEPPPIR 2006.
- PROGRAMA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Decreto nº 1.904 /1996. Disponível em www.senado.gov.br. Consultado em 14.07.2009.
- QUEIROZ, Delce Mascarenhas. Desigualdades raciais no ensino superior no Brasil. Um estudo comparativo. In: Queiroz, Delce Mascarenhas. O negro na universidade. Salvador: Programa a cor da Bahia, novos Toques, 2002.
- RIOS, Roger Ralph, Direito da antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Ed. Livraria do advogado. Porto alegre 2008.
- ROCHA, Carmem Lúcia, Ação afirmativa - o Conteúdo democrático do princípio da Igualdade, in Revista trimestral de direito público nº 15/85.
- RODRIGUES, Nina. Os Africanos no Brasil. 7 ed. Ed. Nacional Brasília 1988. Coleção Temas Brasileiros V. 40.
- ROUSSEAU, JJ. A origem da desigualdade entre os homens. Coleção Grandes obras do Pensamento Universal v. 07. Editora: Escala. São Paulo, 2007.
- SADER, Emir. Apresentação do livro Cotas Raciais no Brasil: a primeira avaliação. André A. Brandão (org). Rio de Janeiro: DP&A Editora, pág 08, 2007.
- _____. La Vengança de la Historia: Hegemonía y contra-hegemonía en la construccion de um nuevo mundo posible. Colecion Grupos de trabajo CLACSO. Buenos Aires: CLACSO, 2004.
- SAMPAIO, Elias de Oliveira. Racismo Institucional: obstáculo à emergência de uma classe média negra. Jorna A Tarde, Salvador, p. 10 - 10, 01 maio 2005
- SANTOS, Boaventura de Souza. Os novos movimentos sociais. In Pensamento Crítico e Movimentos Sociais. Roberto Leher & Mariana Setubal Org. São Paulo: Cortez 2005.
- _____. Boaventura de Souza, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo Cortez Ed. 2007.
- SANTOS, Hélio. A busca de um caminho para o Brasil: a trilha do círculo vicioso. São Paulo: editora Senac, 2001.

- SANTOS, Joel Rufino dos. São os direitos humanos um conceito universal? São Paulo: USP; IPEA, 1993.
- SANTOS, Milton. O intelectual negro no Brasil. Ethos Brasil cultura e sociedade. Ano 1 n. 1 março de 2002 NUPE SP2002 (Palestra conferida no Primeiro Encontro de Docentes, Pesquisadores e Pós Graduandos Negros das Universidades Paulistas em 1989).
- SANTOS, Renato Emerson. 2006. Política de cotas raciais nas universidades brasileiras – o caso da UERJ. In: Feres Junior, J; Zoninsein, Jonas (orgs.). Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas. Brasília: Editora UnB.
- _____; LOBATO, Fátima (orgs.), 2003. Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A/ LPP-UERJ. Coleção Políticas da Cor.
- _____. Agendas X Agências: a construção do movimento PVNC, in: Negro e Educação. Identidade negra. Pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil.- Iolanda de Oliveira & Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva (organizadoras) ANPED, 2003.
- _____. Agendas e agências: a espacialidade dos movimentos sociais a partir do pré-vestibular para negros e carentes. Tese submetida ao departamento de geografia da UFF, como requisito para o grau de doutor em geografia, 2006.
- SALES Jr. Ronaldo. O Não Dito Racista SALES JÚNIOR, R. L. Democracia Racial: o não-dito racista. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, v. 18, p. 229-258, 2006.
- SANT'ANNA. Wania. Para além da primeira página. Disponível em www.ouvidoriapetrobras.com.br. Consultado em 20.06.2009.
- SARAVIA, Henrique. Introdução a teoria da política pública. In Políticas Públicas Coletânea ENAP. V, 02. SARAVIA H; FERREREZI E. (orgs). Brasília, 2006.
- SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.
- SARMENTO Daniel, Ubiquidade constitucional os dois lados da moeda in revista de Direito do Estado ano 1 n2:83-118 abr/jun 2006.
- _____. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa In: Ordem jurídica e igualdade étnico racial - Flavia Piovesan Douglas de Souza (orgs). Brasília SEPPIR 2006.

- _____. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição 2006.
- SCHWARTZMAN, SIMON (2008). A Medida da lei de cotas para o ensino superior. Disponível em www.schwartzman.org.br/simon.
- SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOCIAIS DA CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES et al. A Igualdade Racial na Sociedade, no Trabalho e na Vida. Fundação Fundação Friedrich Ebert (FES) 2008.
- SILVA FILHO, Antônio Leandro da, A Judicialização do Político: ações judiciais propostas contra o Plano de Metas de Inclusão Racial e Social da UFPR. In Cotas Raciais no Ensino Superior. Evandro C. Pia e outros (Coords.) Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA, Nelson do Valle; HASENBALG, Carlos. Estrutura social, mobilidade e raça, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio, 1988.
- SILVA, Jorge da, Direitos civis e relações raciais no Brasil. Rio de Janeiro. Ed LUAM, 1994.
- SILVA, José Afonso da Curso de Direito Constitucional Positivo Malheiros editores, 2007.
- SILVA, Joselina da. Movimento Negro no Brasil: uma história de Lutas pela igualdade racial. In Diversidade e Ações Afirmativas. SANTOS Ivanir dos & ROCHA, José Geraldo da, (Orgs.) Rio de Janeiro: CEAP, 2007.
- SILVA Jr., Hédio. Anti-racismo: coletânea de leis brasileiras (federais, estaduais e municipais). São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- _____, Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais civis e penais: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____, Do Racismo Legal Ao Princípio da Ação Afirmativa, in democracia, violência e Injustiça – O não Estado de Direito na América Latina, Org. Juan Mendes, Guilherme O' Donnell, Paulo S. Pinheiro, Paz e Terra. 2000.
- SILVA, Luiz Fernando Martins da. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. Disponível em [www.
http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=38232003](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=38232003). Consultado em 20.11.2009.

- SILVA, Petronilha B. Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (orgs.), 2003. Educação e ações Afirmativas: Entre a Injustiça simbólica e a injustiça econômica. Brasília: INEP/MEC.
- SILVÉRIO, Valter Roberto. 2002. Ação Afirmativa e o Combate ao Racismo Institucional no Brasil. Disponível para download em www.scielo.br/pdf/cp/n117/15560.pdf.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa, um estudo sobre o papel do Direito nas garantias das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro Renovar, 2006.
- _____. ; FERES JUNIOR, João . Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: Daniel Sarmiento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan. (Org.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. , p. 345-364.
- SOUZA, Jessé de A visibilidade da Raça e a Invisibilidade da Classe. In A invisibilidade da Desigualdade Brasileira. Souza Jessé. (org). Belo Horizonte: Editora DP&A 2006.
- SOUZA, Paulo Antônio Silveira de, O papel do complexo educacional – Escola Agrotécnica Federal de Rio do Sul no desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – SC: a experiência da agricultura ecológica. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Desenvolvimento Regional, Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, Centro de Ciências Humanas e da Comunicação, Departamento de Ciências Sociais e Filosofia da Universidade Regional de Blumenau 2003. Disponível em <http://proxy.furb.br/>. Consultado em 20.09.2009.
- SOUZA, S. da R. 2003. O pré-vestibular para negros como instrumento de política compensatória – o caso do Rio de Janeiro. In: Oliveira, Iolanda de (org.). Relações Raciais e Educação: novos desafios. DP&A Editora.
- TEIXEIRA, Moema de Poli, Cadernos Penesb População Negra e Educação Escolar. n. 07. Rio de Janeiro /Niterói. AduFF, 2006.
- _____. Moema de Poli, 2003A. Negros egressos de uma universidade pública no Rio de Janeiro. In: Oliveira, Iolanda de (org.). Relações Raciais e Educação: novos desafios. DP&A Editora.

- _____. 2003B. *Negros na Universidade: Identidade e trajetórias de ascensão social no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Pallas.
- TELLES, Edward, 2003. *Racismo à Brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em mínimo existencial. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”, in *Revista Direito GV*. São Paulo, julho-dezembro 2008, págs. 441 a 463.
- WALKER, Sheila S., 2001. *African Roots: American Cultures – Africa in the Creation of the Americas*. Rowman & Littlefield Publishers, INC.
- WERNECK. Jurema. 2002. O racismo como fator de vulnerabilidade da mulher negra
Disponível em <http://www.aids.gov.br/data/documents>.
- WINANT, H. *Racial formation in the United States: from the 1960 to the 1980s*. Nova York: Routledge, 2001.

Sites Consultados

- www.dhnet.org.br. Consultado em 20.08.2009.
- www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/seconri/a_politica. Consultado em 10.04.2009.
- www.ibase.br. Consultado em 21.06.09.
- www.publique.rdc.puc-rio.br. Consultado em 20.04.2009.
- www.governo.rj.gov.br/indice. Consultado em 10.03.2009.
- www.estadao.com.br/noticias. Consultado em 25.04.2009.
- www.congressoemfoco.ig.com.br/ Consultado em 30.05.2009.
- www.al.rs.gov.br/ag/noticias/2005. Consultado em 03.06.2009.
- www.orm.com.br/oliberal/interna Consultado em 06.07.2009
- www.direito2.com.br/acam Consultado em 03.07.2009
- www.inep.gov.br. Consultado em 11.04.2009
- www.dominiopublico.gov.br. Consultado em 20.05.2009
- www.politicadocor.net. Consultado em 20.05.2009.
- www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/legislacao/.

www.lhoin.com.br. Consultado em 10.10.2009
www.esporteoul.com.br. Consultado em 10.09.2009.
www.scielo.br Consultado em 20.05.2009.
www.acaoeducativa.org.br/. Consultado em 03.07.2009
www.abpn.org.br. Consultado em 03.06.2009
www.tj.rj.gov.br. Consultado em 04.05.2009.
www.eliagonzalez.org.br/material. Consultado em 20.07.09.
www.agenciabrasil.com.br. Consultado em 09.03.2009.
www.stf.gov.br. Consultado em 25.07.09.
www.senado.gov.br. Consultado em 14.07.09
www.pnud.org.br. Consultado em 20.04.2009
www.equalityhumanrights.com. Consultado em 11.04.2009
www.governo.rj.gov.br/indice. Consultado em 10.03.2009
www.iara.com.br. Consultado em 10.08.2009.

Periódicos:

Procurador acusa Bradesco de discriminação racial e estética. Folha de S. Paulo 14/03/2008.
No trabalho, a religião é outra. Jornal Extra 28.01.2009.
Longo Caminho até a Justiça. Jornal Extra 28.01.2009.
Vítimas de racismo perdem 57,7% das ações. Jornal. O Globo 20.11.2008
Juiz não vê racismo e manda soltar jovens em São Paulo. Folha de São Paulo. 14.12.2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)